R C 63

ANDREAE FACHINEI

Iuriſconſulti Foroliuienſis,

EQVITIS ET COMITIS LATERANENSIS.

IN CELEBERRIMO PISANO GYMNASIO

Iuris Cæſaræi Profeſſoris Ordinarij,

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBRI DECEM:

In quibus omnes ferè Quæſtiones præcipuæ; vt ſunt, Iudiciales, Contractuum, Vltimarum Voluntatum, Feudales, Criminales, & aliæ miſcellaneæ, mira breuitate, & perſpicuitate diſcutiuntur.

NVNC PRIMVM IN ITALIA EXCVSI cum additionibus & emendationibus:

ADIECTO LIBRO DECIMO NVNQVAM ANTEHAC EDITO.

AD SERENISS. CHRISTINAM A LOTHARINGIA MAGNAM HETRVRIAE DVCEM.

Permiſſu Superiorum, & Priuilegijs.



28

VENETIIS, MDCIX.

Apud Societatem Venetam.

Ex Legato Josephi Carpani J.U.D.

SERENISSIMAE
CHRISTINAE A LOTHARINGIA
MAGNAE DVCI
HETRVRIAE.

ANDREAS FACHINEVS S. D.

VT libri huius frontem Sereniſſimi nominis tui ſplendore illuſtrarem complures cauſæ effecerunt: Beneficia accepta; Dignitas & amplitudo tua; Operis argumentum. Ex innumeris autem beneficijs, quæ in me contuliſti, nullum animo meo inſidet altiùs, aut obuerſatur crebriùs, quàm cum me ex Germania honorificè euocaſti, ac inter iuris profeſſores ordinarios Piſanæ Academiæ benignè cooptaſti, nouaque in dies beneficentia auxiſti. Erat igitur æquum, vt tibi publicè gratias agerem, & meam erga te obſeruantiam omnibus deprædicarem, atque iſtud qualecunque grati animi teſtimonium exhiberem. Amplitudinis tuæ tanta eſt Maieſtas, quam tam verbis exprimere nequeo. Tu non fœmina, ſed vero verbo Heroina es, Caroli Lotharingiæ Ducis filia Henrici II. Galliarum Regis neptis; & quæ inter maiores tuos Carolum Imperatorem cognomento Magnum, Goffredumque Hieroſolymæ liberatorem, ac Regem ſummo annalium conſenſu numerare potes. Tu magni Ducis FERDINANDI vxor es: quæ omnia & ſingula, quàm excelſam atque Auguſtam præſeferant Celſitudinem, omnes facile intelligunt, nemo facile explicare valet. Operis denique argumentum eſt iuſtitiæ & æquitatis; quæ illuſtria ſunt ſydera in ampliſſimo præclariſſimarum virtutum choro qui te circundat: quod ſi ars vlla fauore tuo digna eſt, hæc certe digniſſima videtur, quæ ad iuſtitiæ cultum pertinet. Præclarè Agapetus, qui poſtea Romanus Pontifex, Imperatorem Iuſtinianum allocutus, Regna, inquit, atque Imperia fato dantur, & qui ea obtinent, plus ipſi Deo debent, quia plus acceperunt, cum honore ſuper cæteros homines præcellenti ab eo ſint ornati. Hoc autem modo gratiam Deo referent, ſi ad regni cœleſtis ſimilitudinem ſubiectos regnant; tradidit enim (inquiebat ille) tibi Deus

humanæ poteſtatis ſceptra, ut homines iuſtitiæ cultum edoceas, vt & legibus obtemperent, & ſecundum ius regantur: ita ſummus ille & Sanctiſſimus Pontifex.

Cum igitur hęc omnia tibi curæ ſint, quis non fateatur auream eſſe in Hetruria ætatem, quam philoſophi regunt, & in qua magni Principes philoſophantur? Sed vt ad tua in me beneficia reuertar, etſi facile intelligo, longè maiora eſſe, quàm vt ſtudijs ac obſequijs meis compenſari valeant, ſolatur tamen me, quòd ſocium habeo eiſdem obſtrictum beneficijs Mercurialem ſocerum meum, qui tanquam parens longè plura pro me, ac maiora ſemper præſtabit. Sic & munus hoc Celſitudini tuæ impar, tua ſubleuabit benignitas: tuarumque virtutum pulchritudo ac magnitudo, quam elucubratio hæc Scholaſtica vix adumbrare poteſt, ſanctis & perfectis cordibus nota erit, cum quibus tu illa ineffabili pulchritudine perfrueris, cuius viſio eſt ſumma fęlicitas. Piſis. 1601.

GLi Eccellentiſſimi Signori capi dell'Eccelſo Conſeglio di X. infraſcritti, hauuta fede dalli Signori Reformatori del Studio di Padoa, per relation delli tre à ciò deputati, cioè del Reuerendo P. Inquiſitor, del Circ. Secretario del Senato Zuane Marauegia, & de D. Lucio Scarano Letter publico, che nel libro intitolato il Decimo libro delle Controuerſie del Sig. Andrea Fachineo, non ſi troua coſa contra le leggi, & ſono degno di ſtampa, concedono licentia, che poſſi eſſere ſtampato in queſta Città.

Dat. Die iiij. Februarij 1601.

D. Bertucci Bondumier.
D. Piero Moreſini, } *Capi dell'Illuſtriſſimo Conſeglio di X.*
D. Anzolo Bragadin.

Excelſi Conſ. X. Secret.
Bonifacius Anſelmi.

CARMEN
IN NOBILIS, MAGNIFICI,
ET CLAR. VIRI, D. ANDREAE FACHINEI I. V. D.
Et in celeberrima Academia Ingolſtadienſi Iuris Cæſarei
profeſſoris ordinarij, Librum Controuerſ. Iuris.

AVCTORE GASPARO HELL I. V. D.
Et in eadem Academia legum profeſſore ordinario.

Ancipites ſi quando logos, diſtortaque ſenſa
Paſſa MINERVA fuit, vel adhuc diſcrimine aperto
Fluctuat: aut quando terras ASTRAEA reuiſens
Diſcordi rapitur mente in contraria; ſurſum
Auctores multi vertunt, multiq́ deorſum
Dogmata quæ quondam ſunt veſtigata peritis
Contra extollentes præſentis temporis acta;
Sic opus hoc auro plenum gemmiſq́ refertum
Forſan Mome putas, alienum æratum, nec eſſe
Alterius ſtudio corradere parta, laboris;
Hincq́ carere ſuo fructu, nec digna videri
Nocturnis quæ verſentur manibuſve diurnis,
Auctori decus hinc nullum nec cedere honorem.
Falleris Aegypti tenebris confuſus, & erras
Toto, Mome, polo; ratio diuerſa prioris
Eſt aui: non illa Sophis induſtria quondam
Quæ noſtris, vbi tanta viget diſcordia Patrum:
Sufficiebat ijs, legum ſi ſenſa tenerent,
Quarum penſabant facili dictamine cauſas
Iure ſecus noſtro: rimari cuncta ſequaces
Scrutariq́ ſolent aditus, indagine quorum
Iuit in immenſum diuina ſcientia legum,
Atque inuenta Patrum dociles auxere nepotes;
Hinc legum primos veluti cognoſcere fontes
Non ſatis eſt: Pollet grauium cenſura virorum,
Ardua dum dubio pendet ſub iudice rixa:
Euoluiſſe igitur fas eſt monumenta priorum
Conſilioq́ acri falſis diſcernere verum.
Ventos ergo feris ſolertem ſiue laborem,
Vtraque ſiue fori variantia tempora ſpectes
Iudiciumq́ noua pereant quo Iudice lites,
FACHINAEI amplectēda recēs mirādaq́ proles
Nobilis ingenij; obſcuras quæ lumine miro
Ambages legum, bifidi ſimul abdita iuris
Irradiat dubios nodos, agitataq́ ſoluit
Acta foro ancipiti (quæ vera atque vnica Virtus
Conſulti) facili plano & ſermone diſerto:
Materies vſuq́ frequens iactataq́ Roſtris
Hactenus innumeris, rutilat modo ſydere claro
Et diſcuſſa patet Titane micantior ipſo.
Perge animi pars magna mei collega, proculq́
Nubila pelle; recens ſurgentesq́ excute nubes:
Es potis. Ingenij dotes mihi prodidit vſus
Quo fruimur: tua me dudum facundia cœpit
Attonitumq́ dedit grauis experientia rerum.
Ergo legalis ſi cui ſapientia cordi
Qui cupit elucere foro, qui lubrica fata
Cauſarum facili ſtudio vult eſſe direpta,
Hoſce legat verſetq́ libros, hos ſomniet, alto
Pectore rimetur, limam grauitate ſeueram,
Iudiciumq́ viri ſecum mirando, fruatur.

CARMEN ALIVD
AVTHORE PHILIPPO
MENZELIO D.
Et in Academia Ingolſtad. profeſſore Medico.

Romanis rerum dominis, quum ſceptra ſubacti
Orbis, & Imperium longè, lateq́ tenerent
Terrarum, immenſiq́ maris, ſapientia Legum
Biſſenas intra tabulas fuit omnis: & inde
Dicere ius populis; & ad hanc reuocare ſtateram
Pondera cauſarum, dextra librante, ſolebant.
At dum ſecla, malis creſcentibus, altera ſemper
Deteriora ineunt, ſcelerumq́ licentia gliſcit,
Inq́ dies varium graſſans caput altius effert:
Emerſere bonæ, prauis de moribus ortæ,
Iuridicæ leges, ſapienteq́ pectore prompta
Tot reſponſa patrum, noua tot conſulta Senatus,
Tortilia in ſenſus dubios, & cerea flecti,
Ter centum quot non ſpatioſa fronte patentes
Comprendant tabulæ: ac tantum luſtrare legendo,
Sit labor, ærumnas indefeſſi Herculis æquans.
Vſque adeò iuris, tenui qui fonte cadebat,
Riuus in Oceanum, ſuperantem littora, creuit.
Ergò ſumma tuis debetur gratia Muſis,
Auſonij, FACHINAEE, decus, Boijq́ Lycei,
MERCVRIALE gener ſocero digniſſime magno

Morborum domitore, & noſtri Hippocrate ſecli.
Nunque procelloſum, ventis pugnātibus, æquor
Legiferæ Themidos multumq́; diuq́; remenſus,
Dulcis aquæ puras ſalſo de gurgite venas
Elici, inq́; bonum totus commune laboras.
Scilicet illa dies, noctesq́; terenda, nec vnquam
Aſsidua ſat trita manu, memoriq́; cerebro,
Veſtra interpretibus ſtipata volumina mille
Codicibus, tenuem dudum rimatus ad vnguem,
Verſaſti: & ſucci, quod ineſt, veſcæq́; medullæ
Expromptum in media ponis iam luce fruendum.
Quis rabulas neſcit, quibus ars, vberrima quæſtus,
Per fora, prætextu, & ficta ſub imagine legum,
Tutari fas atque nefas, in vtrunque paratis,
Venali lingua, & calamo complere tribunal:
Et conteſtatas in ſecula ducere lites?
A te; inconcuſsi quò vis adamantina ueri
Preſſa diu, & victrix tandem bona cauſa triumphet;
Te decuit tantis, FACHINAEE, occurrere monſtris,
Pandentem latebras, geminiq́; ſacraria iuris,
Omnibus ingenij numeris, atque omnibus artis
Perfectum: & ſerie concinna, & luce docendi
Illuſtrem: & Latio decorantem dicta lepore.
O ſtudij felix, o fortunate laborum,
Atque operum; cuius candentibus aurea bigis,
Non moritura, fores, dudum iam gloria pulſat,
Illa manu palmamq; ferens, Laurumq; perennem.

BALTHAZARI ROERII LOTHARINGI I. C. ET SACRÆ THEOLOGIÆ BACCALAVREI.

Ad Auctorem Controuerſiarum Iuris.

IAMBICI TRIMETRI ET DIMETRI.

ARcana plures Iuris auſi tradere
Docta manu nepotibus.
Legumq́; ſacra interpretari oracula
Tentare multi antiquitùs.
Aetate noſtra nobiles ſcientia
Viri fuere plurimi,
Qui digna cedro, digna magno nomine,
His ſunt locuti in artibus.
Magis ſecundis auſus eſt conatibus,
Sed nullus his ſe ſæculis.
Aequas ſupremos, vt prius minoribus,
Scientia par omnibus.
Polles lepore, verba fundis mellea;
Sermonis elegantia
Pulchrè venuſtus; rebus elegantior:
Vtroque laudatiſsimus.
Sed quis ſtupebit? cui notum videbitur,
MERCVRIVS eſt tibi pater:
Magis diſertum quem ſolum audit Italum,
Ipſo DEORVM nuncio.
Quo ſol renaſcens non videt, vel occidens
Excultiorem in artibus
PHOEBI? Quis ergo poſſe te mirabitur
Auctore tanto maxima
Nam pulchra doctè, docta promis pulchriùs;
Tuiq́; cote roboris,
Subtile ſi quid, difficile, vel arduum,
Hoc efficis facillimum.
Nodoſa ſoluis, & facem obſcuris geris,
Nil te moratur abditum.
In alta ducis, quæ fuere voragini
Immerſa inextricabili
Quæcunque dubia erroribus demerſerat
Opinio, multiplici:
Interpretum ſenſu, tenebris vindicas,
Claroq́; donas lumine.
Contentioſius, luce controuerſia
Contentioſa liberas.
Obſcura, clara reddis, inuia peruia,
Iuri polo miſſum iubar.
Pergas, labore fac tuo ne poſteri
Optent, deeſt quod nomini.
Plenum ingens des hoc opus, quod ſecula
Tollant futura laudibus.
Iniurioſa nulla quod ſilentio
Obuoluat ætas: vel petat
Liuor maligno dente: pulchrum viuere
Aeuo perenni gloria.
ASTRAEA meritam grata tanti muneris
Soluet miniſtro lauream.
Reddetq́; nomen poſt ſepulchra cognitum,
Honore caſus neſcio.
Gaudebit ITALA te ſuperba filio,
Gens maximo BOARIA
Doctore: quicquid clauditur laboribus
Telluris ambobus polis.
Doctore tanto Iura quod percurrerim
Apud meos ſuperbiam.
Frequens magiſtri nomen vſurpabitur
Tuum mihi: leporibus
Cum par ſcientijs vel eſſe non queam
Potero fide eſſe mutua,

INDEX LIBRORVM ET CAPITVM, QVO MATERIA

& ordo totius operis una ſerie demonſtr..ntur.

LIBRI PRIMI.

VTrum venatio prohiberi poſſit a Principe, eorum ſubditis. & de iuſtis cauſis, & pœnis.c.1. col.1.a

Quomodo ſit accipiendum quod dicitur, Principem legibus ſolutum eſſe, ad interpretationem l. Princeps.ff. de legibus.c.2. 6.a

Quo modo accipiendum ſit quod dicitur, æquitatem præferendam eſſe rigori, ad interpretationem l. Placuit.C. de iudicijs.c.3. 7.c

De petitione hæreditatis contra titulo poſſidentem intentanda, controuerſia vna.c.4. 8.c

De tertio ad iudicium veniente, controuerſia una. cap.5. 9.c

Vtrum compẽſatio locum habeat, ubi quantitas ex una parte debetur, ex altera vero quantitas debetur, quæ ſe habeat ad inſtar ſpeciei.c.6. 11.a

Vtrum debitor qui iurauit ſe ſoluturum, obijcere compẽſationem poſſit.c.7. 12.b

Ad interpretationem l. tranſigere.C.de tranſactionibus, controuerſiæ duæ.c.8. 14.b

Ad interpretationem eiuſdem l. tranſigere; aliæ tres controuerſiæ.c.9. 16.c

De conciliatione. l.cum mota. C. de tranſactionibus.cũ l. ſi inſtituta.ff.de inofficioſo teſtamento: & an ex tranſactione oriatur actio, c.10. 19.b

Controuerſiæ duæ ad interpretationem l. ſi quis maior, C. de tranſactionib.c.11. 21.b

An eiuſdem legis interpretationem, aliæ duæ controuerſiæ.cap.12. 23.d

De eadem re aliæ duæ controuerſię.c.13. 25.a

Sitne aliqua pœna conſtituta periurio ex Iure Ciuili. cap.14. 26.a

Vtrum in cauſis criminalibus iuramentum in ſupplemẽtum probationis deferri poſſit à iudice.c.15. 27.c

Vtrum ad hoc, ut iuramentum poſſit in ſupplementum deferri, neceſſe ſit idipſum à litigatoribus peti. cap.16. 28.c

de tempore quo huiuſmodi iuſiurandum deferendum ſit controuerſiæ duæ.c.17. 29.b

Cui deferendum ſit iuramentum ſuppletorium, reo, an actori.c.18. 31.a

De iuramento delegato a parte parti indicio. an recuſari poſſit, ſi illud deferẽs nõ probauerit.c.19. 32.a

De eodem iuramento, utrum ſi reo offeratur ab actore, qui conatus eſt ſuam intentionem aliter probare, & non probanti, ſit neceſſariò ſubeundum.c.20. 32.d

Vtrum ſi loci relationi iuramenti non ſit, delationi tamen locus eſſe queat.c.21. 33.c

Vtrum iuramẽtum recuſari poſſit, vbi periculum eſt ne periurium deregatur.c.22. 34 b

Vtrum à ſententia iudicis iureiurando cauſam decidentis appellare liceat.c.23. 35.a

Vtrum procurator in cauſis criminalibus ad defendendum admittatur.c.24. 35.d

Vtrum abſens defendi per procuratorẽ poſſit in criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna eſt cõſtituta. cap.25. 37.d

Quid ſtatuendum ſint in criminibus, quibus pœna relegationis eſt conſtituta.c.26. 38.c

Vtrum confeſſus ſe hominem occidiſſe ad ſui defenſionem pœna homicidij condemnandus ſit.c.27. 39.c

Quid ſi non conſtet de corpore delicti, vt vocant, an confeſſus condemnandus ſit.c.28. 40.c

Vtrum ex præſumptionibus aliquis damnari poſſit in iudicijs criminalibus.c.29. 41.b

Cum quis allegat ſe occidiſſe ad ſui defenſionẽ, quomodo id probare debeat.c.30. 42.b

Vtrum pro defenſione rerum liceat inuaſorẽ occidere. cap.31. 43.a

Qua ſit afficiendus pœna is, qui aggreſſorem occidit, non ſeruata moderamine inculpatæ tutelę c.32. 44.a

Quid de reo ſtatuendum ſit, qui tormentis ſubiectus, negauit ſe maleficium commiſiſſe c.33. 33.c

Vtrũ Iudex inquirere ex officio poſſit in delinquentes, & eos punire.c.34. 46.a

Ad interpretationem authent. bona damnatorum. C.de bonis proſcriptorum & damnatorum, controuerſia vna.c.36. 47.d

Mandans hominem vulnerari, & proteſtans ne occidat, ſi mandatarius eum occiderit, vtrum pœna homicidij teneatur.c.36. 49.b

Qui hominem occidit, puta Titium, cum alium, puta Sempronium occidendi animum haberet, vtrum homicidij pęna teneatur.c.36. 50.c

Reſtitutus à principe an recuperet fructus medio tempore perceptos.c.38. 51.b

Vtrum reſtitutus recuperet hæreditatem alteri delatam cap 39. 52 b

Quis ſit ſenſus l. properandum.§.ſin autem ex geſtis.C. de iudicijs.c.40. 53.c

De victo victori in expenſis condemnando, controuerſiæ aliquot.c.41. 54.d

Victus victori in cauſis criminalibus, ſitne condemnandus in expenſis.c.42. 56.a

Vtrum iudex neceſſario de incidendi quęſtione pronunciare nominatim debeat.c.43. 57.d

Vtrum iudex ſecularis de cauſa ſpirituali & Eccleſiaſtica, quo ad ea, quę conſiſtunt in facto cognoſcere, & iudicare queat.c 44. 59.a

Vtrum iudex delegatus alium ſubdelegare poſſit, ſi eam habet a delegante poteſtatem.c.45. 59.d

An delegatus vnũ ſaltem ipſius cauſæ articulum ſubdelegare poſſit.c.46. 61.c

Vtrum delegatus Principis cauſas meri Imperij ſubdelegare poſſit.c.47. 61.d

Quomodo accipiendum ſit, quod dicitur in l. vni. C.de ſententijs quæ pro eo, quod intereſt; nempe id, quod intereſt dupli quantitatem excedere non poſſe. cap.48. 62.d

Vtrũ etiam in delictis, quod intereſt, ad dupli condemnationem ſit reſtringendum c.49. 63.b

Vtrum pœnę conuentionales duplum excedere poſſint. cap.50. 64.b

Vtrum aduerſus rem iudicatam reſtitutio detur propter inſtrumenta nouiter repta, cùm quis impeditus fuit ex iuſta & probabili ignorantia.c.51. 65.b

Vtrũ ſententia retractari poſſit prætextu teſtamenti nouiter reperti.c.52. 67.a

Vtrum Eccleſia aduerſus rem iudicatã audienda ſit propter inſtrumenta de nouo reperta. c.53. 68,b

Cùm malæ fidei poſſeſſor ſumptus neceſſarios repetere poſſit in rẽ factos, cur in ſpecie l.C.de infantibus expoſitis non liceat furi alimenta repetere? c.54. 69.a

De

De malæ fidei poſſeſſore, an & quomodo vtiles impenſas auferre poſſit, ad interpretationem. l. adeo. §. Ex diuerſo. ff. de acquirendo rerum dominio. & l. utiles. ff. de petitione hæreditatis, & l. 2. C. de rei uendicatione. cap. 55. 70.a

Vtrum hæres in bona fide exiſtēs condemnandus ſit ad reſtitutionem fructuum, quando defunctus rem poſſedit mala fide. c. 56. 72.a

Vtrum bonæ fidei poſſeſſor lucretur tam fructus naturales, quam induſtriales. c. 57. 72.b

Vtrum bonæ fidei poſſeſſor conueniri poſſit ad reſtitutionem fructuum cōſumptorum, ſiue eorum æſtimationem, ſi factus ſit ex eis locupletior. c. 58. 75.a

Vtrū, ſi poſſeſſor ab initio ſit bonæ fidei. deinde incipiat eſſe malæ fidei, fructus ſuos faciat, ad interpretationē l. bonæ fidei. §. in contrarium, ff. de acquirendo rerum dominio. & l. qui ſcit. §. vlt. ff. de uſuris. c. 69. 76.b

Vtrum fructus poſt litem conteſtatam a poſſeſſore percepti re euicta ſint reſtituendi, ſi inſtantia fuerit prioris iudicij lapſu temporis perempta. c. 60. 77.c

Quomodo ſit accipiendum quod dicitur: neminem eſſe cogendum ſtare pacto de litigando coram iudice non ſuo, ad interpretationem l. ſi conuenerit. ff. de iuriſdictione omnium iudicum, & l. penult. C. de Pactis. cap. 61. 79.a

Vtrum ex ſententia iudicis dominium transferatur. cap. 62. 80.b

Vtrum leges quæ præſcriptionem inducunt cum mala fide iure canonico ſint correctæ. c. 63. 81.b

Vtrum præſcriptione cōpleta bona fide, ſi is, qui præſcripſit, cognouit eam eſſe alienam, teneatur in foro conſcientiæ eam reſtituere domino ſuo. c. 65. 82.d

Vtrum is, qui dubitat an res ſua ſit, vel aliena poſſit pręſcribere. c. 65. 83.c

Vtrum mala fides authoris noceat bonæ fidei ſucceſſori, quo minus præſcribere poſſit, ſeu vſucapere rem alienam. c. 66. 84.b

Quomodo ſit accipiendum, quod vulgo receptum eſt, ac dici ſolet, poſt longiſſimum tempus malam fidem allegari non poſſe contra poſſeſſorem, & an ſit uerum. ca. 77. 85.a

Vtrum ſtatutum ciuitatis, quo cauetur, vt niſi intra certum tempus creditor petierit debitum, excludatur, valeat & ſeruandum ſit. c. 68. 86.b

Vtrum aduerſus præſcriptionem competat maioribus viginti quinque annis in integrum reſtitutio ex cauſa iuſtæ & probabilis ignorantiæ. c. 69. 87.c

Vtrum præſcriptione, ſiue vſucapione acquiratur dominium directum. an vero vtile tantum. c. 70. 89.d

Vtrum iudex teneatur minorem delinquentem leuiori pœna afficere, quā ſit a lege impoſita delicto. c. 71. 91.c

Vtrum minor uiginti quinque annis reſtituendus ſit aduerſus confeſſionem delicti. c. 72. 92.d

Vtrum filiatio probetur ex ſolo tractatu, & educatione, vbi agitur de obtinenda hęreditate, aut ſimilibus iudicijs petitorijs c. 73. 93.d

Vtrum appellare liceat a ſententia Iudicis, qua pronunciat ſententiam exequendam eſſe. c. 74. 94.d

Vtrum in cauſis poſſeſſorijs appellare liceat. c. 75. 95.d

Vtrum a ſententia per quam hæres inſtitutus in teſtamēto in poſſeſſione in bonorum hæreditatis mittitur, appellatio ſit permiſſa. c. 76. 96.d

Vtrum in cauſa alimentorum appellatio ſit permiſſa. c. 77. 97.b

Vtrum a ſententia iudicis ſubdelegati appellandum ſit ad ſubdelegati, an vero ad ſubdelegantis ſuperiorem, id eſt, ipſum delegantem primum, c. 78. 98.a

An poſt lapſum anni ſententia, a qua appellatum eſt, poſſit executioni mandari, quaſi appellatio deſerta ſit. c. 79. 99.b

Vtrum iudex teneatur regulariter admittere appellationem ab interlocutoria. c. 80. 100.c

Vtrum appellans probare debeat ſe iuſte appellaſſe, & perperam fuiſſe iudicatū, an vero appellatus, iuſtè pronunciatum, & perperam appellatum. c. 81. 101.c

Vtrum ſit locatio, an vero alius contractus, cum pro mercede pecunia non datur, ſed aliud, c. 82. 102.c

Vtrum ſi quis vendiderit agrum cum pacto redimēdi intra quinquennium, & ad illud tempus illum conduxerit. deinde finito tempore, in conductione manſerit, cēſeatur tēpus redimēdi prorogatū eſſe. c. 83. 104.a

Vtrum ſicut locatio finito tempore renouata dicitur ex vtriuſq; partis taciturnitate, iuxta. l. item quæritur. §. qui impleto. ff. locati. ita etiam emphyteuſis renouata intelligatur. c. 84. 104.c

Vtrum conductor, gratia colligendorum fructuum ſumptus in rem conductam factos repetere a locatore poſſit, quando ad perpetuam rei utilitatem facti ſunt. ca. 85. 105.b

Si conductor ſuſcipiat in ſe periculum caſus fortuiti, & caſus inſolitus contingat, vtrum ad illum, an vero ad locatorem pertineat. c. 86. 106.a

An ſi domus conducta comburatur, locatoris damnum ſit, vel conductoris. c. 87. 106.d

Si quis locauerit rem, & conductori obligauerit omnia ſua bona, vt plerunque fit in Italia, deinde rem vendiderit: utrum emptor poſſit conductorem expellere. cap. 88. 108.a

Si particulare damnum cōtingat, ex quo tota rei emphyteuticæ ſubſtantia non pereat, vtrum ad emphyteutā pertineat. etiam quando non exiguam penſionem ſoluere tenetur domino, ſed magnam & fructibus reſpōdentem. c. 89. 109.a

Si res emphyteutica ſit ab hoſtibus occupata vtrum remittenda ſit penſio emphyteutæ. c. 90. 110.c

An emphyteuta Eccleſiæ teneat' ſoluere collectas, & tributa fiscalia domino temporali. c. 91. 111.b

Emphyteuſi finita abſque culpa emphyteutę, vtrum meliorationes repeti poſſint. c. 92. 112.b

Emphyteuta non ſoluens penſionem per triennium, an cadat ipſo iure ab omni iure quod habet, an vero ita demum, cùm lata erit ſententia. c. 93. 113.b

Emphyteuta ceſſante in ſolutione & domino declarationem ſuæ voluntatis differente, fructus interim percepti ad quem pertineant: an ad dominum, an vero ad emphyteutam. c. 94. 115.a

Vtrum dominus authoritate propria expellere poſſit emphyteutam propter canonem non ſolutum per triennium. c. 95. 117.c

Vtrum emphyteuta, qui per triennium canonem totum non perſoluit, ſit iure ſuo priuandus. c. 96. 118.c

Vtrum ſi emphyteuta decedat pluribus hæredibus relictis, quorum vnus ſuam canonis portionem ſoluat, alter vero non, tota res emphyteutica reuertatur ad dominum, an vero pars tantum. c. 97. 120.d

Vtrum emphyteuta priuati moram incontinenti poſt elapſum tempus, ad euitandam pœnam purgare poſſit. cap. 98. 121.d

Si dominus canonem receperit ab emphyteuta, poſtquā iam erat priuandus iure ſuo, quia non ſoluerat, vtrum videatur pœnam priuationis ſeu caducitatis remittere. c. 99. 122.d

Vtrum ſi res emphyteutica fuerit ad dominum reuerſa morte emphyteutæ, & ipſius liberorum, teneatur dominus eam dare proximiori agnato. c. 100. 125.a

LIBRI SECVNDI.

TRes controuerſię circa pretij certitudinem, ex qua conſiſtit emptionis & venditionis ſubſtantia. c. 1. 127.a

Vtrum duobus vendentibus cum pacto redimendi liceat vni totum pretium offerendo rem redimere. c. 2. 130.d

Vtrum

Vtrum minor viginti quinque annis emens rem cum pacto reuendendi abſque decreto iudicis,& alijs ſolẽnitatibus,eiuſmodi pacto obligetur.c.3. 132.d
Venditione facta cum pacto redimendi intra certum tẽpus,ſi ante lapſum temporis pretij pars ſoluta fuerit, & poſt tempus elapſum redimere volẽs reſiduum ſoluere paratus ſit, vtrum ſit audiendus.c.4. 134.d
Controuerſia inter Socinum & Iaſonem de eo,qui vẽdere promiſit,pretioque accepto rem tradidit, nulla tamen venditione facta,an dominium rei in accipientẽ tranſtulerit.c.5. 136.a
Re vendita cum pacto redimendi,incrementum alluuionis an pertineat ad eum,qui redimit an ad eum,qui reuendit.c.5. 137.a
Vtrum qui promiſit facere pactum de reuendendo, immediatè cogi poſſit ad reuendendum.c.7. 138.b
Is qui reuendere promiſit, an præciſe compelli poſſit ad reuendendum.c.8. 140.a
De mutatione monetæ, controuerſiæ ſex.c.9. 141.a
Explicantur aliæ quatuor controuerſiæ de mutatione extrinſeca monetæ, nec non poſtrema de mutatione intrinſeca.c.10. 144.b
Ius redimendi quod competit ex pacto,an in alium transferri poſſit.c.11. 149.b
Vtrum reuenditionis pactum uſuræ præſumptionem inducat,ſi accedat pretij modicitas. c.12. 150.c
Vtrum pacto redimendi præſcribatur ſpacio longiſſimi temporis,quoties ita conceptum eſt,vt ſemper & quãdocunque venditori liceat redimere.c.13. 153.c
Fructus rei venditæ cum pacto redimẽdi ad quem pertineant,vtrum ad venditorem redimentem, an verò ad emptorem vendentem.cap.14. 155.c
Vtrum ex pacto reuendendi dominium rei venditę ad venditorem reuertatur, ut propterea rem a quolibet tertio detentore vendicare poſſit.cap.14. 156.d
Nunquid l.2.C.de reſcindẽda venditione locum habeat in emptore, vltra dimidiã iuſti precij læſo: & quomodo conſideranda ſit læſio ex parte eius.c.16. 159.b
Vtrum iuramentum præſtitum in contractu excludat a beneficio l.2.C.de reſcindẽda vẽditione.c.17. 160.b
An l.2.C. de reſcindenda venditione contra ſingularem ſucceſſorem locum habeat,re perempta.c.17. 163.a
De clauſula venditioni adiecta: Et ſi quid pluris res valet,donat,controuerſiæ aliquot.c.10. 164.d
Aliæ ſex controuerſię ad eandem l.2. C.de reſcindenda venditione pertinentes.c.20. 168.b
Explicãtur quatuor aliũ controuerſię pertinentes ad tertiam l.2. C.de reſcindenda venditione.c.21. 173.b
Quatuor aliæ controuerſiæ proponuntur in eandem materia.c.22. 175.d
Reſciſſa venditione ex remedio l.2.C.de reſcin.vend.an ſoluatur hypotheca medio tẽpore cõtracta.c.23.180.b
Vtrum vẽditione reſciſſa ex remedio d.l.2. res venditori reſtituenda ſit, ſimul cum fructibus ab emptore perceptis.c.1. 181.d
Vtrum venditio reſcindatur medico ab infirmo facta, ſi lęſio interuenerit,ſed non vltra dimidiam. Et nũquid in foro Eccleſiaſtico venditori læſo citra dimidiam actio detur.c.25. 183.a
Vtrum tranſactio reſcindi poſſit ob læſionem vltra dimidiam.c.26. 148.b
De venditione facta ad corpus & ad menſuram controuerſiæ duæ.c.27. 186.d
De vẽditione facta datis arrhis, quid Iuris ſi alter ex contrahentibus promiſſa non exequatur.c.28. 189.b
Si per procuratorem res vendita fuerit, an reſcindi contractus poſſit ob læſionem citra dimidiam: & quid ſi læſio citra dimidiam contingat in æſtimationem rei in dotem datæ.c.28. 190.b
An venditor præcisè teneatur rem tradere, cùm tradendi facultatem habet.c.38. 191.c
Venditor,vtrum actione ex empto cõueniri poſſit,vt realiter venditam rem emptori tradat, quando emptoris nomine ſe illam conſtituit poſſidere,& quid ſi precario nomine.c.31. 193.a
Tractantur tres controuerſię pertinentes ad interpretationem & materiam.l.curabit. C. de actionibus empti.cap.33. 194.a
De l.quoties.C.de rei vendicatione,an locum habeat in perſonis Eccleſiaſticis vendentibus.c.33. 196.d
Venditio an probetur,ſi teſtes de certo pretio non teſtificentur.c.34. 197.c
Tres controuerſiæ circa litis denunciationem, quam vẽditori emptor facere tenetur.c.35. 198 a
Aliæ duæ controuerſiæ tractantur de eadem euictionis materia.c.36. 200.a
Vtrum emptori de euictione actio competat quando litis denunciationem omiſit, ſed tamen conſtat rem defendi non potuiſſe.c.37. 201.c
Vtrũ Eccleſia de euictione agere poſſit lite venditori nõ denunciata. Et vtrum clericus venditor,cui lis emptori mota denũciatur, trahere cauſam ad forum Eccleſiaſticum poſſit:et quid in fiſco.c.38. 203.b
Vtrum emptor,qui in lite ſibi mota vicit aduerſariũ,ſũptus factos cauſa litis agitatæ à venditore repetat,aduerſario ab expenſis abſoluto.c.39. 205.c
Emens ſciẽter rem alienam, an ea re euicta agere poſſit ad reſtitutionem pretij.Quid ſi pacto conuentũ ſit,vt agi nõ poſſit de euictione. Et vtrum emptor re euicta per ſententiã teneatur à ſentẽtia appellare.c.40. 207.b
Vtrum ſtatuto ciuitatis cauſas inter conſanguineos compromitti in arbitros,ſeu arbitratores mandante,poſſit venditor ad emptoris defenſionẽ accedẽs,in lite mota cogere aduerſarium ad compromittendũ.c.51.209.b
Vtrum volens ex pacto rem redimere,pretium offerre tantum debeat,an vero etiam deponere,c.52. 210.a
Quodnam ſit pretium iuſtum annui cenſus.c.53. 211.b
Vtrum annuus cenſus conſtitui neceſſario debeat ſuper certis rebus frugiferis.c.54. 213.a
Quis contractus eſſe dicatur, cùm pro re datur res,& ſimul etiam pecunia,& an dicatur eſſe permutatio, cũ res, ſiue ſpecies certa datur pro incerta,vel incerta pro incerta.c.44. 214.b
Quomodo probetur minorẽ,vel pupillum locupletiorẽ factum ex contractu,vel etiam maiorem.c.46. 216.b
Vtrum is,cui plures res ſunt obligatæ à diuerſis poſſeſſ. contra vnum ex poſſeſſoribus agere poſſit in ſolidũ,an vero conuenire omnes debeat pro rata.c.48. 218.d
Proponuntur duæ controuerſiæ circa Pontificis reſponſum in c.nauiganti,de vſuris.c.88. 219.b
Quid ſit mutuum conſiſtere in his rebus, quę in genere ſuu functionem recipiunt per ſolutionem magis, quã per ſpeciem,vt in l.2.ff.ſi cert.pet.c.49. 221.a
Vtrum ei qui mutuò aureos nummos accepit, liceat reddere creditori inuito eorum ęſtimationem & pretiũ in alia materia,puta in argenteis nummis, c.50. 223.c
Quatuor controuerſię tractãtur circa mutuũ.c.51. 224.a
Mutuans pecuniam,an ſtatim vt eam reſtituat,compelli poſſit.c.52. 226.c
Proponitur alia controuerſia de eo,qui dixit alicui,accipe hanc pecuniam, quinam contractus videatur. cap.53. 227.a
Contractus ſitne vſurarius cum quis ruſtico mutuat ea lege, vt agrum eius colat, iuſta tamen mercede. cap.54. 228.c
Tractantur duæ aliæ controſiæ de vſuris.c.55. 229.a
Conſtituens procuratorem ad accipiendam immo pecuniam, vtrum chirographo obligetur, quo procurator profitetur ſe eã accepiſſe, ſi de numeratione aliter nõ conſtet.c.50. 230.a
Explicãtur tres aliæ controuerſiæ de eadẽ re.c.57.232.a
Mutuans argentum non ſignatum, an creditori inuito pecuniam reddere poſſit.c.58. 233.c
De cõciliatione l.Naturalis.§.1.ff.de pręſcript.verb.& l. vlt.

vlt.ff.de condit.cauſa data.cap.59. 235.b
Vtrum mulier renunciare poſſit Senatuſconſulto Velleiano.c.60. 236.a
Explicantur duæ aliæ cōtrouerſiæ de eadē re.c.61. 237.a
Vtrum Senatuſconſulto Macedoniano renunciare poſſit.cap.62. 238.a
Prodigus an poſſit aliquem contractum facere, antequā ſit ei a Magiſtratu interdicta rerum adminiſtratio. cap.63. 240.b
Tractantur aliæ duæ controuerſiæ in materia prodigi. cap.64. 242.b
Tractantur aliæ duæ controuerſiæ de eadem materia prodigi.c.65. 243.d
Aliç duæ controuerſiæ de eadem re.c.66. 244.c
Duæ aliæ controuerſiæ de eadem materia.c.67. 245.b
Duæ aliæ controuerſiç de eadem materia.c.68. 246.a
Expenduntur duæ controuerſiæ circa cōtractum mutui. cap.69. 247.a
Alia de mutuo controuerſia ad interpretationem l. ſi quis nec cauſam.ff.ſi certum petatur.cap.70. 248.a
Tractantur duæ controuerſiæ,ad interpretationē l.quod te.ff.ſi certum petatur.c.71. 249.c
In caſibus,in quibus mora incurritur abſq; interpellatione,vtrum rei interitu liberetur debitor.c.72. 252.a
Duæ controuerſiç ad interpretationem.l.ſingularia.ff. ſi certum petatur,& eius materiam.c.73. 253.a
Ad interpretationem l. vinum.ff. ſi certum petatur,controuerſia vna.c.74. 254.d
Ad l.ciuitas.ff.eod.tit.controuerſia vna.c.75. 256.a
Vtrum probetur pecuniam conuerſam fuiſſe in vtilitatem ciuitatis vel Eccleſiæ,ex eo quod probatur ciuitatem,vel Eccleſiam tempore mutui indiguiſſe ea pecunia c.79. 256.d
Tractantur duæ controuerſiç de mutua pecuniç Eccleſiç data ad interpretationem c.penult.de fideiuſſor.& c.1.de ſolutio.c.77. 257.c
Controuerſiç duæ ad interpretationem l.Principalibus, & l.ſeq.ff.ſi certum petatur.c.78. 259.a
Aliæ duæ controuerſiæ ad eaſdem leges.c.79. 260 c
Vtrum Rectoribus prouinciarum aliquid donari poſſit remunerationis cauſa,ad interpretationem l.vlt.C.ad l.Iul.repetund c.80. 261.b
De exceptione non numeratæ pecuniæ cōtrouerſiç octo, quarum prima hoc capite tractatur. Vtrū poſt lapſum biennij competat.iure ciuili inſpecto.ca.81. 261.d
Vtrum iure canonico inſpecto poſt biēnij lapſum opponi poſſit exceptio nō numeratæ pecuniæ. c.81. 263.a
Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat, vbi quis ante chirographum confeſſionis, eam ſe accepiſſe profitetur.c.83. 263.d
Si lege municipali cautū ſit, certas dūtaxat exceptiones contra inſtrumentū opponi poſſe, vtrum exceptio nō numeratæ pecuniæ opponi poſſit.cap.85. 264.d
Vtrum exceptio non numeratç pecuniç eodē modo concedatur ei, qui teſtibus præſentibus ſe confeſſus eſt accepiſſe pecuniam,quo per chirographū ſe obliganti & confitenti concedi ſolet.c.85. 265 b
Vtrum inter mercatores locus ſit exceptioni non numeratæ pecuniç, & vtrum ſi iuramentum obligationi acceſſerit,neceſſaria ſit abſolutio, ut ea exceptio opponi poſſit.c.86. 266.a
Ex chirographo confeſſionis,quçnam oriatur obligatio, & quando,& vtrum ciuitati perpetuò competat exceptio non numeratç pecuniç.c.82. 267.a
Vtrū,ſi debitori dilationem ad ſoluendum datam creditor prorogauerit,ignorante fideiuſſore,liberetur fideiuſſor.c.83. 267.d
Vtrum minor læſus in pretio rei venditç, reſtituēdus ſit in integrum aduerſus venditorem,an vero res vendita retineri poſſit ab emptore,ſi iuſtum pretium ei ſupplere velit.c.89. 268.d
Controuerſiç aliquot de certi condictione, ad interpretationē.l.certi cōdictio.ff.ſi certum pet.c.90. 270.a
Vtrum difficultas excuſet a mora debitorem.c.91. 272.a
Vtrum depoſitum, quod Doctores noſtri vocant cōfeſſionarum,eodem iure cenſeari debeat,quo verum,& reale depoſitum.c.92. 273.a
Vtrum habens mandatum ad vendendum, vel locandū rem alterius,cenſeatur etiam illud habere ad pretium accipiendum rei venditç.vel locatæ.c.93. 274.b
De ſocietate in quam alter pecuniā confert, alter operā & induſtriam; vtrum pecunia videatur eſſe communicata,atq;adeo finita ſocietate diuidēda ſit.c.93.275.
Cum in ſocietate alter pecuniam,alteram operam,ac induſtriam confert, vtrum ſi pecunia fuerit amiſſa, periculum ſit commune.c.95. 276.a
De metu reuentiali controuerſia. c.96 278.a
De contractu in ſcriptis celebrato,ad interpretationem l.contractus.C.de fide inſtrum.c.97. 279.b
Pactum incontinenti adiectum contractibus bonæ fidei, vtrum actionem pariat.c.98. 279.d
Vtrum pactum incontinēti adiectum contractui ſtricti Iuris,actionem pariat,c.99. 280 b
Vtrum ſecundum ius canonicum pactum nudum actionem producat,& quid in pacto iurato c.100. 282.a
Controuerſiç tres ad explicationem l.pactum quod dotali.C.de pact.c.101. 283.b

LIBRI TERTII.

AD interpretationem l. ſi curatorem habens.C. de in integrum reſtitut. Controuerſia vna cap.1. 285.a
Vtrū minor authore tutore alienare poſſit abſq; decreto iudicis poſſeſſionē rei immobilis.c.2.286.d
Vtrū minor abſque decreto & alijs ſolēnibus rē immobilem alienare poſſit,ſi ea alienatio ſit vtilis.c.3.287.d
Vtrum minori in integrum reſtitutio concedenda ſit ob læſionem non enormem, ſed non minimam tamen. cap.4. 288.d
Minor viginti quinque annis iuriſperitus, ſi ex cōtractu læſus fuerit,vtrū in integrum reſtitui poſſit.c.5.289.b
Iuramentum an repetitum cenſeatur prorogatione temporis debitori facta ad ſoluendum.c.7. 290.a
Iuramentum an cenſeatur repetitum prorogatione commiſſi facta.c.7. 291.a
Vtrum iuramentum requirat neceſſariò verba.c.292.a
Conciliatio l.puberes.101.ff.de uerb. oblig. cum l.ſi curatorem habens.C.de in integrum reſtitut.minorum cap.9. 292.d
Vtrum conſtitutio Friderici Imperatoris, quæ eſt in Authentica Sacramēta puberum.C. ſi aduerſus venditorem,locū habeat in impubere doli capace.ca.10 293.c
Vtrum contractus iuramento confirmetur,cū m alioqui eſt inualidus,an uero ipſum duntaxat iuramentū ſeruandum ſit.c.11. 294.c
Vtrū ex iuramento promiſſorio oriatur actio.c.12. 295.a
De poteſtate Principis ſecularis relaxandi ſeu remittēdi iuramentum ac de eo ſtatuendi.c.13. 297.a
Poſſitne minor grauiter læſus in integrum reſtitui aduerſus contractum iuramento firmatum,c.14. 298.a
Vtrum fideiuſſor beneficium habeat excuſſionis, vbi iureiurando ſe obligauit.c.15. 299.b
Vtrum emphyteuta qui canonem emphyteuticum ſe ſoluturum iureiurando promiſit cadat a iure ſuo.ſi vno dūtaxat anno ceſſauerit in ſolutione. cap.16. 308.a
An iuramentum efficiat, vt obligatus ad factum præcisè compelli poſſit.c.17. 301.a.
Vtrum fideiuſſores dotium iureiurando obligentur cap.18. 301.d
An ſtipulatio alteri facta iure canonico ſit efficax,& quid ſit iuramento vallata ſit.c.19. 302.b
Qui promiſit alienum factum ſub pœna, vtrum excuſetur,ſi fecit quicquid potuit, & is, qui facere poterat

facere

facere noluit. cap. 20. 303.d
Tranſactio de alimentis futuris an valeat abſque decreto iudicis, ſi fuerit iuramento firmata, c. 21. 305.a
Vtrum conſtitutio, c. quamuis, de pact. lib. 6. locum habeat in filia renunciante, & monaſterium ingrediente, cap. 22. 305.b
Vtrum matris renunciatio iuxta formam, c. quamuis, noceat filijs præmoriente matre, quo minus ſuccedant in hæreditate aui, c. 23. 306.c
Vtrum conſtitutio d. c. quamuis, de pact. lib. 6. locum habeat eo caſu, quo filia renũciauit hæreditati patris nulla dote accepta, c. 24. 307.b
Vtrum filia ſucceſſioni paternæ renuncians iuxta d. cap. quamuis excludatur à legitima, c. 25. 307.d
Sequuntur matrimoniales controuerſiæ, quarum prima eſt de ætate contrahendi ſponſalia; an debeat eſſe annorum ſeptem, c. 26. 308.c
Secunda controuerſia. Cũ matrimonium præſumatur ex carnali copula, vbi ſponſalia præceſſerunt, vtrum probatio in contrarium admittatur per confeſſionem partus, cap. 27. 309.b
Vtrum ſponſalibus præcedentibus, & ſecuta copula carnali, per metum mortis illatum, præſumẽdum ſit matrimonium, c. 28. 310.a
Vtrum matrimonium præſumatur ex copula ſecuta cũ ſponſa incerta, puta, ſi vnam ex tribus puellis quia promiſerit ſe accepturum in coniugem, & alteram carnaliter cognouerit, c. 29. 311.a
Vtrum ſi poſt contracta ſponſalia non ſequatur copula carnalis, ſed nixus ad copulam, matrimonium præſumatur, c. 30. 311.d
Vtrum ex deductione in domum ſponſi matrimonium præſumatur, vbi ſponſalia præceſſerunt. c. 31. 312.b
Vtrum ſi ſponſalia præceſſerunt per verba de præſenti inter impuberes, & adueniente pubertate, ſequantur actus coniugales, veluti oſcula, amplexus & ſimilia, non tamen copula, matrimonium inducatur, controuerſia ſeptima, c. 32. 313.a
Vtrum ſponſalia diſſoluantur propter ſponſi abſentiam, ita tamen vt iuris ciuilis diſtin. ſit adhibenda, cap. 33, 314.a
Si pubes ſponſalia cõtraxit cum impubere, per verba de præſenti, an aliam ducere vxorem poſſit, poſteaquam ſciuit impuberem iam factum puberem, matrimonio conſenſiſſe, c. 34. 314.d
Vtrum ex cohabitatione viri & mulieris matrimonium præſumatur, ad hunc effectum, ut filij pro legitimis habeantur: vbi diſcutitur, an filius in dubio præſumatur legitimus, necne, c. 35. 315.d
Si matrimonium contrahatur inter eos, inter quos canonicum ſubeſt impedimentum, ſub conditione, ſi ſummus Pontifex diſpenſauerit; an diſpenſatione ſecuta, ſtatim verum ſit matrimonium abſque nouo conſenſu. c. 36. 317.b
Vtrum matrimonium ea lege contrahi poſſit, ut non intercedat copula carnalis, c. 37. 319.c
Quid ſi non ambo contrahentes matrimoniũ in eá conditionem conſenſerint, quæ contra ſubſtantiam matrimonij eſt, ſed alter tantum, deinde copula carnalis intercedat, an matrimonium præſumatur, c. 38. 320.a
Vtrum matrimonium ſub conditione contractum, quæ omnino extitura ſit, valeat, perinde ac ſi purè contractum eſſet. cap. 39. 320.d
Vtrum valeat matrimonium, vbi quia metu coactus fuit illud contrahere, cum vna ex pluribus fœminis, puta cum vna ex filiabus Sempronij, c. 40. 321.c
Sitne matrimonium contractum illis verbis. Habebo te in uxorem, vel, iuro ac promitto me in legitimam vxorem te habiturum, cap. 41. 322.b
Sed quid ſi dixerit: Non habebo aliam uxorem niſi te, ſitne contractũ matrimoniũ, vel ſponſalia, c. 42. 323.a
Filius an in dubio præſumendus ſit naturalis, hoc eſt, natus ex concubina, an vero ſpurius, hoc eſt natus ex coitu damnato & punibili, cap. 43. 323.c
Vtrum filius exhæredari a parente poſſit, ſi vxorem ducat abſque eius conſenſu, cap. 44. 324.c
Vtrum pater dotem dare teneatur filiæ nubenti ſine ſuo conſenſu, c. 45. 325.d
De confiſcatione bonorum raptoris, vtrum mulieri raptæ ſint applicanda ſi matrimonium cum eo contraxerit, c. 46. 326.d
Vtrum fructus rerum mobilium dotis ſoluto matrimonio ſtatim ad mulierem pertineant, an vero intra annum ad hæredes mariti. c. 47. 327.d
Vtrum maritus expellere vxorem poſſit, ſi non ſoluatur dos promiſſa, c. 48. 328.d
Vtrum pater duodecim liberorũ immunis exiſtat ab oneribus patrimonialibus, c. 49. 329.b
De legitimatione filiorum per ſubſequens matrimoniũ controuerſia. Sitne neceſſe, vt matrimonium inter virum & vxorem contrahi potuerit tempore conceptionis, an vero ſufficiat ſit natiuitatis tempore contrahi potuerit, c. 50. 330.b
Vtrum legitimentur filij per matrimonium ſubſequens etiam abſq; dotalibus inſtrumentis, c. 51. 332.a
Vtrum filij per ſubſequens matrimonium legitimentur, ſi pater eorum clericus fuerit, in minoribus ordinibus conſtitutus, eccleſiaſtica beneficia habens, c. 52. 332.d
Quid ſi matrimonium honeſtè contrahi non poterat inter virum & mulierem, quia videlicet erat illa minus digna, & nobilis: vtrum illi per ſubſequens matrimonium legitimi efficiantur. c. 53. 333.b
Vtrum requiratur conſenſus ipſorum filiorum, vt per matrimonium ſubſequens legitimi efficiantur, ca. 54. 333.c.
Vtrum filij per matrimonium ſequens legitimentur, ſi nati ſint ex eis, inter quos matrimonium cõtrahi non poterat, puta ex ſoluta & cõiugato, altero tamen ignorante, & in bona fide exiſtente, c. 55. 334.c
Vtrum filio mortuo ante ſecutum matrimonium, nepotes ex eo letigimentur per matrimonium poſtea contractum, c. 56. 335.b
Filius ex coitu nefario & dãnato editus, ſi reſcripto Principis legitimetur, an abſolute ac per omnia legitimus efficiatur, & ſic vtrum ſit diſpenſatio quadam, an autem vera legitimatio, cap. 57. 336.a
Vtrum Princeps legitimare poſſit alterius ſubditum, ita vt ſuccedat etiam in ijs bonis, quæ ſunt in alterius territorio, ſi legitimati pater cõſentiat, & alij quorum intereſt, c. 58. 337.a
Vtrum filius clerici legitimari poſſit a Principe laico, vt in bonis patris ſuccedat. c. 59. 338.a
De legitimatione filij nati ex adulterino coitu controuerſia vna, ca. 60. 338.d
Vtrum ualeat filij ſpurii legitimatio ſi ipſa qualitas, ſeu ſpecies ſpurietatis nominatim Principi expoſita non ſit, c. 61. 339.c
Quis ſit ſenſus Regulæ Cãcellariæ 48. Legitimationem fieri debere ſine præiudicio venientium ab inteſtato. cap. 62. 340.a
Vtrum mater, quæ ad ſecunda nota tranſiuit, legitimæ ſupplementum petere poſſit in bonis filij ex primo matrimonio ſuſcepti, qui minus ex legitima portione ei reliquit. cap. 63. 341.a
Vtrum ſicut mater ſecundo nubens, quæ ex ſucceſſione filiorum primi matrimonij reſeruare tenetur huius primi matrimonij, ita etiam & pater, ad interpretationẽ l. fœminæ, C. de ſecund. nup. cap. 64. 342.b
Vtrum quod eſt conſtitutũ, l. fœminæ. C. de ſecund. nup. locum habeat in muliere ſecundo nubente cum conſenſu filiorum, vel mariti prioris, vel ex Principis permiſſu, & qd in minore uiginti quinq; annis, c. 65. 343.a
Ad interpretationem l. hac edictali. C. de ſecund. nupt.
Vtrum mulier ſecundo viro ſuo, ultra modum in ea lege expreſſum

expreſſum donare poſſit, non ſuo, ſed filiorũ nomine ſtipulanti & accipienti. c.66. 344.c

Si minus legitima portione liberis aut liberorũ vni prioris matrimonij fuerit relictum, vel collatum a matre ſecundo nubente, quo caſu ſupplementum petere poteſt, vtrum vitrico tantum relinqui poſſit, etiam habita ratione dicti ſupplementi, c.67. 345.d

Vtrum l. hac edictali. C. de ſecund. nup. locum habeat, ſi minus ſit relictum filię fœminæ excluſæ per ſtatutum a ſucceſſione parentum, c.68. 347.a

Si plus donetur vitrico vel nouercæ a parente, qui ad ſecundas tranſit nuptias, quam filijs primi matrimonij, ſitne illud inter ipſos ſolos diuidẽdum, an vero etiam vitrico & nouercæ pars debeatur, cap.69. 347.d

Vtrum id quod filij prioris matrimonij auocant a nouerca, vel vitrico, imputare debeant in legitimam debitam ex bonis parentis, cap.70. 348.c

Dos a patre ꝓfecta; vtrũ ad patrẽ reuerti debeat mortua in matrimonio filia liberis ſuperſtitibus, c.71. 349.b

Donatio inter patrẽ & filiũ, & inter virũ & vxorem excedẽs quingentorũ aureorũ ſummã, ſi nõ fuerit inſinuata, vtrum donatoris morte confirmetur, ſaltem uſque ad ſummam quingentorum aureorum, c.72. 352.a

Donatio inter patrem, & filium, & inter virũ & vxorem vtrum ita donatoris morte confirmetur, vt rei donatæ dominium & fructus ad donatarium pertineant ex eo die, quo facta eſt donatio. cap.73. 353.a

Donatio remuneratoria inter patrem & filium an valeat. cap.74. 454.c

Quid ſi pater dicat ſe filio donare, tum ob eius benemerita, tum ob paternum amorem, an valeat donatio. c.75. 355.b

Si pater filio ob benemerita donauerit, quæ tamen probari non poſſint; vtrum conſiſtat nihilominus donatio tanquam ſimplex, quæ ſcilicet morte patris confirmetur. cap.76. 355.d

An donatio patris iuramento firmata valeat, c.77. 356.b

An valeat donatio, ſi vnus ex filijs alteri filio donet patre conſentiente, bona ipſius patris, c.78. 356.d

Si pater filio in poteſtate exiſtenti donet bona pro ſua legitima, an ſtatim valeat donatio, an vero ſit expectanda mors patris, vt ex ea donatio confirmetur. Et quid ſi ſtudiorum gratia filio donauerit, cap.79. 357.b

Vtrum donatio inter virum & vxorem remuneratoria, vt uocant, iure conſiſtat, c.80. 358.b

Vtrum donatio inter coniuges iureiurando cõfirmetur. cap.81. 359.b

Vtrum donatio reciproca, uel remuneratoria, uel ob cauſam, excedens ſummam quingentorum aureorum, inſinuationem requirat. cap.82. 360.b

Vtrum donatio ſummam excedẽs quingentorum aureorum iuramento firmata, requirat inſinuationem c.83. 361.e

An renunciari poſſit l. ſi unquam. C. de reuocan. donatio. cap.84. 362.e

Vtrum d. l. ſi unquam. C. de reuo. dona. locum habeat extra illam ſpeciem patroni liberto donantis. cap.85. 363. b

Vtrum l. ſi unquam. C. de reuocandis donationib. locum habeat in donatione eccleſiæ facta. cap.86. 364.a

An d. l. ſi unquam, locum habeat, ubi donator tempore donationis liberos habebat, ſi deinde alios ſuſcepit. cap.87. 364.b

Vtrum d. l. ſi unquam, locũ habeat in donatione rei particularis, vel partis alicuius bonorum modici momenti. cap.88. 365. b

Vtrum d. l. ſi unquam, locum habeat in donatione remuneratoria. cap.89. 365.e

Vtrum d. l. ſi unquam, locum habeat, ſi nati ſint liberi, & ante patrem donatorem mortui. cap.90. 366.c

Ad materiam & interpretationem l. ult. C. de Nouation. utrũ in caſibus, in quibus olim fiebat ipſo iure nouatio, nunc ope exceptionis fiat. cap.91. 367.e

Vtrum ex coniecturis nouatio inducatur. c.92. 368.b

Vtrum principalis ſtipulatio nouetur ex ſubſequente ſtipulatione pœnali, cap.93. 368.d

Vtrũ is, qui ceſſit creditori ſuo actiones aduerſus debitorẽ, poſſit ipſum debitorẽ ceſſum liberare, ſi debitor ipſe non ignoret ceſſionem factam, non tamen aliquod ex tribus interuenerit, de quibus in l. 3. C. de noua. cap.94. 369.b

Vtrum iuramentum conſtituat debitorem in mora abſque interpellatione, cap.95. 370.b

Si ex lege municipali inſtrumenti contra debitores executionem habeant, quid aduerſus eum debitorem ſtatuẽdum, qui factum promiſit, nec præſtat, ſit ne locus executioni pro eo, quod intereſt. cap.96. 370.b

Vtrum emphyteuta donare poſſit ius ſuum emphyteuticum ſine conſenſu domini. cap.97. 370.d

Vtrum bona emphyteutica veniant in generali bonorum obligatione. cap.98. 371.c

Vtrum mulier in dote præferatur omnibus creditoribus expreſſam ac anteriorem hypothecam habentib. c.99. 372.a

Vtrum creditoribus, quibus bona sũt obligata, competat ius offerendi dotem in pecunia mulieri, hypothecæ nomine res detinenti, eo caſu, quo matrimoniũ diſſolutũ non eſt, ſed tamen vir ad inopiam vergit. cap.100. 373

Poſſitne vidua vſuras dotis petere ab hæredibus viri ſui defuncti, moram committentibus in reſtituenda dote? cap.101. 374.c

An poſſit vidua petere vſuras, ſiue intereſſe donationis propter nuptias? cap.102. 376.b

An vſuræ dotis, longo tempore non exactæ, præſumantur remiſſæ? cap.103. 376.d

LIBRI QVARTI.

DE teſtamento inter liberos: ſi confectum fuerit nullis teſtibus præſentibus, an ſit ſeruandum. cap.1. 379.a

Ad interpretationem Nouellę de teſtamentis imperfectis, & l. hac conſultiſſima, §. Ex imperfecto, C. de teſtamentis, an locum habeant in teſtamento nuncupatiuo, & an locum habeant, quando pater non æquis portionibus liberos hæredes inſtituit. cap. 2. 381.a

Vtrum, quod dictum eſt, hactenus de teſtamento imperfecto parentum inter liberos, habeat locum, cum liberi ſunt naturales tantum. Et quid ſi reſcripto Principis ſint legitimati. Et an locum habeat in teſtamento ad pias cauſas. c.3. 383.a

Vtrum teſtm̃ inter liberos imperfectum ſeruari debeat, vbi non ſolum ſolemnia deſunt, ſed voluntas quoque imperfecta eſt. Et an liberi ſuccedant ab inteſtato: an vero ex teſtamento tali imperfecto, c 4. 385.a

Vtrum teſtantis voluntas ex teſtamento imperfecto, & non ſolemni obſeruanda ſit ab hæredibus in foro conſcientię & animæ, vt loquitur, cap.5. 386.d

Quomodo accipiendum ſit, quod leges dicunt: poſteriore teſtamento imperfecto, prius teſtamentum perfectum tolli, quando in ſecundo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, controuerſiæ duę. cap.6. 389.a

Alię duę controuerſiæ de eadem re. cap.7. 391.d

Vtrum Theodoſij conſtitutio, de qua in dicta lege, Hac conſultiſſima, §. ſi quis autem teſtamento, C. de teſtamentis. locum habeat, ſi quis teſtamento facto extraneos hæredes inſtituerit, deinde quinque teſtibus adhibitis ſe inteſtatũ decedere velle, & teſtamentum ſuũ reuocare declarauerit: & an primum teſtamentum reuocetur per ſecundum, ſi teſtator iurauerit ſe illud non reuocaturum. c.8. 394.a

Vtrum teſtamentum ex cauſa exhæredationis filiorum ſit nullum, cap.9. 396.a

Quo-

Quomodo accipiendum, quod dicitur in auth. præterea C.de liberis præteritis, ſi teſtamentum irritum ſit ex cauſa præteritionis, & exhæredationis, cætera tamen firma manere.c.10. 398.a

Cum teſtamẽtum eſt nullum ex cauſa præteritionis filij, vel inoſficioſum ex cauſa exhæredationis, vtrũ filius, qui ab inteſtato vendicat hæreditatem, eam reſtituere teneatur hęredibus in teſtamento ſcriptis virtute clauſulæ codicillaris in teſtamento adiectæ.c.11. 399.a

Vtrum clauſula codicillaris teſtamẽto adiecta operetur vt poſthumus ignoranter præteritus, qui teſtamentũ rumpit, teneatur ſcriptis hæredibus reſtituere hæreditatem ex fideicommiſſo.c.12. 400.c

An ſit idem reſpõdendum, circa poſthumum ignoranter præteritum, cum teſtator ſuperuixit, & teſtamentum non mutauit.c.13. 402.e

Vtrum legata conſeruentur teſtamento ex poſthumi prętentione ignoranter facta reſciſſo.c.14. 403.e

Quomodo accipiendum ſit, quod dicitur in l.quoties.C. de hæredib. inſtit. hæredem inſtitutum in re certa loco legatarij habẽdum: & quid ſi nullus alius inſtitutus fuerit hæres, ſed ipſe in re certa inſtitutus prohibeatur plus habere c.15. 405.a

Cum quis vxorem ſuam in vſufructu hæredem inſtituit, alio *poſt* eius mortem hærede inſtituto, quæ ſit interpretatio adhibenda.c.16. 407.e

Quid ſtatuendum, cùm in ſolo vſufructu hæres eſt inſtitutus vxor, & nullus alius etiam poſt eius mortem hęres inſtitutus eſt.c.17. 408.e

Quid ſi vxori legatus fuerit omnium bonorum vſusfructus alio poſt eius mortem hærede inſtituto, an valeat eiuſmodi legatarius.cap.18. 409.c

Vſufructuarius omniũ bonorum ex teſtamento relictus an teneatur æs alienum teſtatori defuncti ſoluere. c. 19. 410.b

Inſtitutus in re certa, an comprehendatur in conceſſione emphyteuſis facta pro hæredibus.c.20. 411.b

De hærede in re certa inſtituto an ſit in poſſeſſionẽ mittendus ex l.vltima.C. de edicto Diui Adriani tollend. cap.21. 412.b

Vtrum filia hæres ex teſtamento, vel ab inteſtato mittenda ſit in poſſeſſionem bonorum feudalium contradicẽtibus agnatis, tanquam vocatis ex inueſtituris feudalibus.c.22. 413.a

Ex quibus rebus legitima filiorum detrahenda ſit.c.23. 414.b

Vtrum patris teſtamentum inter liberos valeat, ſi vni ex filijs legitimam abſque titulo inſtitutionis relinquat. cap.24. 415.d

Quid ſi parens in teſtamento dicat ſe filio ſuo pro ſua legitima relinquere.c.25. 416.d

Vtrum legitima filiorum augeatur auctis patrisfamilias facultatibus poſt eius mortem.c.26. 417.d

Si filio legitima a patre viuente fuerit aſſignata, vtrũ auctis facultatibus mortis eius tempore, poſſit filius eam petere ſecundùm bonorum quantitatem, quę tempore mortis reperietur.c.27. 419.a

De legitima parentum & fratrum, an ſit triens, vel quadrans.c.28. 420.b

Quanta ſit legitima matris, ſi filius teſtamento condito hæredes inſtituat duos fratres vtrinque coniunctos, & matrem in legitima inſtituat.c.29. 421.b

Vtrum legitima ſit aſcendentibus titulo inſtitutionis relinquenda, vt teſtamentum valeat.c.30. 422.a

Vtrum filij, qui parentibus non ſuccedunt, in numero cẽſendi ſint filiorum, ad augendam, vel minuẽdam portionem legitimæ eorum, qui ſuccedunt.c.31. 422.c

Vtrum legitima filiorum ſtatuto tolli poſſit c.32. 426.b

Vtrum pater aſſignare filio legitimam poſſit in pecunia numerata.c.33. 427.b

Vtrum legitimam filius amittat propter inuentariũ non confectum.c.34. 428.a

De inuentario hæredis controuerſiæ aliquę, & prima circa tempus illud cõficiendi, an incipiat ex die aditæ, an vero delatæ hæreditatis.c.35. 430.a

Alia controuerſia circa locum, in quo inuentarium conficì debet ab hærede.c.36. 431.b

De hærede, qui non omnes res in inuentario ſcripſit, an amittat inuentarij beneficium.c.37. 431.d

Trebellianica nunquid hęres priuetur ob inuentarium non confectum.c.38. 435.b

Hæres inuentarium conficiens, an poſſit creditoribus & legatarijs inſolutum offerre res hęreditarias, ad interpretationem l.vlt.§.etſi pręfatam verſ. ſed etſi legatarij.C.de iur.delib.c.39. 438.a

Vtrum pupillaris ſubſtitutio tacita, quæ in expreſſa vulgari continetur, locum habeat matre exiſtente in medio cap.40. 439.a

Pupillaris ſubſtitutio tacita, an excludat matrem, quando ſubſtitutus eſt filio teſtatoris, c.41. 440.d

Pupillaris ſubſtitutio expreſſa, an matrem a legitima excludat.c.42. 441.d

Ad interpretationem l.precibus.C.de impub.& alijs ſubſtitu.l.Centurio.ff.de vulg. & pupil.controuerſia vna cap.43. 443.e

De compendioſa ſubſtitutione impuberi filio facta a pagano verbis directis, an filio poſt pubertatem mortuo valeat, vt fideicommiſſaria.c.44. 446.c

Quod ſi eadem compendioſa ſubſtitutio filio impuberi verbis cõmunibus facta fuerit, & mater ſit in medio, an moriente in pupillari ętate filio ſit directè, vel omni tempore fideicommiſſaria.c.45. 448.a

De ſubſtitutione facta in caſu, quo filij naſcituri decedãt abſque liberis, an locum habeat filijs non natis. c. 46. 449.d

Vtrum res reſtitutioni ex fideicommiſſo ſubiectæ alienari poſſint ex cauſa reſtitutionis dotis vxori grauati. cap.47. 451.d

Si bona reſtitutioni ſubiecta expreſſe prohibeantur a teſtatore alienari ex cauſa dotis, vel donationis propter nuptias, vtrum nihilominus eas ob cauſas alienari poſſint.c.48. 453.b

Ex prohibitione alienationis ea clauſula adiecta, quia teſtator voluit bona cõſeruari in agnatione & familia, inducitur ne abſolutum fideicommiſſum ac ſimplex, an uero in caſum alienationis duntaxat.c.49. 454.d

Vtrũ ex prohibitione alienationis a teſtatore facta fideicommiſſo bona ſubijciente, agnatis ex fideicommiſſo vocatis actio competat cõtra fiſcum, in quem bona ob grauati delictum translata ſunt, non expectata morte naturali ipſius grauati.c.50. 456.b

Filij in conditione poſiti, an cenſeantur vocati.capit.51. 458.e

Vtrum filij naturales in conditione poſiti faciant deficere conditionem fideicommiſſi.c.52. 461.d

Filij naturales Principis reſcripto legitimati in conditione poſiti, an excludant ſubſtitutum.c.53. 462.d

Vtrum filij per ſubſequẽs matrimonium legitimati ſubſtitutum excludant, ſi conditio hęredi adſcripta ſic fuerit: ſi deceſſerit abſque liberis de vel ex legitimo matrimonio natis.c.54. 464.a

Subſtitutum an excludant filij per ſubſequens matrimonium legitimati in articulo mortis contractum. c.55. 465.b

Poſſitne teſtator expreſsè Monaſterium, uel Eccleſiam excludere ab hęreditate, ſi hęres inſtitutus factus fuerit Monachus: & proximiores vocare ac ſubſtituere.c.56. 466.d

Vtrum hæc conditio, ſi deceſſerit ſine liberis, intelligẽda ſit tam de maſculis, quam de fęminis in ea facti ſpecie qua teſtator ꝓpria filia in re certa inſtituta, & filio hærede vniuerſali agnatum ſubſtituit.c.57. 468.b

Vtrũ Papiniani reſpõſum in l.cum auus.ff.de cõd. & demonſt. ad filios naturales extẽdi poſſit.c.58. 469.b

†† Vtrum

Vtrum Papiniani reſponſum, de quo in l.cum auus.ff.de cond.& demonſtr.& aliæ ſimiles leges locum habeāt, cum filius hæres inſtitutus filios habuit tempore conditi a patre teſtamenti.c.59. 471.c

Vtrum etiam naturales filij faciant deficere conditionē in ea ſpecie, de qua loquitur l.cum auus, ff. de cond.& demonſtr.& l.cum acutiſſimi C.de fideic.c.60. 473.b

Subſtitutus vulgariter in vnū caſum, vt puta, ſi hæres eſſe noluerit, an ſuccedat in alium caſum, puta, ſi hæres eſſe non potuerit, vel contra.c.61. 474.a

Vtrum vulgaris ſubſtitutio impediat tranſmiſſionem iuris deliberandi in hęredem inſtituti.c.62. 475.d

Vtrum filio repudiante hæreditatem ſuccedat pater, an uero vulgariter ſubſtitutus. c.63. 478.d

Vtrum fiſcus excludat vulgarem ſubſtitutū. c.64. 480.a

Vtrū filius hęres a patre inſtitutus legitimā accipere, & reliquam hæreditatem repudiare poſſit.c.65. 481.d

Vtrum teſtamentum vires aſſumere poſſit a ſubſtitutione vulgari tacita, quæ in expreſſa pupillari continetur, pupillo poſt mortem teſtatoris decedente ſine aditione.c.66. 483.d

Vtrum idem ſit ſtatuendum, quod in pręcedenti capite concluſum eſt, ſi filius ante patrē teſtatorem deceſſit. cap.67. 484.c

Vulgaris ſubſtitutio ſeparatim facta perſonis imparibus, an contineat tacitam pupillarem.c.68. 485.d

Quid ſi duobus impuberibus ſeparatim ſubſtitutio fiat, vni vulgaris, alteri pupillaris, an tunc vulgaris contineat pupillarem.c.69. 486.d

An vulgaris ſubſtitutio cōtineat pupillarē, ſi ſtatuto municipali cautum ſit, verba in teſtamentis accipienda eſſe ad literam, pro vt iacent, abſque vlla interpretatione.cap.70. 487.b

Vtrum vulgaris ſubſtitutio filio facta tollat ſuitatem.ca.71. 488.b

Vtrū vulgaris ſubſtitutio pluribus facta copulatiuē vno adeunte expiret.c.72. 489.c

Vtrum minore adeunte hæreditatem, & aduerſus aditionem in integrum reſtituto, vulgaris ſubſtitutus admittatur.c.73. 490.d

Pupillus, cui ſubſtitutus datus a patre non eſt, an dicatur inteſtatus deceſſiſſe in terminis ſtatuti de inteſtati ſucceſſione loquentis.c.74. 495.b

Si teſtator filio hęredi inſtituto abſq; liberis decedenti aliquem ſubſtituat, & alienationem prohibeat bonorū antequam ad 25.annum perueniant, vtrum eidem videatur poſt 25.ætatis annum alienationem permittere in pręiudicium ſubſtituti.c.75. 493.a

Vtrum, ſi ex Galli Aquilij conſilio nepos hoc modo inſtitutus ſit: ſi filius meus me viuo morietur, tunc, qui ex eo natus erit, hæres eſto, cenſeatur filius ipſe hęres inſtitutus.c.76. 496.c

Vtrum inſtitutio filiorum a teſtatore facta extēdatur ad filios, quos ſe habere ignorabat, quia mortuos eſſe putabat.c.77. 498.b

Si teſtator coniunctim inſtituat hęredes filium & nepotem, vtrum intelligantur ordine ſucceſſorio inſtituti, hoc eſt, vt poſt mortem filij cenſeatur nepos inſtitutus an uero ſimul c.78. 499.c

Vtrum reciproca ſubſtitutio pupillaris facta eſſe cenſeatur inter filios impuberes, quando eorum vltimo morienti datus eſt ſubſtitutus in tota hæreditate matre exiſtente in medio.c.79. 501.a

De eadem reciproca ſubſtitutione non directa, ſed fideicommiſſaria, an inter plures hęredes pręſumatur, quoties eorum vltimo morienti ſubſtitutus datus eſt in hęreditate.c.80. 502.a

Alia cōtrouerſia de reciproca ſubſtitutione, an præſumatur facta, cum pluribus hæredibus inſtitutis poſt mortem omnium teſtator aliquem ſubſtituit.c.81. 504.b

Quid ſi in ea ſpecie, de qua diſſeruimus in præcedenti capite, perſona ſubſit magis dilecta, & quæ ex pręſumpta mente teſtatoris ſubſtitutū excludat.c.82. 506.a

Si teſtator ſecūdū hāc formulā ſubſtituat, vulgariter, pupillariter, & per fideicōmiſſū, ſitne in electione ſubſtituti ſuccedere ex quacunque velit ſubſtitutione.ca.83. 507.a

Vtrum in fideicommiſſis filius ingrediatur in locum patris.c.84. 508.a

Vtrum in fideicommiſſis, in quibus a teſtatore proximiores uocantur, intelligantur vocati proximiores ipſius teſtatoris, an vero grauati c.85. 508.d

Vtrum in pupillari ſubſtitutione frater vtrinq; coniunctus præferatur fratri conſanguineo.c 86. 521.c

Quid ſi retenta pręcedentis facti ſpecie agat de fideicommiſſaria ſubſtitutione.c.87. 512.c

In fideicōmiſſo cōditionali, vtrū nati poſt cōditionis euētū admittātur, vt cōcurrant cū ijs, qui euenientis cōditionis tēpore extabant, & admiſſi fuerunt.c.88. 513.c

Vētre inſtituto hærede, an is filius, qui ex ea natus eſt vxore, q erat tēpore teſtamēti, inſtitutus eſſe intelligatur: an vero, qui ex alia etiā vxore natus erit.c.89. 516.a

Quid ſi teſtator poſthumum, ſiue vētrem vxoris inſtituerit, ſi pręgnans eſſet c.90. 517.b

Si teſtamentum fratris, in quo turpis perſona eſt inſtituta, contineat clauſulam codicillarē, vtrum frater, qui tanquam præteritus illud reſcindit, teneatur ſcriptis hæredibus reſtituere hæreditatem legitima ſibi retenta. Et quid de legatis.c.91. 517.d

De reuocatione teſtamenti prioris cōtinentis clauſulam derogatoriam, controuerſia una c.92. 519.c

Vtrū frater fratris teſtm̄ tanquā inofficioſum impugnare poſſit, ſi in eo ſpurium inſtituerit.c.93. 521.c

In materia iuris accreſcēdi examinat̄ cōtrouerſia Doctorū de cōiunctis re, & verbis, an ab initio partes faciāt ad ſimilitudinē cōiunctorū verbis tantū c.94. 523.b

Quomodo accipiendum, q dicit Iuſtinianus in l. una §. Vbi autē.C.de Cad.toll. vnius portionē deficientē alijs cōiunctis accreſcere pro virili portione.c.95. 526.a

Ius accreſcendi an locum habeat, cum non ipſo iure, ſed ope exceptionis deficit portio.c.96. 526.d

Is qui non admittitur ad partem, an faciat partem ad impediendum ius accreſcendi.c.97. 527.d

Quę ſit ſententia l.re coniuncti.ff.de leg.3.c.98. 528.b

Quæ ſit ſententia l.mulieri & Titio.ff. de condit. & demonſt.c.99. 529.c

Vtrum fideicommiſſa, & alienationis prohibitio extendantur vltra quartum, vel decimum gradum. Item vltra centum annos.c.100. 530.d

LIBRI QVINTI.

Defenſio c.Raynut. de teſtamentis aduerſus Franc.Hotom.obiectiones.cap.1. 537.a

Vtrum filius rogatus hæreditatem reſtituere, poſſit detrahere ſimul legitimam, & Trebel.pro defenſione.c.Raynut.de teſtamentis, contra Franciſcum Hotom.c.2. 545.a

Vtrum Trebellianicæ detractioni ſit locus, cum legitima eſt ſemis.c.3. 551.c

Vtrum prohiberi Trebellian. detractio poſſit a teſtatore cap.4. 552.b

Quid in liberis primi gradus, vtrum ijs Trebell. prohiberi poſſit a teſtatore.c.5. 553.d

Vtrū Trebellianica detractio prohibita eſſe intelligatur, cū teſtator alienationē bonorum prohibuit.c.6. 554.b

Trebellianicam an fideicommiſſarius reſtituens alteri fideicommiſſario detrahere aliquando.c.7. 555.a

Quartæ Trebellianicæ detractio ſint fienda ex tota hæreditate defuncti, an uero eo quod ſupereſt, deductis legatis.c.8. 556.a

Fructus in Trebellianicam ſintne imputandi, cum uerſamur in liberis primi gradus, qui præter Trebell. etiam legitimam detrahunt.c.9. 559.b

Alia

Alia explicatur controuerſia ad interpretationem d.l.iubemus.C. ad Trebell. an fructus imputentur in Trebellianicam, quando filius reſtituere hæreditatem iuſſus eſt extraneo.c.10. 560.b

Cum pars hæreditatis legatur, vtrum in tali legato locũ habeat lex falcidia, an vero Trebellianum Senatuſcõſultum.c.11. 561.b

Lex Falcidia vtrum habeat locum in fideicommiſſis ſingularibus.c.12. 563.a

Vt ceſſet Falcidia, an tacita ꝓhibitio ſufficiat.c.13. 564.c

De interpretatione l.ſi hæres.§.item ſi reipubl.ff.ad legẽ Falcid.c.14. 565.c

Ad interpretationem l.in quartam ff.ad l. Falcidiam controuerſię diſcutiuntur.c.15. 566.a

Prælegata an veniant in reſtitutionem fideicommiſſi. cap.16. 569.d

In legatis & fideicommiſſis ad pias cauſas relictis, ſitne locus detractioni quartæ ex lege Falcidia vel ex Trebelliano Senatuſconſulto.c.17. 571.d

In fideicommiſſis & legatis, vtrum de appellatione filiorum veniant nepotes.c.18. 574.b

Hæres eius, qui bona reſtitutioni obnoxia alienauit, poſſitne ea vendicare.c.19. 574.d

An per diuiſionem cum clauſula, de nõ faciendo aliquid contra eam, vel alias, cum generalibus, & vt loquũtur, prægnantibus verbis, cenſeatur renunciatum fideicõmiſſo.c.20. 577.a

Vtrum matri vel auiæ, cùm relinquunt filio, vel nepoti legitimam portionem, vel etiam hæreditatem, liceat eam conditionem, quantum ad legitimam adijcere, vt vſusfructus patri non acquiratur.c.21. 578.e

Sitne donatio cauſa mortis, cùm quis ſanus exiſtens, & nullo mortis periculo exterritus, poſt mortem ſuam donat.c.22. 580.c

Mortis cauſa ſi quis donet, & promittat ſe nõ reuocaturũ eam donationẽ, an ſit mortis cauſa donatio.c.23. 581.c

De donatione cauſa mortis filijfamilias controuerſia: an requiratur patris conſenſus ad integrandam perſonã filij, vt loquuntur, ſiue per ſolemnitate actus: an vero propter patris pręiudicium, c.24. 582.c

Poſſitne filius familias mortis cauſa abſque patris conſenſu re donare aduentitias, in quibus parens nullum habet vſumfructum.c.25. 584.e

Vtrum filius familias donare poſſit ipſi patri conſentienti cauſa mortis bona aduentitia.c.26. 586.d

An l.ſi pater puellæ.C. de inoffic.teſtam. ſit correcta ex l. Quoniam in prioribus eod.tit.quantum ad legitimã. cap.27. 587.b

Ad l.vlt.§.vlt.de leg.2.annotationes, quibus & quæ controuerſia ſunt expediuntur.c.28. 588.b

De actione fideicommiſſario competente contra tertios poſſeſſores, c.29. 589.b

Ad l.1.de leg.1.c.30. 590.b

Pro legatis cõſequendis ſitne executione procedendum, an ordinarię.c.31. 591.c

Sitne legatum, an vero inter viuos donatio, cùm quis in teſtamento donat aliquid præſenti ac acceptanti.c.32. 592.b

De legato a debitore relicto creditori an compẽſandum ſit cum debito, vbi diſcutitur illa communis diſtinctio, vtrum ex cauſa neceſſaria, an voluntaria debitum procedat.c.33. 594.a

Quid dicendum, ſi legatum cõſiſtat in ſpecie, & debitũ neceſſarium in quantitate, retenta ſpecie, de qua in capite præcedenti.cap.34. 595.b

Legatum an videri poſſit animo compenſandi relictum a debitore creditori, cum dixit debitor ſe legare ex ꝓprijs bonis.c.35. 596.b

Legatum viro relictum ab vxore, an ſit cum lucro dotis, quod ex ſtatuto defertur, vxore ipſa præmoriẽte, compenſandum, c.36. 597.a

Si legetur feudum alicui, utrum hæres ad ęſtimationem præſtandam legatario teneatur.c.37. 597.b

Vtrũ legatũ rei alienæ iure canonico valeat.c.38. 598.b

Legata ab inſtituto relicta nominatim, an a ſubſtituto repetita cenſeantur.c.39. 599.d

Legatum ab extraneo relictum Epiſcopo ſub nomine ꝓprio, an Eccleſiæ acquiratur.c.40. 601.d

Legatum canonicis relictum, cui acquiratur, Eccleſiæne an capitulo, an ipſis ſingularib. perſonis.c.41 602.q

Legatum vxori, vtrum de prima duntaxat, an vero etiã de ſecunda ſit intelligendum.c.42. 602.d

Vſusfructus domus ſi legetur adiecto onere, ne altius tollatur: vtrum relicta proprietas uideatur.c.43. 603.b

Si prædij vſusfructus fuerit in teſtamento relictus ea cõditione adiecta, vt alienari non poſsit, utrum proprietas relicta cenſeatur.c.44. 604.e

Si vſusfructus prędij ſit relictus cum facultate illud aliẽnãdi, vtrũ intelligatur proprietas relicta.c.45. 605.a

Si vſusfructus prędij leget' ea conditione adiecta, vt poſt mortem ſuã illud legatarius alteri reſtitueret, an relicta proprietas intelligatur. c.46. 605.c

De vxore relicta vſufructuaria liberis extantibus, atq; hæredibus inſtitutis controuerſia, utrum intelligatur tantum ei alimenta relicta.c.47. 607.a

Legatum dotis, vel pro dote relictum certæ puellæ ab extraneo, an ſit purum vel conditionale.c.48. 908.b

Si legetur puellę ſub cõditione, ſi fuerit matrimonio copulata Seio, vtrum legatum debeatur contractis nuptijs ante copulam carnalem.c.49. 609.d

In legato vſusfructus habeatne locum ius accreſcendi inter coniunctos verbis tantum.c.50. 610.b

Si tutori, vel adminiſtratori legetur, quidquid apparebit eum debere ob tutelam vel aliam adminiſtrationem, vtrum eo legato comprehendatur etiam id, quod debet ex doloſa adminiſtratione.c.51. 611.a

Si teſtator ita dixerit lego Sempronio, quod Caio legaui, vtrum videatur Caio adimere legatum.c.52. 612.b

Ad interpretationem Nouellę Iuſtiniani de reſtitutionibus.c.53. 613.d

Si teſtator legauerit puellę, ſi nupſerit, mille: ſin autem monaſterium fuerit ingreſſa, ducenta: an, ſi monaſterium ingreſſa fuerit, mille conſequi valeat.c.54. 614.e

Ad l.filia legatarum C.de legatis diſcutitur controuerſia inter Oldradum & Dynum de patre, qui filiæ ſuæ pro dote legauit CCCC. deinde eam elocauit viuens, dote conſtituta & numerata ducentorum aureorum, vtrum filia reſiduũ ex legato petere poſſit.c.55.615.b.

Ad l.cum filiofam.de leg.controuerſia circa vltimę partis ſententiam.c.56. 615.d

Innocentij III.Pontificis Maximi reſponſum in ca. cum tibi de teſtam.ſitne iuris regulis conſentaneum. c. 57. 617.b

An legatum conferri in alienam voluntatem poſſit c.58. 618.b

Legatum an in voluntatem hæredis conferri poſſit: ad interpretationem legis fideicommiſſariæ.46.ff. de fideicommiſſ.libert.59. 919.b

Donare mortis cauſa poſſitne mulier, quæ non poteſt cõtractũ facere abſq; conſenſu duorum propinquorum, ita diſponente municipij lege.c.60. 621.a

Adultus minor 25. annis curatorẽ habẽs poſſitne mortis cauſa donare abſque eius conſenſu & auctoritate, cap. 61. 622.c

Vtrum vſurarius manifeſtus, qui teſtari prohibetur, etiã mortis cauſa donare prohibeatur, ante præſtitam cautionem de reſtituendis vſuris.c.62. 623.c

Donatio mortis cauſa poſſitne reuocari ex pęnitentia donatoris abſque hærede decedentis.c.63. 624.c

Si filiusfam. teſtamẽtum faciat cum cõſenſu patris, adiecta clauſula codicillari, ſi non valet iure teſtamenti, valeat iure codicillorum, & cuiuſcunq; vltimæ voluntatis, vtrum in vim donationis cauſa mortis valere poſſit.c.64. 624.d

Legato caſtro cum pertinentijs, an etiam bona particularia, & prædia contineantur. c.65. 625.d
Fideicummiſſum in dubio vtrum præſumatur relictũ filio impubere, an vero ab hærede eius c.66. 626.d
Bonorum appellatione in legatis vtrum venalia contineantur, c.67. 629.a
De dictione *ſeu* in legatis apposita vtrum vim habeat amphandi legati: ad interpret. l. ſi quis ita. ff. de aur. & argent. leg. c 60. 630.b
Controuerſia circa ſnĩam Alberti Papiẽſis de teſtamento ad alterius interrogationem, an valeat. c.69. 631.a
Teſtamentũ poſterius factũ ad alterius interrogationẽ, an tollat prius ſolemniter confectum. c.70. 632.a
Si filius ſub cõditione caſuali, vel mixta fuerit hæres institutus, utrum hodierno iure ualeat teſtm̃, & in hoc correcta. l. ſi pater. C. de inſtit. & ſubſt. c.71. 633.a
Cur prætor hæredẽ facere nõ poſſit: ad interpretationẽ §. Quos autem. in inſtit. de bon. poſſ. c.82. 634.d
Quæ ſit edictalis, & quæ decretalis bonorum poſſeſſio. cap.73. 636.b
In obtinenda bon. poſſeſſ. ſitne iure nouiſſimo inſpecto decretum Prætoris neceſſarium. c.24. 637.b
Vtrum filius familias, cui bonorum poſſeſſio delata eſt, eam agnoſcendu & petendo aliquid acquirat ſibi ipſi cap.75. 638.a
Rurſum de bonorum poſſeſſione filiofam delata, ſi is abſq; conſenſu patris eam agnouerit, & pater non ratificauerit, an filio acquiratur, iſque creditoribus ac legatarijs ſatisfacere teneatur. c.76. 640.a
Explicatur collationis materia, controuerſiæq; ad eã pertinentes latè diſcutiuntur. c.77. 642.a
De ... eadem materia collationis. c.78. 643.a
Aliæ controuerſia de eadẽ collationis materia. c.79. 644.b
Proponuntur aliæ cõcluſiones in materia collationis, & controuerſia diſcutitur, an donatio ſimplex filio facta in poteſtate, ſit conferenda. c.80. 645.a
Alia controuerſia de ſimplici donatione, quæ ab initio valet, an ſit conferenda. c.91. 646.b
Proponuntur alię concluſiones in materia collationis, & excutitur alia controuerſia de donatione facta filio ob cauſam matrimonij, an ſit conferenda. c.82. 647.a
Proponuntur omnes alię cõcluſiones, & quomodo accipienda ſit lex vlt. C. de collat. c.83. 647.d
Controuerſiæ aliquę an hęreditas pacto dari poſſit. Et prima, quid ſi non tota hęreditas, ſed pars bonorum ex pacto detur, an valeat. c.84. 648.d
Secunda controuerſia, quid ſi pactum fundetur in perſona promittentis, non autem bona, ſiue bonorum obuentionem reſpiciat, an valeat. c.85. 649.d
Pactum de futura ſucceſſione reciprocum an valeat. c.86. 652.a
Pactum de futura ſucceſſione in contractu matrimonij ... an valeat. c.87. 653.a
Excommunicatus an poſſit teſtari, c.88. 653.d
Vtrum clericus de fructibus bonorum eccleſiaſticorum teſtari poſſit. c.89. 654.d
Teſtamentum an valeat, quod confectum eſt non adhibitis iuris ſolennitatibus, ſed ſtatuti eo in loco vigentis, vbi teſtamentum eſt conditum, ex quo tamen loco teſtator oriundus non eſt. c.90. 658.b
Teſtamentum a forenſe conditum ſeruatis ſolemnibus loci, in quo illud condidit, an effectum habeat, quantum ad bona alibi ſita. c.91. 660.b
Vtrum valeat teſtamentum coram quinque teſtibus tẽpore peſtis. c.92. 661.b
Primum teſtamentum, quod poſteriore reuocatum intelligitur, qua ratione reuiuiſcat, ſi poſterius inciſum & reuocatum ſit a teſtatore, c.93. 662.c
Filius familias an teſtari poſſit de his rebus, quarum vſuſfructus parenti non acquiritur. c.94. 663.d
Quanta ſit legitimę filiorum portio, cum de bonis patris quæ propter delictum ad fiſcum peruenerunt, detrahi debet in caſibus, in quibus ex ſtatuto vel conſuetudine confiſcationi locus eſt. c.95. 665.a
Sitne aliquis modus iuri conſentaneus, quo reſtitutioni legitima filiorum ſubijci queat. c.96. 666 a
Vtrum auus hęredem inſtituere poſſit nepotem, ex filio ſpurio. c.97. 667 a
Vtrum nepotes ex filio nato ex inceſtu hæredes inſtitui poſſint ab auo. c.98. 669.a
De facultate teſtandi a Summo Pontifice conceſſa perſonis Eccleſiaſticis, an ad unum duntaxat teſtamentũ coarctanda ſit. c.99. 670.a
Vtrum teſtandi facultas conceſſa perſonis eccleſiaſticis morte Pontificis Maximi expiret. c.100. 671.c
Ius accreſcendi, an tranſeat in emptorem hæreditatis, c.101. 672.a

LIBRI SEXTI.

VTrum filius legitimatus per reſcriptum excludat a ſucceſſione parentum filias fœminas, vbi ſtatutum ciuitatis mandat, vt exiſtentibus filijs maſculis legitimis & naturalibus fœminæ excludantur. cap.1. 675.a
De celebri controuerſia in ſucceſſione Regni & Principatus, vter ſit præferendus, patruus, an nepos ex filio primogenito. c.2. 679.b
Fratrum filij, vtrum ſuccedant patruo in ſtirpes, an vero in capita. c.3. 680.b
Quomodo aſcẽdentes in pari gradu exiſtẽtes ſuccedãt filijs vita defunctis nullo condito teſtamẽto. c. 4. 684.c
De ſucceſſione fratris vterini & cõſanguinei controuerſia. cap.5. 685.d
Si pater & mater, vel auus paternus & maternus ſimul ſuccedant filio vel nepoti inteſtato defuncto, qui erat in poteſtate an vſumfructum pater, vel auus paternus habeat in portione matris, vel aui materni. 687.a
An frater vtrinque coniunctus defuncti præfertur ... an vero ſimul cum eo ſuccedat. c.7. 687.a
Vtrum fratres ex vno tantum latere coniuncti ſuccedãt ſimul cum parentibus defuncti c.8. 688.a
Ad l. ſi infanti. C. de iur. deliberãdi cõtrouerſia. c.8. 688.c
Nati ex coito damnato & nefario, an ſicut aſcendentibus non ſuccedunt, ita etiã excludantur ab inteſtato a ſucceſſione tranſuerſalium. c.10. 689.b
Titulus pro hærede in ſuis hæredibus veluti ſunt filij in poteſtate, an proficiat ad vſucapionem. c.11. 691.a
Vtrum pater monachus effectus amittat vſumfructum, quem habet in bonis aduentitijs. c.13. 692.b
Poſſitne filius patre monaſterium ingreſſo, & religionẽ profeſſo adhuc viuente legitimam portionem petere. cap.13. 693.c
Teſtm̃ factũ ante ingreſſum religionis, an per ingreſſum reuocetur, ſecuta ſcilicet profeſſione. c.14. 694.d
Teſtm̃ factum ante profeſſionẽ poſſitne monachus poſt factam profeſſionem reuocare. c.15. 690.a
Vtrum hæreditas delata monacho, immediatè monaſterio deferatur, vt eam adire valeat abſque facto monachi, an vero ex perſona ipſius monachi, aut proinde neceſſaria ſit eius aditio. c.16. 690.d
Quid ſi monachus, cui delata eſt hæreditas, adire nolit, an poſſit eo inuito monaſterium adire. c.17. 699.c
Quid ſi monachus deceſſerit ante aditam hęreditatem, an monaſterium poſſit illam addire. c.18. 700.c
Si intra annum profeſſionis monachus decedat nullo cõdito teſtamento, ad quem pertineant eius bona, an ad monaſterium, an vero ad hæredes, qui ſunt proximiores, c.19. 701.b
Vtrum Eccleſia hæres teneatur inuentarium conficere, vt legis beneficijs frui poſsit, vt non teneatur vltra vires hæreditarias. c.20. 702.a
Vtrum fiſcus teneatur inuentarium conficere, & eo non confecto, vltra uires hęreditarias. c.21. 703.c

Vtrum

Vtrum fiſcus ſuccedens in bona vacantia teneatur legata & fideicommiſſa præſtare teſtamento, vel codicillis relicta. cap. 22. 705.a
An iure Canonico hæres non confecto inuentario teneatur vltra vires hæreditatis, c. 23. 707.b
Hæres, qui inuentarium non confecit, an vltra vires hæreditarias teneatur in foro conſcientię. cap. 24. 707.d
Poſſitne teſtator inuentarij confectionem hæredi remittere in pręiudicium legatatiorum & fideicommiſſariorum. c. 25. 709.b
Legatum obſcurum, an in fauorem Eccleſiæ ſeu piæ cauſæ latius ſit interpretandum, c. 26. 710.d
An hæres conueniri poſsit in rem actione intra tempus, quo innentarium conficitur. c. 27. 711.c
Hæres qui ſimpliciter adiuit hęreditatẽ, nulla facta proteſtatione de inuentario conficiẽdo, vtrum beneficijs eiuſdem poſtea confecti perfruatur. c. 28. 712.b
Hæres qui fecit inuẽtarium, an detrahere poſſit ſumptus factos in litigãdo pro defẽdẽda hęreditate. c. 29. 713.b
Hæres qui confecit inuentarinm, an damnum ſentiat ex interitu rerum hæreditatiarum, c. 30. 714.a
Si hæres inuẽtarium confecerit, an illud proſit fideicommiſſario, cui reſtituit hæreditatem. c. 31. 715.c
Si emptor ſit hæres venditoris, & innentarium conficiat & res euicta ſit, an in ponenda ratione bonorum hæreditatis, habeatur ratio dupli euictionis nomine promiſſi, vel tantum ſimpli. c. 32. 716.a
Vtrum hęres, qui inuentarium non confecit, deducere poſſit id quod ſibi a defuncto debebatur, aduerſus eũ cui ex Trebelliano reſtituit hæreditatem. c. 33. 717.a
Hæres qui inuentarium non confecit, an inſolidũ teneatur ad pręſtandum legatum alimentorum. c. 34. 719.b
Si filius a patria poteſtate aliter, quã per emancipationẽ liberetur, puta per dignitatem Epiſcopalem, vel Patritiatus honorem, vel per Matrimonium contractũ, vbi ex conſuetudine, vel ſtatuto ciuitatis liberatus eſſe intelligitur a patria poteſtate, an pater vſumfructũ amittat bonorũ aduentitiorũ & maternorum. c. 35. 720.c
Hęreditatis diuiſio, an peti poſſit poſt longiſſimum tempus. c. 36. 722.a
Tractatur controuerſia inter Legiſtas & Canoniſtas circa diuiſionẽ hęreditatis, an illa ſic inſtituẽda ſit vt maior diuidat ex fratribus, & minor eligat. c. 37. 723.d
Hęreditas ſi delata ſit filio alicuius furioſi, an poſſit abſq; conſenſu patris adiri, ut nullum inde emolumentum patris acquiratur. cap. 38. 724.c
Quomodo ſit accipiẽdum, quod dicitur in l. ult. §. ubi autem in vnum. C. de bon. quę liber. videlicet patrem legitimum adminiſtratorem bonorum filij aduentitiorum mouere, & excipere actiones poſſe adhibito filij conſenſu. c. 29. 726.a
Poſſitne paterfamilias abſque pretoris decreto res aduentitias filij ob ęs alienum diſtrahere c. 40. 727.b
Ad l. lege obuenire 130. ff. de verb. ſig. & l. 3. §. de illo. ff. pro ſocio. c. 41. 728.b
Ad interpretationẽ l. 3. C. de bonis maternis, c. 42. 730.a
Hęreditatem petens abinteſtato tanquã conſanguineus, an probare teneatur ſe proximiorem eſſe. c. 43. 730.d
Tractatur controuerſia de eo, qui fideicommiſſum petit ſub conditione relictum, ſi inſtitutus abſq; liberis deceſſerit, an teneatur probare grauatum abſque liberis deceſſiſſe, c. 44. 732.d
Controuerſia de pupillari ſubſtituto, qui probat mortem inſtituti, an teneatur probare eam in pupillari ętate contigiſſe, vt obtineat. c. 45. 735.b
Hęreditatem petens, tanquam proximior in ſucceſſione inteſtati, an probare teneatur eũ, de cuius hęreditate agitur, nullo cõdito teſtamento deceſſiſſe. c. 46. 736.b
Ad. c. cùm eſſes de teſtamentis, c. 47. 737.a
Hęres, an præſumatur habere notitiam teſtamenti, poſt quam hæreditati ſe immiſcuit. c. 48. 738.d
An hæreditas repudiata eſſe intelligatur, cùm quis dixit ſe nolle hæreditatem, c. 49. 740.b
His verbis: *volo hæreditatem adire*, an cenſeatur adita hęreditas. c. 50. 741.d
Aditio hęreditatis, an ex eo inducatur, quod debita quis non ſoluerit. c. 51. 732.d
Aditio hęreditatis, an ex fructuum perceptione inducatur. cap. 52. 735.b
Hæreditatis aditio, an inducatur ex habitatione domus paternæ. c. 53. 747.b
Aditio hæreditatis, an inducatur, ex eo quod inuentariũ hæres confecerit. c. 54. 747.d
Per ceſsionem, vel in ſolutum dationem bonorum, vel iurium hæreditatis, an hæreditas adita eſſe cenſeatur, ſi proteſtatur is, qui cedit, vel in ſolutum dat, ſe non animo adeundi cedere, vel in ſolutum dare. c. 55. 748.e
Si filius aſſerat ſe aliqua bona patris defuncti poſsidere pro ſua legitima, an videatur adiuiſſe hæreditatem ſibi teſtamento relictam. c. 51. 750.a
Poſsitne filius in re propria grauatus legitimã portionẽ retinere, & reliquam hęreditatem repudiare ſi ſubſtitutum habeat vulgarem. c. 57. 752.b
Bonorum poſſeſsionẽ an agnouiſſe præſumatur ille, qui poſſeſſoriam hæreditatis petitionem contra bonorum occupatores inſtituit. c. 58. 753.b
Bonorũ poſſeſsio, an intra ſtatuta a legibus tẽpora agnita fuiſſe pręſumatur. c. 50. 754.b
Si quis dixerit; *Credo hanc hæreditatem eſſe reſpuendam, & mihi non expedire*, an repudiata cenſeatur poſt triũ menſium lapſum. c. 60. 755.c
Repudiatio hæreditatis, an inducatur ex eo, quod is, cui delata eſt, verbis futurum tempus ſignificantibus teſtatur ſe nolle adire. cap. 61. 756.d
Vtrum pater feudũ vni ex filijs ꝓlegare poſsit. c. 65. 757.b
Pater an prælegare poſsit emphyteuſim vni ex filijs ſuis cap. 63. 760.a
De donatione ſimplici, an ſit cõferẽda, ad. l. filiæ. C. fam. hercif. l. ſi donatione. C. de collat. & l. pen. C. eod. tit. cap. 64. 762.a
Ad l. vlt. C. de collat. an ſit extendenda ad filios emancipatos. c. 65. 764.d
Ad l. Qui ſe patris. C. unde liberi. c. 66. 766.e
An l. qui ſe patris. C. vnde liberi. hodie ſit correcta. c. 67. 768.b
De euictione inter cohæredes præſtanda. c. 68. 769.a
Diuiſio patris inter filios facta bonorum eius, ſi iuramẽto firmata ſit, an poſſit renocari. c. 69. 772.a
Ad l. filium quẽ habentem. C. famil. hercif. c. 70. 772.e
Ad l. vlt. C. de fideicomm. an teſtator poſſit legatario ſtipulari. 71. 774.a
Teſtator poſsitne inducere vſuras. c. 72. 776.a
Vtrum filius legitimam portionem amittat, ſi legata pia neglexerit. cap. 73. 778.b
Miliтare teſtamentũ, an ſubiaceat querelæ. c. 74. 779.d
Clericorum teſtamenta nũ ſubiaceant querelæ, ac reſciſſioni, ſi ſint inofficioſa. cad. 75. 781.a
Ingratitudinis cauſa, ſi probetur, quæ teſtamẽto patẽtũ expreſſa nõ ſit, poſsintne filij exhæredati reſciſſo teſtamento ab inteſtato hæreditatem vẽdicare. c. 76. 782.d
Ad interꝓtationẽ Nouellæ 115. vt cũ de appell. cognoſc. §. aliud quoque capitulũ, an locum habeat in præteritione paterna filiorũ, qui ſunt in poteſtate. c. 77. 784.a
Ad eandem Nouellam 115. vt cum de appell. cognoſc. § aliud quoque capitulũ, poſſintne parentes filios ſuos exhæredare ex alia cauſa, quæ non ſit ex 14. ibi expreſſis, quę tamen ſimilis ſit, vel maior. c. 78. 786.b
Si filius poſt iniuriã parenti factam reconciliatus ei fuerit vtrum exhæredatio locum habeat. cap. 79. 787.b
Si filius poſt cõmiſſam ingratitudinis culpã pęnitentiam egerit, poſsitne a patre exhæredari, c. 80. 788.b
Si filius factus fuit poſt culpam ingratitudinis cõmiſſam monachus, poſsitne a parente teſtamento exhæredari. cap. 81. 789.b

Vtrum negotia pia debeantur hæreditate non adita. cap. 82. 790.b
Poſſitne hæres legatum defuncto relictum repudiare in alterius præiudicium.c.83. 791.c
De donatione inofficioſa parentum quatenus reuocetur a filijs cap.84. 793.c
Poſſintne liberi alienata a parentibus titulo oneroſo,vſque ad legitimam reuocare.cap.85. 795.a
Teſtamentum factum apud acta iudicis an teſtes requirat.cap.86. 795.d
Vtrum donatio inter uiuos omniũ bonorum præſentiũ & futurorum valeat.cap.87. 797.b
An donatio omnium bonorum præſentium,& futurorũ iuramento confirmetur.cap.88. 797.d
Donatio omnium bonorum pręſentium, & futurorũ reſeruato vſufructu, an valeat.c.89. 798.b
Donatio omnium bonorum præſentium & futurorũ aliquo reſeruato,de quo donat in vita diſponere valeat, an de iure ſubſiſtat,cap.90. 799.d
Quid ſi donans omnia bona præſentia & futura reſeruet ſibi aliquid,de quo diſponere poſſit in certũ genus perſonarum,vel in certam cauſam,puta vt poſsit diſponere,ſiue teſtari pro anima.c.91. 800.e
Quid ſi donans omnia bona præſentia & futura reſeruet ſibi aliquid,de quo poſſit in vita vel in morte diſponere,an valeat donatio,c.92. 801.a
Donatio facta omniũ bonorum præſentium& futurorũ an contineat veſtes, ſupplectile & alia,quę veriſimile non eſt quemquam ſpecialiter donaturũ, c.93. 801.c
Vtrum donatio hæreditatis valeat.cap.94. 802.b
Poteſtne mortis cauſa hæreditatem ſuam quis donare. c. 95. 803.a
Vtrum hæreditas per procuratorẽ adiri poſſit.c.96.804.a
Ad L.eam quam 14. C.de fideicom.c.97. 805.e
Defenditur ſententia auctoris de emphyteuta, an donare poſſit in emphyteuticum conſenſu domini non requiſito,quæ extat in prima controuerſiarum.lib.3. ca. 97.c.98. 808.b
Annotationes ad primum caput lib.1.Controuerſ. & ad cap.71.lib.3.c.99. 809.d
Annotationes continet ad cap.1.li.4.& ad caput 22. eiuſdem libri,& ad cap.31.cap.100. 810.b

LIBRI SEPTIMI.

De origine feudorum, & an feudum ſit contractus.cap.1. 811.a
Liber feudorum an ſit authẽticus,c.2.816.a
Sitne recipienda diuiſio feudorum,in hæreditaria,& ex pacto,& ex prouidentia. c. 3. 816. c
Quæ ſit interpretatio adhibenda in conceſſione feudi alicui hæredibus facta.cap.4. 818.d
Quomodo accipiendum quod dicitur in cap.1. an agnatus vel filius, &c. filium non poſſe patris hęreditatem repudiare & feudum retinere.c.5. 820.b
Feudum conceſſum pro hæredibus quibuſcunque,an extendatur ad extraneos hæredes & ad fœminas. cap.6. 822.b
Quomodo accipienda ſit feudalis conceſſio pro hęredibus maſculis facta cap.7. 823.b
Poſsitne pater alienare feudum nouum in pręiudicium liberorum.cap.8. 825.a
Quomodo accipiendum, quod dicitur.in c.5.Titius. Si de feudo defuncti contentio ſit inter domi.& agnatos vaſalli.c.9. 828.a
Poſſitne agnatus feudum antiquum alienare agnato remotiori in pręiudicium proximioris. c.10. 830.b
Quanto temporis ſpatio tollatur ius reuocandi alienationem feudi,competens agnatis proximioribus.cap.11. 831.d
An ſi proximior agnatus feudum alienatũ ſpatio 30.annorum reuocare neglexerit, eiuſdem feudi poſſeſſor tutus ſit præſcriptione aduerſus alios agnatos, q̃ poſt illius mortem ſunt gradu proximiores.cap.12. 832.d
Vtrum agnatus qui eſt hæres alienantis feudum antiquum illud reuocare poſſit.c.13. 835.a
Sitne concedenda actio de euictione emptori aduerſus hæredes eius, qui feudum alienauit, quod ab agnato euictum eſt. cap.14. 837.b
Poſſitne agnatus ex iure retractus, vt vocant feudum antiquum alienatum ab agnato,cum conſenſu domini, eo viuente ſoluto pretio reuocare.cap.15. 839.c
Vtrum agnato competat ius retractus, ſi feudum alienatum dixerit ſe nolle emere.c.16. 840.d
Quid iuris ſi proximior agnatus vti nolit iure retractus poſſitne eo vti ſequens in gradu.c.17. 841.c
Poſſitne filius reuocare antiquum feudum à patre alienatum cum conſenſu domini, poſt mortem patris. cap.18. 842.c
Poſſitne filius feudum a patre alienatum eo viuente pretio reſtituto redimere. cap.19. 850.b
Confiſcatis bonis vaſalli ob delictum ab eo cõmiſſum, vtrum feudum etiam confiſcetur.c.20. 851.a
Quomodo accipiendum quod dicitur, vaſallo delinquẽte extra perſonam domini, feudũ ad agnatos pertinere, an pertineat ad eos tantum qui ſunt in quarto, vel vlteriori gradu. cap.21. 853.d
Vaſallo delictum committente aduerſus dominum, cui feudum aperiatur, domino, an agnatis.cap.22. 855.d
Delictum vaſalli an & quando filijs noceat in feudo. cap.23. 859.d
Feudum à vaſallo alienatum abſque domini conſenſu, an domino aperiatur, vel agnatis. c.24. 861.a
Si vaſallus intra annum & diem non petierit inueſtituram, ad quem feudum pertineat, c.25. 863.c
Gradus ſuccedendi in feudo, an computandus ſit ſecundum ius ciuile vel canonicum.cap.26. 864.d
Vtrum agnati in feudo ſuccedant vſque ad ſeptimũ gradum, an verò in infinitum. cap.27. 865.b
Tres controuerſiæ explicantur de feudo nõdum aperto. Prima, an concedi à domino poſſit ante mortẽ illius, qui feudum obtinet. Secunda, quid ſi purè concedatur. Tertia, quid ſi viuens vaſallus liberos habeat. cap.28. 867.b
Succeſſor Epiſcopi inueſtiẽs aliquem de feudo alterius vaſalli viuentis, cũ conſenſu capituli, ſub conditione illa, ſi feudum ſibi fuerit apertum, an teneatur ratam habere inueſtituram, ſi Epiſcopus ante vaſallũ, qui feudum poſſidet, deceſſerit. cap.29. 869.a
Quomodo accipienda ſint verba illa textus in cap.1. qui ſucceſſores dare teneantur: *Niſi ille qui inueſtituram acceperit, nomine eius feudi in poſſeſſionem miſſus ſit, eo conſentiente qui detinet*.cap.30. 871.d
Poſſitne Epiſcopus rem in feudum dari ſolitam, & ad ſe deuolutam, conſanguineis ſuis in feudum dare. cap.31. 873.d
Ex duob. inueſtitis de feudo vter præferatur.c.32.874.d
Vter præferatur ex duobus à Principe de feudo inueſtitis.cap.33. 876.a
Vtrum ſurdus, vel mutus, vel alias imperfectus feudi ſit capax. cap.34. 878.a
Vtrum clericus feudum obtinere poſſit.cap.35. 880.b
Equites Hieroſolymitani, & ſimiles, qui ſacro ordini militũ nomina dederunt, an in feudis ſuccedere poſſint. cap.36. 881.c
Vtrum fœminæ in feudo empto ſuccedant.c.37. 88[illegible].b
In feudo fęmineo an ſuccedant fœminæ c.38. 885.a
Vtrum fęminæ ſuccedant in feudo franco c.[illegible] 887.a
Fęminæ vtrum in feudo ſuccedant [illegible] iuramentum fidelitatis non eſt præſtandum, [illegible] debet [illegible] cenſus, vel aliud præſtari [illegible] quod [illegible] fęmina præſtare poteſt.cap.40. 888.d
Ad cap.1.de eo qui ſibi & hæredibus ſuis maſculis [illegible]

minis,&c. an fœmina ſemel admiſſa excludatur a maſculo poſtea nato?cap.41. 890.b
Si feudum quis acquiſierit ſibi & ſuis hęredibus vtriuſq; ſexus,vtrum fœminæ ſimul cum maſculis ſuccedant? cap.42. 891.c
Quid ſi feudum acquiſitum fuerit pro maſculis cum fœminis,an fœminæ vna cum maſculis ſuccedant?c.43. 892.b
Maſculus exiſtens in gradu remotiori lineæ diuerſæ,an excludat fœminam a ſucceſſione feudi in proximiori gradu exiſtente eiuſdem lineæ, vbi feudum acquiſitum eſt pro hæredibus maſculis & fœminis? cap.44. 893.b
Fœmina ſemel a feudi ſucceſſione excluſa per maſculos, an perpetuo cenſeatur excluſa? cap.45. 894.a
Legitima filiorum an ſit ex feudo hæreditario detrahenda?cap.46. 896.b
Quid ſi feudum a patre ſit emptum,an ex eo filiarum legitima detrahi poſſit.cap.47. 897.b
Vtrum feudum emptitium filij ſuccedentes in hæreditate patris vna cum ſororibus conferre teneantur: Et quid de feudo empto,quod ad primogenitum ſpectat,an teneatur alijs fratribus conferre.cap.48 899.a
Poſſitne filius naturalis legitimari, vt ſi ita capax feudi, ac in eo ſuccedat ſine conſenſu domini ipſius feudi,c.49. 901.a
Vtrum poſſint naturales filij legitimari Principis reſcripto,vt in feudis ſuccedãt in præiudicium agnatorum, quibus ius quæſitum eſt ex antiquis inueſtituris: Et quæſtio accipienda eſt patre viuente.c.50. 902.b
Legitimati per ſubſequens matrimonium,an ſuccedant in feudo, quod conceſſum eſt filijs ex legitimo matrimonio natis,ſiue deſcendentibus.cap.51. 903.d
Si vaſallus feudum habens alium ſubinfeudauerit rectè & legitimè, deinde mortuus fuerit, an feudum ita ad dominum reuertatur,vt non teneatur ſubinfundatum inueſtire,licet ei ſeruire voluerit.cap.52. 904.d
Subuaſallus feudum alienare volens,an cõſenſum requirere debeat domini ſui immediati ,an vero ſuperioris domini mediati.c.53. 907.a
Si plures ſint ſucceſſores in feudo,an &quomodo omnes fidelitatem domino iurare debeant.c.54. 908.c
Si dominus feudi deceſſerit,relictis pluribus ſucceſſoribus, vtrum vaſallus teneatur præſtare omnibus fidelitatis iuramentum.c.55. 909.c
Si vaſallus cum cõſenſu domini feudũ creditoribus ſuis obligauerit, deinde nullis deſcendentibus relictis deceſſerit, vtrum dominus,ad quem feudum reuertitur, teneatur creditoribus ſatisfacere.c.56. 910.c
Conſenſus præſtitus a domino feudi oppignorationi a vaſallo factæ,vtrum ad vſuras ſiue ad id quod intereſt extendatur. c.57. 913.b
Feudum nouum cõceſſum iure antiqui feudi, vtrum naturam aſſumat feudi antiqui.c.58. 913.d
Feudum an in dubio antiquum vel nouum præſumatur cap.59. 915.b
Poſſitne uaſallus domino inuito feudum renunciare? cap.60. 916.b
Vtrum feudum præſcribatur longiſſimo tempore quoad dominium directum in præiudicium domini. cap.61. 918.a
Filij fratrum an in feudo ſuccedant in ſtirpes vel in capita.cap.62. 919.c
Ius accreſcendi an locum habeat in feudo nouo a Principe conceſſo.c.63. 919.d
Ius accreſcendi an locum habeat in feudo quod duobus ſimul conceſſum eſt,& cuiuslibet eorum deſcendenti bus.cap.64. 920.c
De meliorationibus in rem feudalem factis a vaſallo, & quo modo feudo ad dominum reuerſo eorum ratio habenda ſit.cap.65. 921.b
Poſſitne Epiſcopus ſolus, abſque cõſenſu capituli in feudum dare rem ad ſe reuerſam infeudari ſolitam.c.66. 922.c
Quid requiratur vt res dicatur ſolita in feudum dari. ca. 67. 923.a
Quot requirantur actus ad inducendam infeudandi conſuetudinem.c.68. 924.d
Princeps caſtrum cum iuriſdictione in feudum concedens, an videatur etiam cum mero & mixto imperio concedere.c.69. 925.c
Si vaſallus de caſtro inueſtitus ſit a Principe,cum iuriſdictione, meroque & mixto imperio,an habeat ius confiſcandi,id eſt, compendium ac emolumentum pœnæ confiſcationis.c.70. 926.e
Quando res Eccleſiaſtica in feudum dari ſolita efficiatur de menſa Eccleſiæ,ac proinde non poſſit amplius infeudari,niſi ſolemnibus adhibitis.cap.71. 928.b
Vtrum prælatus Eccleſię laicis in feudum cõcedere poſſit decimas ad Eccleſiam reuerſas,ante Concilium Lateranenſe concedi ſolitas.ca.72. 929.b
Feudo ad dominum reuerſo propter lineam finitam, vtrũ dominus teneatur proximioribus agnatis illud cõcedere.c.73. 929.d
Feudum dare an cuilibet rerum ſuarum domino permiſſum ſit.c.74. 930.b
Filiorum appellatione in feudis an contineantur nepotes.c.75. 930.d
Vtrum in feudis poſſit alter alteri ſtipulari.c.76. 931.b
Vtrum pater vſumfructum bonorum filij,quem in poteſtate habet,ſibi uendicare poſſit.c.77. 932.b
An in dotem feudum dari poſſit, ſine conſenſu domini. cap.78. 933.d
Poſſitne vaſallus abſque conſenſu domini feudi vſumfructum alij cedere,c.79. 935.c
Conſenſus domini qui requiritur in alienatione feudi,debeat ne expreſſus eſſe,vel an tacitus ſufficiat.c.80.936.
Poſſitne vaſallus,cui dominus poteſtatem dedit feudum alienandi,partem eius alienare,c.81. 937.d
Vaſallus an feudum alienare poſſit abſque domini licentia,cum ei conceſſum eſt pro ſe, & quibus dederit.ca. 82. 938.b
Si dominus alienationi feudi ſimpliciter conſentiat,an ſibi quoad dominium directum præiudicium faciat. cap 83. 939.a
Si vaſallus feudum abſque conſenſu domini alienauerit, & incontinenti recuperauerit,an euadat caducitatis,ſiue priuationis pœnam.c.84. 940.a
Alienans feudum abſque licentia domini,cum clauſula, *Saluo iure domini*, vel alia cautela, an euadat pœnam a iure conſtitutam.c.85. 941.b
Vaſallus alienans feudum ſine licentia domini,& conſtituens ſe nomine emptoris illud poſsidere, non facta reali traditione,an in pœnam incidat amiſſionis feudi cap.86. 941.a
Vtrum vaſallus feudi amiſſione, ſeu priuatione dignus ſit ſi annuũ cenſum domino præſtare ceſſauerit.c.87. 943.b
Si uaſallus vltra fines dati feudi per errorẽ facti aliquid præſcripſerit,poſtea feudo ad dominium reuerſo,an etiam pars alterius præſcripta ad dominum pertineat. cap. 88. 946.a
Si vaſallus,cui datum eſt caſtrum in feudum abſque iuriſdictione acquiſierit iuriſdictionem ſuis ſumptibus & induſtria,an extincto iure ipſius feudi ad dominũ reuertatur caſtrum cum iuriſdictione acquiſita.cap. 89. 946.d
Si vaſallus propter culpam feudum amittat,& ad dominum reuertatur,an quaſcunque meliorationes amittat, quæ per ſe conſiſtere non poſſunt.c.90. 947.c
Si meliorationis ſumptus a vaſallo factus liquidus non ſit, & dominus fideiuſſorem dare paratus ſit de ſumptibus ei facta liquidatione ſoluẽdis, poſſitne feudum vendicare,c.91. 948.c

Sitne

Sitne feudum vaſallo tacitè obligatum ob meliorationes in eo factas. cap.92. 949 d

Meliorationis ſumptus, qui debet vaſallu reſtitui, feudo ad dominum reuerſo, ſitnè ſecundum æſtimationem præſentis temporis reſtituēdus, ſi fortè maior æſtimatio eſſet ædificij ac meliorationis, quàm ſumptus à vaſallo factus. cap.93. 950.c

Si vaſallus ob crimen aliquod (feloniam appellant) feudo priuandus ſit, an fructus ante ſententiam latam perceptos, reſtituere teneatur. cap.94. 952.a

Feudo ob vaſalli mortem ad dominum deuoluto, quid ſit de fructibus illius anni ſtatuendum, c.95. 953.d

Vtrum etiam penſiones fructus nomine contineantur in ſpecie capitis pręcedentis, nimirum, d.§.bis conſequenter. tit. hic finitur lex Corradi, &c. cap.96. 955.a

Rurſus de fructibus cōtrouerſia proponitur vaſallo mortuo, & feudo agnatis aperto, ſitne eadem diſtinctio adhibenda. cap.97. 956.a

Sitne laudemium domino ſoluendum pro cōſenſu præſtito alienationi feudi. c.98. 957.b

Alienans feudi partem abſque conſenſu domini, an cadat à toto. c.99. 958.a

Poſſeſſorij quæſtio inter vaſallos de feudo, ſitne coram ordinario iudice, vel coram feudi domino tractanda. cap. 100. 959.a

Si quæſtio ſit inter duos de feudo, & quilibet dicat ad ſe pertinere, negans alterum ius habere in feudo, an cognitio ad dominum ſpectet, vel ad ordinarium iudicem. c.101. 959.d

Qui ſint pares curiæ controuerſia vna. cap.102. 960 c

Sententia ſuper feudo lata contra vaſallum feudi poſſeſſorem, an noceat agnatis, qui poſſeſſore mortuo ad feudum vocatur. cap.103. 961.a

Cum vaſallus ipſo iure feudo priuatur ob feloniam, vtrū ſi moriatur, dominus poſſit eius hęredi feudum adimere. cap.104. 962.b

De feudi diuiſione Controuerſia vna. cap.105. 964.a

LIBRI OCTAVI.

DEfenſio l. inter claras. C. de ſumma Trinit. & fide catholica aduerſus Franciſcum Hotomannum. cap.1. 965.a

Defenſio Extrauagantis. Regimini, de emptione & vendit. aduerſus diſputationem Franciſci Hotomanni lib.2. obſer. cap.15. cap.2. 976.a

An fiſcus, Principes, ciuitates, & eccleſia Romana centum annorum præſcriptione gaudeant. cap.3. 968.b

Vtrum dos filię vnius ex ſocijs omnium bonorum, ſoluenda ſit ex bonis communibus, an verò diuiſionis tempore imputanda in partem partis. cap.4. 983.b

Poſſeſſio quotuplex ſit, & an ſit facti vel iuris. cap.5. 983.e

Poſſitne cumulari petitorium & poſſeſſorium in eodem iudicio, & de vera interpretatione legis naturaliter. §. nihil commune, ff. de acquirenda poſſeſſione. cap.6. 986.a

Poſſitne princeps reſcripto ſuo cauſam poſſeſſionis & proprietatis ſimul cognoſcendam mandare. cap.7. 988.d

Si de vi illata ſit quęſtio, & obijciatur, eum qui ſibi vim factam dicit, non poſſediſſe, an prius de vi, vel de poſſeſſione ſit cognoſcendum. c.8. 989.b

Agens interdicto recuperandæ poſſeſſionis quid probare debeat. cap.9. 990.a

Vtrum agenti interdicto recuperandæ poſſeſſionis obſtet dominij exceptio. cap.10. 991.d

Spoliato agenti contra ſpoliatorem interdicto recuperādæ, an obijci poſſit exceptio alterius ſpoliationis ab ipſo factæ. cap.11. 995.a

An contra tertium poſſeſſorem, qui bonam fidem, & iuſtum titulum habet, competat aliquod remedium recuperandæ poſſeſſionis. c.12. 996.d

Vtrum agenti remedio recuperādę poſſeſſionis exceptio præſcriptionis obijci poſſit. cap.13. 998.c

Ad legem vnicam, C. vti poſſidetis, quis illorum verborum ſenſus ſit, *Satiſdationis, vel transferendæ poſſeſſionis, &c.* cap.14. 999.b

De duplici poſſeſſorio retinendæ, ſummario & ſummariſſimo. Et quis ſit iudex competens in cauſa poſſeſſorij rei eccleſiaſticæ. cap 15. 1000.c

Quod ſit probanda in interdicto, *vti poſſidetis* poſſeſſio, non per vnum teſtem dūtaxat: Et quid iuris, ſi uterq; ex litigatoribus probauerit ſe poſſidere. cap.16. 1003.

Agenti interdicto retinendæ, an obſtet exceptio dominij. cap.17. 1004 d

Vſufructuarius vtrū naturaliter poſſideat. c.18. 1005.d

Quomodo acquiratur poſſeſſio rerum corporalium: Et an infanti etiam acquiratur. cap.19. 1006.c

Quomodo rerum incorporalium quaſi poſſeſſio acquiratur. cap.20. 100.7.d

Quomodo amittatur poſſeſſio. c.21. 1008.c

De pręſcriptione ſeruitutum realium. cap.22. 1009.d

De pręſcriptione meri & mixti Imperij. c.23. 1013.c

De iuris patronatus eccleſiaſti præſcriptione, an laicis ſit conceſſa. cap.24. 1014.d

De præſcriptione ciuitatis, hoc eſt, an ciuitas præſcribere poſſit rem alienam, quando ciues ab initio ſunt in mala fide, ſi illis mortuis, alij ciues bonam fidem habeant. c.25. 1017.c

An bona fides de præſcriptione immemoriali neceſſaria ſit. cap.26. 1018.a

An mala fides defuncti noceat hæredi, quo minus licet in bona fide ſit, præſcribat: & quid ſi inuentarium cōfecerit. cap.27. 1018.c

Error iuris an proſit ad præſcriptionem longiſſimi temporis. c.28. 1020.a

Error iuris an proſit ad fructuum acquiſitionem. ca.29. 1020.d

An titulus ad præſcriptionem neceſſarius ex longi temporis præſcriptione ſit pręſumendus. cap.30. 1022.a

Vtrum is, qui ignorat ſe titulum habere neceſſarium ad pręſcribendum, valeat pręſcribere. cap.31. 1024.b

Bona fides ad pręſcriptionem neceſſaria, an pręſumatur cùm poſſeſſor titulum non habet. cap.32. 1025.e

Pręſcriptio temporis memoriam hominum excedentis, vtrū corruat, & vires ſuas amittat, ſi conſtet de titulo vitioſo & nullo. cap.33. 1027.d

An mala fides reſpectu vnius impediat præſcriptionem reſpectu alterius. cap.c.34. 1029.d

Ad l.3. & l.5. C. finium regundorum, vbi de quinque pedum præſcriptione agitur, & ad l. vlt. eodem titulo. cap.35. 1031.b

An l. maioribus 3. C. commun. vtriuſque ind. & de diuiſione facta per ſortes, an reſcindi poſſit & an lęſio vltra dimidiam requiratur, ut diuiſio reſcindi poſſit. cap.36. 1032.b

An l. vlt. C. de ſacroſan. eccl. vnum vel tria contineat priuilegia. cap.37. 1034.b

Vtrum in eccleſiam, & pias cauſas, ac ciuitates, quibus hæreditas per fideicommiſſum reſtituenda eſt, tranſeant iura abſque reali vel verbali reſtitutione. ca.38. 1035.e

Ad l.1. C. de ſacroſ. eccl. c.39. 1036.b

Sufficiatne iuratoria cautio cùm vſufructuarius ſatiſdare non poteſt. c.40. 1038.d

De uſufructu earum rerum quæ vſu cōſumuntur, qualis ab vſufructuario pęſtāda ſit ſatisdatio. c.41. 1040.c

Vtrum ei cui vſusfructus relictus eſt, earum rerum, quę vſu conſumuntur, cautio à teſtatore remitti poſſit. cap.42.

Cautio in vſufructu earum rerum quę vſu conſumuntur, an ſit de ſubſtantia vſufructus. cap.43. 1042.b

Operis noui nunciatio manifeſtè iniuſta, an impunè cōtemni poſſit ad l.1. ff. de noui ope. nunc. c.44. 1042.d

Ædifi-

Ædificans ſpreta operis noui nunciatione, an demoliri cogatur, cùm litem ſuper negocio principali conteſtatus eſt?.c.45. 1044.c
Ad l.3.§.1.& l.de pupillo.§.ſi plurium.ff.de ope.no.nûc. cap.46. 1046.a
Ad l.ſi prius.ff.de oper. noui nuncia.c.47. 1047.b
Ad l.vn.C.de oper.noui nunc.c.48. 1048.b
Vtrum minor 25.annis reſtituendus ſit aduerſus ſpretã operis noui nunciationem.c.49. 1049.d
Ad l.vn.ff.de remiſſionibus.cap.50. 1050.c
Vtrum fideiuſſor, qui in maiorem ſummam ſe obligauit, quàm deberetur à reo principali, teneatur ſaltem vſq; ad ſummam debitam.c.51. 1051.d
An exceptio excuſſionis competens fideiuſſoribus ex Nouella Iuſtiniani, dilatoria ſit, & neceſſariò ante litem conteſtatam proponenda.c.52. 1053.b
Excuſſionis exceptio an locum habeat cũ cauſa ex bono & ęquo, puta inter mercatores, vel coram arbitratore, vt vocãt, vel ſine ſtrepitu & figura iudicij, ſola facti veritate inſpecta cognoſcenda eſt.c.53. 1053.d
Si fideiuſſor obliget ſe vt principalem debitorem in ſolidum, an beneficium amittat excuſſionis.c.54. 1054.d
Vtrum confiſcatis bonis principalis debitoris conueniri poſſit fideiuſſor antequam fiſcus conuentus fuerit. cap.55. 1055.d
Excuſſio pricipalis debitoris ſi facta ſit, & eo reperto nõ ſoluendo actum ſit aduerſus fideiuſſorem, cæterùm iudicio pẽdente debitor factus fuerit ſoluendo, an creditori opponi poſſit, vt prius agat contra debitorem. cap.56. 1056.d
De fideiuſſore iudicatum ſolui in prima inſtãtia dato, an teneatur ex ſententia lata à iudice appellationis. c.57. 1058.a
Tutor vel curator an condemnari & cogi poſſit, ad reddendam pecuniam pupilli, vel adulti, ante redditas rationes adminiſtrationis.c.58. 1059.c
Proximiore agnato intra annum non petente tutorẽ dari pupillo, ac proinde à ſucceſſione eius excluſo, an reliquis agnatis hæreditas pupilli debeatur, ſi & ipſi tutorem non petierint, quaſi annus eis currere incipiat. cap.59. 1059.d
Vtrum minori inuito dari curator poſſit ad litem, ſi actor ſit.60. 1060.b
Geſta per falſum procuratorem, an poſt latam ſententiã ratificari à domino poſſint in ſui commodum & fauorem.c.61. 1061.b
Vtrum in abſolutione a iuramento ad effectum agẽdi requiratur partis aduerſæ citatio.c.62. 1062.c
De poteſtate principis circa tollendum ius quęſitum. cap.63. 1065.a
Vtrum promiſſio facta præſenti & tacenti in eius cõmodum ſit pactum vel pollicitatio.c.64. 1068.a
Vtrũ reſcripta ad lites ſint perpetua, an verò anno expirent.c.65. 1069.d
Reſcriptum ab vno impetratum, an alijs proſit rem communem habentibus.c.66. 1070.c
Donatio propter nuptias, an ipſo iure cõſtituta videatur. cap.67. 1071.b
Si dos non fuerit ſoluta, an vidua lucretur donationẽ propter nuptias.cap.68. 1072.c
Filia quæ dote accepta renunciauit hæreditati paternæ iux.c.quamuis.de pactis,lib.6.an propter enormem lęſionem reſcindere eam renunciationem poſſit.c.69. 1073.a
An cõſtitutio c.quamuis.de pactis, lib.6.locum habeat, cùm filia renunciat fratribus, non autem patri.cap.70. 1074.c
An filia quæ renunciauit paternæ hæreditati iuxta formã c.quamuis.de pactis,lib.6. ſuccedat patri inteſtato morienti.c.71. 1075.d
Pactum de hæreditate viuentis ſine eiuſdem voluntate & conſenſu, an iuramento confirmetur. c.72. 1076.c
Filia an poſſit agere ex promiſſione dotis marito facta per patrem, marito vita functo.c.73. 1079.b
Si gener cõfeſſus fuerit ſe dotem à ſocero accepiſſe: deinde dotem et ſocer promittat, an mortuo marito vxori actio competat contra hæredes ipſius, vt dotem reſtituant, an vero ij cedendo actionem contra ſucceſſores ſoceri liberentur.c 74. 1080.b
Ad l.1.C.de dotis promiſſione, & ad l.eũ poſt.§.gener. ff.de iure dotium.c 75. 1082.d
An fideiuſſores dotium dari poſſint.c.76. 1085.b
Confeſſio dotis receptæ à marito facta animo donãdi, an confirmetur iuramento promiſſorio.c.77. 1087.a
Confeſſio dotis receptæ à marito animo donandi facta, qui dotẽ non accepit, an confirmetur iuramento aſſertorio.c.78. 1088.d
Quid ſi confeſſioni dotis receptæ accedat iuramentũ aſſertorium & promiſſorium ſimul.c.79. 1090.b
Confeſſio dotis receptæ à marito facta conſtante matrimonio; & abſque iuramento, an pręſumatur facta ſpe futuræ numerationis, an verò animo donandi.cap.80. 1091.a
Quid ſi dotis promiſſio præcedat; poſtea ſequatur confeſſio mariti de dote ſoluta, an valeat & opponi poſſit exceptio non numeratę dotis.c.81. 1093.b
Quid ſi poſt confeſſionẽ dotis receptę à marito factã lapſa ſint tẽpora opponendi exceptionem ſeu quęrelam proponendi de dote non numerata.c.82. 1094 d
Si ignobilis vir vel ſenex duxerit vxorẽ nobilem vel diuitem, & ſe dotem accepiſſe confeſſus fuerit: quid de eiuſmodi confeſſione ſtatuendum.c.83. 1095.b
Quid ſit de confeſſione dotis receptæ ſtatuendum coſtãte matrimonio facta adiecta exceptione exceptionis non numeratæ dotis.c.84. 1098.a
Si maritus poſt contractum matrimonium confeſſus ſit, ſe dotẽ accepiſſe ab alio, quàm a muliere, an præſumatur verè numerata, an verò competat exceptio dotis nõ numeratæ.c.85. 1098.d
Confeſſio dotis receptæ à marito facta, an præiudicet creditoribus, poſt elapſum tempus opponendi exceptionẽ dotis non numeratæ.c.86. 1099.b
Si pręcedat dotis promiſſio, deinde confeſſio dotis receptæ à marito fiat, an etiam creditoribus præiudicet, vt non poſſint exceptionem opponere dotis non numeratę.c.87. 1102.a
Ad l.quoties.C.de donationibus, quę ſub modo, &c. cap.88. 1102.d
Poſſitne donator pactum vel modum donationi adiectũ in fauorem alterius, ad libitum reuocare, etiam eo inuito.c.89. 1104.a
An l.1.C.de donationib.quæ ſub modo, & ad c.verum.de conditio.appo.de donatione in Eccleſiam collata ſub modo vel conditione.cap.90. 1105.d
An per ſtipulationem notarij contractibus adhibitam, acquiratur aliquod ius abſenti ante ratihabitionem.c.91. 1106.b
De Saluiano interdicto controuerſia, an competat extra cauſam locationis & conductionis, ſicut hypothecharia actio.c.92. 1107.c
An excuſſio principalis debitoris præcedere debeat, antequam Saluianum interdictum aduerſus extraneũ poſſeſſorem intendatur.c.93. 1108.d
Reductio ad arbitrium boni viri, apud quem petenda. cap.94. 1109 c
Intra quod tempus ſit petenda reductio ad arbitrium boni viri à ſententia arbitratoris.c.95. 1111.c
Vtrum appellari poſſit à ſententia iudicis reducentis laudum ad arbitrium boni viri.c.96. 1112.d
Emphyteuſis alicui conceſſa & filijs, an veniant fœminę. cap.97. 1114.a
Emphyteuſim nõ Eccleſiaſticam ſi quis ſtipuletur filijs ſuis, an etiam filijs naturalibus ſtipulatus videatur. c.98. 1115.b

Emphy-

Emphyteuta qui 30. vel 40. annis canonem non ſoluit, an præſcriptionem allegare poſſit, ne in futurum ſoluere cogatur. cap. 99. 1116.a

Debitor certæ rei an liberetur eius interitu poſt moram: & primò in obligatione deſcendente ex maleficijs. cap. 100. 1118.b

Quid ſtatuendum in alijs obligationibus quæ non ex maleficijs deſcendunt, an debitor poſt moram re perempta ſimpliciter liberetur: an vero cum diſtinctione, an res fuerit peritura. cap. 101. 1120.b

Iuramentum metu extortum an obliget. c. 102. 1123.d

Vtrum eccleſia in integrum reſtituatur aduerſus præſcriptionem 40. annorum. cap. 103. 1125.b

Vtrum minor 25. annis aduerſus cõtumaciam reſtitutus expenſas reſtituere aduerſario teneatur? c. 104. 1126.b

Excuſſio debitoris principalis an requiratur antequã hypothecaria contra poſſeſſores agatur, quando res ſpecialiter ſunt hypothecæ ſuppoſitæ. cap 105. 1128.b

Ad l. cum quis. C. de iuris & facti ignoran. c. 106. 1129.c

Iuris ignorãtia ſitne latę culpæ adſcribẽda. c. 127. 1131.a

LIBRI NONI.

EXaminatur quid ſtatuendum cũ criminib. variæ ac diverſę pœnę conſtitutæ alijs atq; alijs legibus ſunt. cap. 1. 1133.a

Actio ciuilis & criminalis an & quando ſimul cumulari poſſint. cap. 2. 1137.a

Furioſus ſi quis efficiatur poſt commiſſum delictum, poſſitne puniri. cap. 3. 1138.b

Si quis aliquem teſtari prohibuerit, qua pœna ſit afficiendus. cap. 4. 1139.b

Quatenus actiones ex delictis deſcendentes in hæredes dentur. cap. 5. 1140.d

An tortura purget veras ac legitimas probationes. cap. 6, 1143.a

Actio iniuriarum ex lege Cornelia, an ſit annalis vel perpetua. cap. 7. 1144.c

Annus quo iniuriarum actio finitur, quando incipiat. cap. 8. 1145.a

Iniuria per ſcripturam facta, an poſt annum actione propoſita vindicari poſſit. cap. 9. 1146.a

An veritas conuicij excuſet iniuriantem à pęna. cap. 10. 1146.d

Quid ſi libello famoſo crimen alicui verum obiiciatur, quod publicè expediat notum eſſe: an is qui libellum infamandi cauſa ſcripſit, pœna condemnandus ſit capitali. cap. 11. 1148.b

An liceat verbis prouocato reſpondere conuicium falsò dicenti. *Tu mentiris.* cap. 12. 1149.c

Excipiens contra teſtes in iudicio quod ſint falſarij, improbi, crimninoſi, &c. & non probans, an teneatur actione iniuriarum. cap. 13. 1151.b

In accuſatione vel inquiſitione de crimine falſi, an ſit neceſſe locũ & tẽpus adijcere cõmiſſi delicti. c. 14. 1152.c

Quæ ſint legitima indicia, ad inquiſitionẽ ſpecialẽ, de crimine contra aliquem inſtituendam. c. 15. 15. 1153.c

Sitne reus definitiuè abſoluendus, quando crimen ab eo commiſſum fuiſſe iudici probatum non eſt. c. 16. 1155.a

Gratia delinquenti à Principe conceſſa, an ad bona extẽdatur confiſcata. cap. 17. 1155.d

Reſtitutus in integrũ gratia Principis, an recuperet pretium bonorum à fiſco alienatorum. cap. 18. 1156.d

Vtrum fur puniri poſſit alibi quàm in loco delicti, ſi reperiatur cum rebus furto ſubtractis: an verò remittendus ſit ad locum delicti. cap. 19. 1158.a

Poſſitne magiſtratus inquirere de crimine eius, qui ſubditus eſt, ratione originis vel domicilij, alibi tamen commiſſo. cap. 20. 1159.b

Vtrum magiſtratus loci domicilij, qui reum criminis cõdemnauit, remittere eum teneatur ad magiſtratũ eius loci, in quo delictum commiſſum fuit, ut ab eo puniatur. cap. 21. 1160.c

Remiſsio delinquentis ad iudicem loci vbi delictum cõmiſit, poſsitne fieri ac peti à iudice, qui nullam in reũ iuriſdictionem habet, vbi omnes iudices ſunt ſub eodem Principe. cap. 22. 1161.c

Sitne remiſsio delinquentis facienda, cum iudex requirens petensq; fieri remiſsionem, & requiſitus diuerſi ſunt imperij & Principatus. cap. 23. 1162.b

De vagabũdo, an dẽat remitti ad locũ delicti. c. 24. 1163.b

Mandans delictum fieri, an ſit puniendus in loco in quo mandatum dedit; an in loco in quo delictum eſt commiſſum à mandatario. c. 25. 1163.d

Poſsitne quilibet iudex punire teſtem coram ſe falſum deponentem. cap. 26 1164.c

An clericus falſum teſtimonium dicens coram ſęculari iudice puniri ab eodem poſsit. cap. 27. 1165.b

An clericus qui dimiſſo habitu clericali immiſcet ſe enormitatibus, puniri poſsit à ſęculari iudice, quamuis à prælato ſuo non fuerit ter monitus. cap. 28. 1166.a

Clericus propter enormiſsimum crimen an ſit degradandus & tradendus curiæ ſęculari, licet incorrigibilis non ſit. cap. 29. 1168.c

Vſuratum crimen an ſit merè eccleſiaſticum, an vero mixti fori. cap. 30. 1170.a

De clerico & laico ſimul crimen committentibus, an ab eccleſiaſtico iudice ambo puniendi ſint, & iudicandi, an quilibet à ſuo iudice. cap. 31. 1171.b

Pęnæ conſtitutæ in l. quiſquis. C. ad l. Iul. Maieſt. an locum habeant in eos qui principes inferiores offendũt. cap. 32. 1172.b

Quando ob crimen lęſæ maieſtatis defuncti memoria damnari non poſsit. cap. 33. 1173.d

In caſibus in quibus ob crimen læſæ Maieſtatis defuncti memoria damnari non poteſt, an publicari bona poſſint. cap. 34. 1174 c

Controuerſia inter Dynũ & Bartolũ, an ob crimen læſæ Maieſtatis ipſo iure bona confiſcentur. cap. 35. 1175.d

Vtrum hęreditates quæ filijs rebellium deferuntur fiſco applicentur. cap. 46. 1178.a

Defuncto delinquente ante ſententiam confeſſo, vel cõuicto de crimine, an contra ſucceſſores eius bona confiſcari poſſint. cap. 37. 1179.a

Ad l. ſi diutino, ff. de pęnis, vtrũ pęna ſit minuenda, ubi à patrato ſcelere multũ tẽporis interceſſit. c. 38. 1180.b

Condemnatus in contumaciam vigore ſtatutorũ, quibus contumax pro confeſſo & conuicto habetur, an ſit admittendus ad nouas defenſiones. cap. 39. 1181.b

Stante ſtatuto vt contumax in delictis pro confeſſo, & conuicto habeatur, vt condemnari poſſit, quæ probationes requirantur. cap. 40. 1183.a

Vtrum etiam minor 25. annis comprehendatur in ſtatuto, quo vt contumax in delictis habeatur, pro confeſſo & conuicto, & condemnari poſſit. c. 41. 1183.d

Pater an poſſit iniuriam filiofam. factam remittere eo inuito. cap. 42. 1185.b

Poſſitne minor 25. annis cũ authoritate tutoris vel curatoris pacẽ facere, abſque decreto iudicis. ca. 43. 1186.c

Vtrum pace rupta à minore 25. annis, quam iniuit cum authoritate curatoris, pęna committatur per ſtipulationem promiſſam. cap. 44. 1187.d

An iudex cuius arbitrio pœna remiſſa eſt, mortis pœnã imponere poſsit. cap. 45. 1188.b

Plura delicta eiuſdem generis eodem tempore commiſſa puta plures percuſsiones, an ſint pluribus coercenda pœnis. cap. 46. 1189.a

Confiſcatis bonis filijfam. propter delictum, an etiam peculium aduentitium confiſcetur. c. 47. 1190.a

Quid ſi tale ſit peculium aduentitium, vt vocant filij fa. in quo nullum pater habeat vſumfructum, an veniat in bonorum confiſcatione filijfam. c. 48. 1192.a

De caſtrenſi peculio filijfam. an veniat in confiſcatione bono-

bonorum.c.49. 1192.d
Publicatus ob delictum patrisfamil. bonis. an publicetur vſufructus quem habet iure patriæ poteſtatis in bonis filij c.50. 1193.c
In bonorum confiſcatione ob delictum ſecuta, an bona futura comprehendantur.c.51. 1194.b
Stante ſtatuto quo pater tenetur ex delicto filij condemnati vſque ad legitimam portionẽ, an id procedat cũ filius in contumaciam condemnatus eſt.c.52. 1195.b
Emphyteuſis Eccleſiaſtica, quæ ex pacto tráſire poteſt ad extraneos hæredes, an in confiſcationem bonorum veniat.c.53. 1196.a
De confiſcatione bonorum ob delictũ quanto temporis ſpatio exceptione præſcriptionis oppoſita euitati poſſit.c.54. 1197.d
An in criminib. iudex poſſit incipere à captura perſonæ nullis præcedentibus indicijs.c.55. 1198.c
Quæ ſint inditia legitima ad capturá rei in criminibus. cap.56. 1199.b
An iudex teneatur actione iniuriarũ, ſi aliquem iniuſtè in carcerem coniecerit.c.57. 1199.c
An hoſti ſit fides ſeruanda à priuatis data.c.58. 1200.b
Saluus cóductus à Principe conceſſus exbannitis, ob grauiſſima delicta, ſitne ſeruandus.c.59. 1201.b
Frangens fidem publicam, hoc eſt, offendens eum qui à *Principe* ſaluum conductũ habet, an incidat in crimẽ læſæ maieſtatis.c.60. 1202.d
An poſſit iudex vt reus delictum fateatur, impunitatem ei promittere, & poſtea cóféſſum condemnare, ac punire.c.61. 1203.b
Iudex an poſſit concedere ſaluum conductũ bannito vel condemnato.c.62. 1204.a
Si iudex conceſſerit ſaluum conductũ exbannito ſeu cõdemnato, cùm de iure non poſſet, an ſeruare fidem teneatur.c.63. 1205.b
An effringens carceres pœnam mortis incurrat. cap.64. 1205.c
Fugiens ex carcere effracto, an videatur fateri delictum, & tanquam confeſſus ſit damnandus.c.65. 1106 b
Controuerſia circa conciliationẽ. l.1.ff.de effractoribus & l.in eos.ff.de cuſtod.& exhib.reor.de fugiente ex carceribus.c.66. 1207.b
In pœnam in eos conſtitutam qui fracto carcere euadũt, an incidant ij, qui in palatio aut alio certo loco detenti oſtio perfracto effugiunt.c.67. 1207.d
Fideiuſſor de tuto carcere, vt vocant ſub pœna, an incidat in pœnam ſi principalis aufugiat eo caſu quo iniuſtè detinebatur.c.68. 1208.a
Quę ſit pœna eximẽns iuſtè detentum in carceribus ex cauſa criminali.c.69. 1208.d
Eximens iniuſtè captum vel in carceribus detentum, an puniendus ſit.c.70. 1209.d
Pœna fracti carceris, an teneatur is qui iniuſtè coniectus in carcerem fugit.c.71. 1210.c
Sola fractura carceris abſque cõſpiratione, an capitali ſit pœna coercenda.c.72. 1211.a
Lictores qui ex mandato iudicis aliquem iuſtè capiunt, an poſſint reſiſtentem impunè occidere.c.73. 1211.d
An impune liceat lictoribus publicis vulnerare, vel occidere malefactorẽ fugientẽ ne capiatur, ſi aliter eum capere non poſſint.c.74. 1212.b
Fideiuſſor ſub certa pœna de præſentando reum, an incidat in pœnam, quando reus ob aliá cauſam accuſatus eſt, ſed nondum condemnatus.c.75. 1212.c
Fideiuſſor qui promiſit reũ præſentare ſub pœna toties, quoties à iudice fuerit requiſitus, an pœnã incurrat, ſi reus in carcerem coniectus aufugiat.c.76. 1213.b
Fideiuſſor qui intra certum tempus ſub pœna promiſit reum præſentare iudici, an incidat in pęnam ſi non præſentauerit, cum interpellatus non fuit ad præſentandum.cap.77. 1214.a
Fideiuſſor de reo præſentando toties, quoties fuerit requiſitus, an liberetur bona præſentatione facta. ca.78. 1215.a
Inſtrumentum ſi falſum eſſe probetur in aliqua parte, an in totum præſumatur eſſe falſum. cap.79. 1215.c
Vtrum fiſcus in integrum reſtituatur ſicut minores 25. annis.cap.80. 1216.d
An fiſcus in pœnalibus reſtituatur in integrum. cap.81. 1217.d
Vtrum ſola inimicitia cum occiſo ſit ſufficiẽs indicium ad torturam.cap.82. 1218.a
Vtrum frater admittendus ſit in teſtem pro fratris ſui defenſione in cauſis criminalibus.cap.83. 1218.c
Teſtis ſi in iudicio ex interuallo tẽporis contraria depoſuerit, an ſit credendum priori vel poſteriori depoſitioni.cap.84. 1219.a
Teſtis ſi contrarium teſtimonium dixerit in iudicio ei, quod extra iudicium dixerat, cui ſit fides habenda. cap.85. 1220.a
Vtrum ſciens coniurationem cõtra principem, vel Rẽpubl.& eam non reuelans puniendus ſit. c.86. 1221.a
Maleficorum bona ſint ne confiſcanda. c.87. 1222.a
Teſtimonium ſocij criminis, an faciat indicium ad inquiſitionem in caſibus non exceptis c.88. 1224.a
Mendacium rei examinati, an ſit indicium ad torturam ſufficiens.cap.89. 1224.d
Aſſertio vulnerati in articulo mortis, an faciat indicium ad torturam.cap 90. 1225.d
Stante ſtatuto quo fur propter tria furta ſuſpendi iubetur, an ſi committat vnum tantum furtum, ſed magnum, eadem pœna plectendus ſit.cap.91. 1226.b
Vtrum fures qui de ſe confeſſi ſunt poſſint interrogari de ſocijs cap.91. 1227.a
Homicida ex propoſito & animo deliberato, an gaudeat eccleſiaſtica immunitate.c.93. 1228.a
Quid ſit merum imperium.cap.94. 1230.a
Quid ſit mixtum imperium. cap.95. 1231.b
Quid ſit iuriſdictio.cap.96. 1234.b
Quæ ſit ſententia l.1.ff.de offic.eius cui mand. eſt iuriſd. cap.97. 1236.a
An mixtum imperium delegari poſſit. cap.98. 1237.b
An merum imperium iure canonico delegari poſſit. cap.99. 1238.b
Quæ ſit pęna abacti partus. cap.100. 1239.a
Quæ ſit pęna ſtupri violenti. cap.101. 1239.d
Sitne vis publica cum quis alium armatus aggreditur. cap.102. 1240.b
De methodo ſeruanda in iure ciuili perdiſcendo de interpretum & doctorum delectu, & de alijs quæ in eo ſtudio vtilia ſunt & neceſſaria.cap.103. 1241.b

LIBRI DECIMI.

VTrum eccleſia in integrum reſtituatur aduerſus præſcript.40.annor.cap.1. 1249.a
Vtrum minor 25. annis aduerſus contumaciam iudicialem reſtitutus, expenſas aduerſario reſtituere teneatur. cap.2. 1250.b
Ius accreſcendi an tranſeat in emptorem hæreditatis. cap.3. 1252.a
Quæ ſit pœna abacti partus. cap.4. 1253.c
Sitne vis publica, cum quis armatus alium aggreditur. cap.5. 1254.b
Quæ ſit pęna ſtupri violenti.cap.6. 1255.c
Vtrum vidua poſſit petere vſuras dotis mora commiſſis ab hæredibus vin. cap.7. 1256.a
An vſuræ donationis propter nuptias viduæ poſt mora debeantur.cap.8. 1257.a
An vſuræ dotis longo tempore non exactæ præſumantur remiſſæ. cap.9. 1257.c
Excuſſio principalis debitoris an requiratur, cum quis agit hypothecaria contra poſſeſſorem rei ſpecialiter obligatæ.c.10. 1258.b

Ad

Ad legẽ cum quis.C.de iuris & facti ignorantia.cap.11. 1259.b
Iuris ignorantia an ſit lata culpa.cap.12. 1260.b
Ad leg.petens,C.de pactis.cap.13. 1261.e
Ad l.ſi ſuperſtite.C.de dolo.cap.14. 1263.a
Teſtamentum metu factum,an ipſo iure valeat. cap.15. 1263.e
Ad leg.2. C. de his quę vi metusve cauſa fiunt. cap.16. 1264.b
De teſtamento facto ad alterius interrogationem. c.17. 1265.b
Ad l Centurio. C.de vulgari, & pupillari ſubſtitutione. cap.18. 1266.b
Fideicommiſſum reſultans ex prohibitione alienationis iuncta cauſa, *quia volo bona conſeruari in agnatione*, an reſtringatur ad terminos ſubſtitutionis pręcedentis.cap.19. 1269.a
Fideicommiſſum cõditionale, an tranſmittatur ad filios præmoriente patre ante euentum conditionis, quando filiorum teſtator rationem habuit, ponendo eos in conditione. cap.20. 1270.a
De fideicommiſſo conditionali vnito cum iure accreſcẽdi,an tranſmittatur. cap.21. 1270.c
Vtrum pupillaris tacita contineatur in vulgari expreſſa, matre viuente, licet non habeat effectum contra matrem.cap.22. 1271.a
Vtrum compendioſa ſubſtitutio verbis communibus facta filio impuberi, ſine temporum diſtributione, ſit omni tempore fideicommiſſaria. cap.23. 1273.a
Dos promiſſa,an ſit propriè dos. cap.24. 1274.d
Statutum excludens filiam dotatam à ſucceſſione patris, ſtantibus maſculis, an locũ habeat,ſi filiæ in teſtamento patris dos relicta fuerit. c.25. 1275.d
Statutum loquens de dote data,an locum habeat in dote promiſſa.cap.26. 1277.a
Vtrum ſoluto matrimonio dos propriè dicatur,antequã ſit ab vxore recuperata. cap.27. 1278.a
Dos recuperata,an dotis nomen retineat.c.28. 1280.a
Statutum diſponens mulierem non poſſe teſtari, niſi de tertia parte dotis, vel mandans eam de dote teſtari æqualiter inter liberos primi & ſecundi matrimonij, an locum habeat in vidua.cap.29. 1280.c
Vtrum maritus putatiuus habeat legis beneficium, ut non teneatur,niſi inquantũ facere poteſt.c.30. 1282.a
Vtrum dos ſit ius vniuerſale. cap.31. 1282.d
Libellus generalis vtrum in dote procedere & admitti debeat.cap.32. 1283.d
Si duo inſtrumenta hypothecæ proferantur eodem die contracta, vnum fiſci, alterum priuati ex titulo oneroſo, vtrum in dubio, præſumatur prius.cap.33. 1284.d
Quid iuris, cum inter mulierem de dotis hypotheca agitur,& fiſcum,in ſpecie propoſita in capite præcedenti.cap.33. 1286.c
Priuilegium dotis tacitæ hypothecæ, & prælationis, an tranſeat ad mulieris hæredes,vel ad patrem,vel ad ceſſionarium. cap.34. 1287.a
Vtrum mulier pro dote hypothecam habens in bonis viri ſui, præferatur creditoribus anteriorem hypothecã expreſſam habentibus.cap.35. 1287.d
Dotis cauſa an poſſit diebus feriatis cognoſci. cap.36. 1289.d
Vtrum cauſa dotis ſit mixti fori, cum principaliter agatur. cap.37. 1290.c
Vtrum pater dotare teneatur filiam diuitem. cap.38. 1291.c
An lex ultima.C.de dot.promiſſ.locum habeat, vbi filia renunciauit maternis & paternis bonis,& quando pater dedit illi dotem computato omni eo, quod habere debet ex bonis maternis.cap.39. 1292.e
Vtrum auus paternus dotare teneatur neptem, quando filius eſt diues.cap.40. 1293.e
Ad l.Gallus, in principio, ff. de liberis & poſthumis. cap.41. 1294.d
Poſthumus Galli Aquilij, fueritne ſuus,alienus. cap.42. 1297.a
Quo pacto teſtamentum, quo nepos inſtituitur ſecundum formam Galli, præmoriente filio,caducum non fieret.cap.43. 1297.d
Ad §. Et quid ſi tantum. l.Gallus, de liber. & poſthum. Controuerſiæ omnes: quarum prima,quo pacto verũ ſit,quod Gallus dicit, hos caſus non pertinere ad legẽ Velleiam; ſed hæc ex ſententia legis Velleiæ admittenda.cap.44. 1298.b
Secunda controuerſia,quis ſit ſenſus. §. Et quid ſi tantũ. l.Gallus,de liber.& poſthu. cap.45. 1298.d
Tertia controuerſia, vtrum filio iuſtè exhæredato,nepos ex eo pręteritus rumpat teſtamentum, vel teſtamentum nullum ſit. cap.46. 1301.b
Quarta contr. Vtrum ſi filius fiat monachus, locum habeat quod dicitur in l.Gallus.cap.47. 1302.c
Quinta controuerſia, teſtator legauit vxori vſumfructũ donec vidua fuerit, poſt eius mortem Sempronium ſubſtituit;mulier tranſiuit ad ſecundas nuptias: quæritur an Sempronius ſtatim admittatur,non expectata morte uxoris,an vero demum ſecuta morte ipſius. cap.48. 1303.a
Diuiſio rei emphyteuticæ an poſſit fieri inter emphyteutas ſine conſenſu domini, ſi noua ſit emphyteuſis, in qua iuri accreſcendi locus non ſit, & uni tota res adiudicetur per diuiſionem.cap.49. 1304.a
Vtrum emphyteutæ plures poſſint rem emphyteuticam inter ſe alienare domino irrequiſito. cap.50. 1305.b
Emphyteuſi duobus cõceſſa ea lege,vt vno mortuo eius portio ad alterum pertineat,ſi fiat diuiſio inter eos,& alter alteri renunciet omne ius quod ſperat in alterius portione, & poſtea contingat, alterum abſque liberis mori,an ſuperſtes admittatur ad illius portionem,vel directus.cap.51. 1306.d
Vtrũ legatarius vel fideicommiſſarius ſcienter emens rẽ fideicommiſſo ſubiectam mortuo teſtatore, videatur fideicommiſſo renunciare. cap.52. 1308.a
Si pęna rei indiuiduæ adijciatur facto indiuiduo vel diuiduo,vno ex hæredibus contrauueniente,quomodo cõmittatur.cap.53. 1310.c
Obligatio de defendendo, ſitne diuidua vel indiuidua. cap.54. 1311.d
Ad l.cum à matre.C.de rei vendicat. vtrum filius hæres pro patre matris vendentis rem ipſius,eam vendicare poſſit.cap.55. 1313.d
In ſtipulationibus prætorijs vno ex hęredibus promiſſoris contrauueniente, vtrum aduerſus omnes pęna committatur.cap.56. 1314.d
Si quis promiſerit non offendere Titium, nec hæredes eius,ſub pœna; & vnus ex hęredibus fuerit offenſus, an pęna in ſolidum committatur, hoc eſt, an offenſus eam in ſolidum petere poſſit.cap.57. 1315.b
Statuto ſtante, vt homicida capite plectatur, niſi pacem habuerit ab hęredibus occiſi,an ſufficiat habere pacẽ à maiori parte hęredem.cap.58. 1316.d
Vtrum creditor inuitus cogatur accipere particularem ſolutionem.cap.59. 1317.c
De regulis cognoſcendi an facta ſint indiuidua. cap.60. 1319.a
Teſtator reliquit mille in conſtructionem eccleſiæ,& reliquit quatuor hęredes, vtrum obligatio ſit indiuidua, vt ſinguli teneantur inſolidum. cap.61. 1320.c
Conciliatur lex,& ideo,de verb.obli.cum l.maritus ff.locati: & l.mora.§.penul.ff.de uſuris, cum l.penult.ff.de duobus reis.cap.62. 1321.b
Explicatur materia diuidui & indiuidui propoſitis concluſionibus breuiori & faciliori via. cap.63. 1322.a
Vtrum authen.hoc niſi, C.de ſolut. locum habeat in debitore qui iurauit.cap.64. 1334.c
Singularis quędam obſeruatio de fideiuſſore adhibito in

con-

contractu cenſuali.cap.64. 1335.a
Ad l.vſuræ.C.de vſuris cap.65. 1335.c
De omittente ſcienter ponere in inuentario omnia bona defuncti,& de legitimato per reſcriptum,an excludat ſubſtitutũ,& ad cap.51.lib.9.& ad cap.36.lib.3.c.66. 1336.b
Conſenſus Põtificis Maximi in alienationibus rerũ eccleſiaſticarum neceſſarius, an præſumendus ſit interceſſiſſe ſpatio triginta vel quadraginta annorũ.ca.67. [illegible]
De emphyteuta, an poſſit donare irrequiſito Domino? cap.68. 1337.b
Ius accreſcendi an tranſeat in emptorem hæreditatis? cap.69. 1338.d
An in præteritione paterna filij in poteſtate, locum habeat Authent.ex cauſa C.de liber.præter.& in corpore vnde ſumitur.cap.70. 1342.a
Legitimati per ſubſequens matrimonium an excludant ſubſtitutum ſub conditione, ſi inſtitutus deceſſerit abſq; filijs de legitimo matrimonio natis.71. 1344.a
Ad Authent.præterea C.vnde vir.& vxor.ca.72. 1345.a
De pacto legis commiſſoriæ in pignoribus, an iuraméto firmetur? cap.73. 1346.a
De argumento à ceſſante ratione legis, quędam non vulgaria.cap.74. 1347.a
Ad l.4.§.Cato,de verb.obligat.cap.75. 1347.d
Ad eundem.§.Cato.l.4.de verb.obligat.cap.76. 1348.c
Ad eundem.§.Cato.l.4.de verb.oblig.cap.77. 1349.a
Vt pœnalis promiſſio ſit, an oporteat eſſe promiſſum expreſſim,nomine pœnę? cap.78. 1350.b
De verbo, *conuenit*,in ſcriptus redacto,an importet ſtipulationem? cap.79. 1350.d
Exceptio rei iudicatæ in iudicio ſummario, an obſter in ordinario?.cap.80. 1351.c
Sententia lata in iudicio ordinario, an poſſit in alio iudicio retractari? cap.81. 1352.c
De eadem materia, & ad l.vendicantem, cum l.ſequẽti.de euiction.cap.82. 1353.a
Sententia lata ex falſa cauſa,an ſit nulla?cap.83. 1353.c
Conciliatur l.qui Romæ,§.duo fratres.de verb.obligat. cũ l.reſcriptum.§.ſi pacto.de pactis.cap.84. 1354.d
Ad §.æque.Inſtit.de action cap.85. 1355.c
Concluſiones ex Bartoli combinationibus,ad l.naturaliter.§.nihil cõmune, de acquir.poſſeſ.ca.86. 1356 b
Ad tit.in ius vocando, quædam controuerſiæ. cap.87. 1358.d
Nouetea an poſſit in ius abſque venia vocari? cap.88. 1359.c
De vaſallo, an poſſit in ius vocare dominum ſine venia? cap.89. 1360.a
Ad l.centurio.de vulg.& pupillari.circa verba illa, *cum fructibus inuentis in hæreditate*.cap.90. 1361.a
Iudæus an poſſit moram purgare? cap.91. 1363.d
Sententia delegati iniuſta ao tranſeat in rem iudicatam? cap.92. 1364.b
Promittẽs parere arbitri ſententiæ, ſub pœna,ſi petat reductionem ad arbitrium boni viri, & iniuſtè ſuccumbat, an teneatur ſoluere pœnam?cap.93. 1365.a
Ius Patronatus an tranſeat in fideicommiſſarium? c.94. 1366.b
Si duo ſint hæredes patroni A, & B, & A,moriatur relictis quinque hæredibus,quorum duo præſentent vnũ ſimul cum B,alij vero tres præſentent alium,ad ius patronatus,vtrum vota ſint æqualia? cap.95. 1367.b
Conciliatur l.ſi vnus,§.pactus,de pactis,cum l.ſtichum. §.naturalis.ff.de ſolutionibus.cap.96. 1367.d
Contumacia procuratoris in appellando, an noceat domino?cap.97. 1308.d
Ad Extrauag.Ambitioſæ.de rebus eccleſiæ non alienandis.cap.98. 1369.c
An legitima filiorũ includatur in legato vſuſfructus omnium bonorum mortuis filijs,& hæraditate deuenien te ad ſubſtitutos pupillares?cap.99. 1370.b
De clauſula, *omni meliori modo*, an transfundat actum in aliam ſpeciem?cap.100. 1372.a

INDEX RERVM ET SENTENTIARVM

QVAE IN HIS DECEM CONTROVERSIARVM Iuris libris continentur.

A

Abortionis aut amatorium poculum dans, qua pœna ſit afficiendus. 50.a
Abſens an defendi poſſit per procuratorem in criminibus publicis, quibus pœna pecuniaria eſt impoſita, laté. 37.d
Abſolutio à iuramento eſt concedenda, quoties iniuſtitiam continet. 162.b
Abſolutione conceſſa a iuramento, eſt perinde ac ſi iuramentum non interceſſiſſet. ibid.
Abſolutio iuramenti requirit cauſæ cognitionem. 1062.c
Abſolutio à iuramento ad effectum agendi, an requirat partis citationem; & an iudex eccleſiaſticus abſolutione conceſſa, remaneat iudex cauſæ principalis. ibid.
Abſolutio à iuramento peti non poteſt poſt periuriũ. 1089.d
Abſurdum eſſet dotem tunc incipere, cum eſt ſolutum matrimonium. 1275.b
Abſurdum videtur dicere, dotem peti actione de dote, & non eſſe dotem. 1273.d
Abſurdum eſſet, vt qui ob delictum partem ſuam amittit hæreditatis, alterius partem lucrifaciat. 1339 d
Acceſſio pertinet ad eum, ad quem res ipſa pertinet. 137.c
Actio eſt inutilis eius, qui eſt in cauſa, vt quod ſibi debetur nõ ſoluatur. 12 d
Actio non oritur ex tranſactione. 20 c
Actio ex tranſactione quomodo oriatur ad id quod intereſt. 21.a
Actore non probante, reus eſt abſoluendus, quomodo intelligendum. 31.c
Actor ſi plené probauerit intentionem ſuam non tenetur iurare. 32.c
Actionem nemo conſequi poteſt ex ea cauſa, ob quam alteri obligatur. 69.d
Actionem quis non habeat, vel exceptione infirmetur, nihil intereſt. 91 b
Actum nil videtur, vbi aliquid agendum ſupereſt. 118.d
Actio præſcriptis verbis datur, vt fiat quod conuentum eſt; et ſi non fiat, ad id quod intereſt. 130 a
Actio non oritur ex pacto. 139.d
Actus agentium non operantur vltra eorum intentionem. 139.a. & 499 a
Actio omnis tollitur ſpatio triginta annorum. 153.d
Actionem cedendo liberatur is, qui eam ob cauſam tenetur quod actionem habeat. 253.d
Actionem qui habet, rem ipſam habere videtur. 253 c
Actio ex iuramento promiſſorio an naſcatur iure ciuili. 295 c
Et quid iure canonico. 296 b
Actio quæ competat fideicommiſſario contra tertios poſſeſſores. 589 b
Actio redhibitoria quanti minoris, & de dolo, certo tempore finiuntur: quod in foro conſcientiæ non habet locum. 388.b
Actiones quæ competant pro rebus fideicommiſſo ſubiectis. 589.b
Actio de euictione an concedenda ſit emptori aduerſus hæredes eius, qui feudum alienauit, quod ab agnato euictum eſt. 837 b
Actionum concurſus non admittitur, quando actiones diuerſæ ad eundem finem tendunt. 986 d
Actiones plures concurrere non poſſunt, quando vna electa altera tollitur. 986.c
Actiones inuicem contrariæ nõ poſſunt ſimul cumulari. ibid.
Actionum cumulatio non admittitur, quando iudicij ordo poſtulat, ut vna poſt alteram intentetur. 986 d
Actionum concurſus prohibetur, quoties abſolutoria lata in vna, parit exceptionem rei iudicatæ in altera. ibid c
Actionum concurſus non admittitur quando per ſecundam actionem apparet actorem habere id, quod petit in prima. ibidem d
Actio perſonalis non ſequitur fundum. 997.a
Actionem cui damus, multò magis exceptionem. 998.b
Actor ſequitur forum rei. 1002.a
Actori in rebus realibus & perſonalibus ſatisfit, ſi tantum conſequatur, quantum habiturus erat, ſi tempore litis conteſtatæ rem conſecutus fuiſſet. 1122.b
Acta inter alios, alijs non præiudicant. 1030.c
Actio ciuilis & criminalis an & quando ſimul cumulari poſſint. 1137 a
Actio ciuilis cum intentatur ab vno, & ab altero criminalis an poſſint cumulari. 1138.a
Actiones ex delictis deſcendentes, quatenus in hæredes dentur. 1140 d
Actio quod iudicij mutandi cauſa &c. non datur in hæredem, quia ex delicto naſcitur. 1142.b
Actio de dolo perſequitur rem, nec datur in hæredem. 1142.c
Actiones ex delictis deſcendentes non dantur in hæredem. 1142.d
Et quid ſecundum ius canonicum. ibid.
Et quid ſi nõ pœnæ, ſed rei perſecutionẽ contineant. 1141.b
Actio iniuriarum ex lege Cornelia, an ſit annalis, vel perpetua. 1144.c
Actio iniuriarum ex æquo & bono eſt. 1150.c
Actus defunctorum non poſſunt ſtare in ſuſpenſo. 1271.d
Actor ſequitur forum rei. 1291.d
Actio ex vendito, bonæ fidei eſt. 1309.b
Actus emptionis eſt oneroſus, nec poteſt ſimul cum lucratiuo titulo conſiſtere. 1310.b
Actio ex teſtamento non datur ad pretium, ſed ad rẽ. 1310.c
Actio commodati eſt bonæ fidei. 1326.d
Actio diuiditur inter ſingulos hæredes pro portione hæreditaria. 1331.c
Actio nunquam datur vltrò poſſeſſori. 4356 a
Actor dicens contraria repellitur. ibid.c
Acta facta in vno iudicio non probant in alio inter eaſdem partes, niſi extendantur. 1358.a
Additio & repudiatio hæreditatis pari iure cenſentur. 751.b
Adiudicatio debet fieri quando res commodè diuidi non poteſt. 1304 d

Adiu-

Adiudicatio fit in conſequentiam neceſſariæ diuiſionis. ibid.
Aſcendentes in pari gradu exiſtentes quomodo ſuccedant, deſcendentibus vita functis, ab inteſtato. 684.c
Adulterij pœna olim non capitalis. 14.b
Adulteri ſæpe olim capite plexi. 15.d
Adulterij crimen abolitione tolli poteſt. 16.a
Adulterium licet capitale effectum ſit, de eo tamen tranſigi non licet. ibid.
Adulterij pœna quomodo gladij eſſe intelligatur. 1135.c. & 15. d
Adminiſtratio rerum ſuarum nemini impediri debet. 845 b
Ad §. Et quid ſi tantum. l. Gallus, de lib. & poſth. controuerſiæ omnes. 1298.b
Ad l. cum a matre. C. de rei vendic. verum filius hæres pro parte matris vendentis rem ipſius, eam vendicare poſſit. 1313. d
Ad authentic. Præterea. C. vnde vir & vxor. annotatio. 1345. a
Ad §. Aeque. Inſtit. de actionibus. 1355.c
Ad l. naturaliter. §. nihil commune, de acq. poſſeſ. concluſiones ex Bartoli combinationibus. 1356 b
Ad tit. de in ius vocando controuerſiæ quædam. 1358 d
Ad l. Centurio. de vulg. & pup. circa verba illa, cum fructibus inuentis in hæreditate. 1361.a
Aedificans ſpreta noui operis nunciatione, an demoliri cogatur, cũ lite ſuper principali negotio conteſtatus eſt. 1044.b
Aequalitas inter liberos legibus placet. 898. a
Aequalitas in iudicijs ſeruanda. 1062.a
Aequalitas inter liberos legibus maximè curæ, & grata. 1281 a
Aequitatis ratio vbi eadem, ibi idem ius. 1391 d
Aeſtimatio emptionem inducit. 550.c
Aeſtimatio bonorum in computatione legitimæ cuius temporis ſpectanda ſit. 418. a
Aeſtimatio rei diuidua eſt. 1329 d
Agere ex contractu nemo poteſt, qui illum pro ſua parte non adimpleuerit. 135.b
Agens ex mutuo, & probans tantum confeſſionem pecuniæ receptæ, an obtinere poſſit. 224 b
Agitur ex confirmante non ex confirmato. 398 b
Agere de euictione prohibitus ex pacto, nihilominus ad precium agere poteſt. 839 b
Agens interdicto recuperandæ poſſeſſionis, quid probare debeat. 990. a
Agenti interdicto recuperandæ poſſeſſionis, an & quando obſtet exceptio dominij. 991 d
Agenti remedio recuperandæ poſſeſſionis an obſtet exceptio præſcriptionis. 998. b
Agenti interdicto retinendæ, an obſtet exceptio dominij. 1004
Agere & defendere ſunt correlatiua. 1312.b & 1329.a
Agi ad eundem finem dicitur, quando agitur de eodem facto, licet per diuerſa media. 1353.a
Agens petitorio videtur renunciare poſſeſſioni quam habet. ibid d
Agnati poſſunt feudum repudiare, & hæreditatem acceptare, & cur. 822.a
Agnatus an poſſit feudum antiquum alienare agnato remotiori in præiudicium proximioris. 830. b
Agnatus hæres alienantis feudum antiquum, poſſitne illud reuocare. 835.a
Agnatus an poſſit ex iure retractus feudum antiquum cũ conſenſu domini alienatum, eo viuente vendicare. 839. c
Agnato an competat ius retractus, ſi feudum alienatum dixerit ſe nolle emere. 840.d
Agnatus feudum alienatum ſpacio triginta annorum non reuocans exceptione repellitur. 835.d
Agnati vtrum in feudo ſuccedant vſque ad ſeptimum gradũ, an verò vſque in infinitum. 865.b
Agnatus proximior, qui non petijt tutorem dari pupillo intra annum, excluditur ab eius ſucceſſione: & an proximior qui ſequitur in gradu, teneatur petere. 1059 d
Alienare non dicitur qui poſſeſſionem omittit. 287. b
Alienatio ſi prohibita ſit vſque ad certum tempus, poſt illud cenſetur permiſſa. 494 a
Alimenta taxanda ſunt iudicis arbitrio. 719 a
Alienatio feudi facta ſine conſenſu agnati proximioris non valet. 836.d
Alienatione prohibita, prohibetur etiam vſusfructus conceſſio. 936.a
Alienatus feudum abſque licentia domini cum clauſula, ſaluo iure domini, vel alia ſimili cautela, vtrum euadat pœnam caducitatis. 940.a
Alienans feudi partem abſque conſenſu domini an cadat a toto. 958.a
Alimenta præteriti temporis licet longo tempore petita non fuerint, peti tamen poſſunt. 1258.a
Alienatio rei emphyteuticæ irrequiſito domino, prohibita fuit, ne dominus haberet emphyteutam quem nollet. 1305.d
Aliud eſt eſſe tale, aliud haberi pro tali. 1342.b
Animus, & propoſitum delinquentis attenditur cum de lege Cornelia de ſicarijs agitur. 50. c
Annus plerunque vtilis eſt a prætore inſtitutus. 1145 b
Annus quo iniuriarum actio finitur, quando incipiat. ibid c
Annus vtilis quando dicatur. 1145.d
Antimonia quædam videtur inter l. & ideo. ff de verbo oblig. cum l. Martius. ff. locati. & l. mora §. penul. ff. de vſuris, cum l. penult. ff. de duob. reis. 1321.b
Sed nulla eſt Antimonia. 1333.d
Animus & intellectus facta corporalia & viſibilia diuidere poteſt. 1325.b
Appellari an poſſit a ſententia iudicis iureiurando cauſam decidentis. 35 a
Appellare an liceat a ſententia iudicis, qua pronunciat ſententiam exequendam eſſe. 94 c
Appellari non poteſt ab executione. 94.d
Appellatio eſt permiſſa ab eo qui male ſententiam interpretatur. 95.b
Appellare an liceat in cauſis poſſeſſorijs. 95.c. & ſeq.
Appellare an liceat a ſententia, per quã hæres mittitur in poſſeſſionem bonorum hæreditatis. 96.d. & ſeq.
Appellatio an ſit permiſſa in cauſa alimentorum. 97.b
Appellatione ſuſpenditur effectus rei iudicatæ. ibid d
Appellari a ſententia iudicis ſubdelegati an debeat ad ſubdelegantem, an verò ad ſuperiorẽ ſubdelegantis. 98.a.b. & ſeq.
Appellans an probare debeat ſe iuſte appellaſſe, an potius aduerſarius iuſtam eſſe ſententiam, a qua eſt appellatum. 101.c. & ſeq. latè.
Appellanti currit tempus ex die ſcientiæ, non ex die ſententiæ. 102.a & b
Appellari an poſſit a ſententia iudicis reducentis laudum ad arbitrium boni viri. 1112.c
Appellari an poſſit a iudice, cuius arbitrio cauſa eſt commiſſa. 1113. c
Approbatio, & confirmatio præſupponit ſcientiam. 1336.d
Apud hæredem grauatum remanet quarta pars hæreditatis ex Trebelliano. 1340.c
Arbitri poteſtas ex compromiſſio pendet. 61.a
Arbitrio boni viri vbi aliquid declarandum eſt, nulla dicitur eſſe mora, vel conditio. 158 b
Ab arbitris appellare nõ licet, niſi ſint a iudicibus dati. 1109.b
Arbitri poteſtas pendet ex compromiſſo. 1364 c
Arbitri ſententiæ ſtandum eſt, licet iniqua ſit. ibid.d
Arbitri ſententia poteſt locum habere, licet pœna non ſoluatur. 1365.c
Argumentum a minori ad maius valet negatiuè. 62.c
Argumentum de potentia ad actum non valet affirmatiue. 100. b
Argumentum ab authoritate Doctorum eſt probabile, non neceſſarium rationique & legi cedit. 117 b
Argumentum ab Etymologia. 1254 c
Argumentum de perſonis ad tempus, valet. 1274.a
Argumentum ab authoritate Doctoris non eſt neceſſarium, ſed probabile, & nullas vires habet contra communem opinionem. 1577 d
Argumentum de alimentis ad dotem. 1290.a & 1294.c
Argumentari nõ licet a contractibus bonæ fidei ad contractus ſtricti iuris, quia diuerſam habent naturam. 1327 a
Argumentum a contrario ſenſu ſi indubitatum aliquid contineat, non eſt abſurdum. 1361.d
Armorum metu offenditur ac perturbatur publica ſecuritas. 1254. c
Armorum ſine telorum portatio ad ſolos ſeruos reſtricta ab Imp. Leone. 1254 d
Armorum vſus priuatis hominibus prohibitus. 1255.b
Aſſertio vulnerati in articulo mortis an faciat indicium ad torturam. 1225. d
Auri & argenti appellatione venit aurum & argentum etiam factum, vt vaſa aurea vel argentea. 248.e
Authentica, ſacramenta puberum. C. ſi aduerſus vendit. an locum

cum habeat in impubere doli capace. 293.c
Auctor in re propria nemo eſſe poteſt. 587.a
Auia poſſitne nepoti relinquere bona, ita vt vſusfructus non acquiratur patri, etiam quoad legitimam. 578.c
Authoritas interpoſita in actu non præiudicat eam interponenti, quoad eius proprium ius. 911.d
Auus paternus an teneatur dotare neptem, quando filius eſt diues. 1293.c
Authent. Hoc niſi. C. de ſolution. an locum habeat in debitore qui iurauit. 1334 c
Authent. Ex cauſa. C. de liber. præter. an locum habeat in præteritione paterna filij in poteſtate, & in corpore vnde ſumitur. 1342.a

B

Benefacere inuitus nemo cogitur. 468.a
Beneficia Principum non debent alijs præiudicia inferre. 476. c
Beneficium non eſt contractus. 815.b
Beneficium non pertinet ad eum qui non gerit officiũ. 882.b
Beneficium non confertur in inuitum. 917.d
Beneficium principis latiſſimè eſt interpretandum. 925.d
Beneficium vni conceſſum, nõ debet alteri fraudi eſſe. 1251.d
Beneficium excuſſionis renuntiari poteſt per ſimplicem fideiuſſorem. 1335.b
Bona emphyteutica an veniant in generali obligatione bonorum. 371.c
Bona appellantur quæ ſuperſunt ære alieno deducto. 411.b
Bona fideicommiſſo ſubiecta vtrum vendicari poſſunt, ſi grauatus reſtituere delictum commiſerit, propter quod bona eius confiſcata ſint. 456.b
Bonorum appellatione in legatis, vtrum venalia contineantur. 629.a
Bonorum poſſeſſio edictalis & decretalis quæ. 636.b
Bonorum poſſeſſio an hodie requirat decretum. 637.b
Bonorum poſſeſſio an acquiratur filiofamilias, ſi pater non ratificauerit, & an is teneatur creditoribus & legatarijs. 640.a
Bona eccleſiaſtica dicuntur domino dicata, ad pauperes pertinere; & clerici eorum diſpenſatores. 657.a
Bonorum poſſeſſio an præſumatur agnita intra tempora legibus conſtituta, latè. 753.b
Bonorum poſſeſſionem an agnouiſſe præſumatur is, qui poſſeſſoriam hæreditatis petitionem inſtituit. ibid.
Bonorum appellatione feudalia non veniunt. 897 c & ſeq.
Bona fides in pſcriptione immemoriali an ſit neceſſaria. 1018.a
Bona fides ad præſcriptionem neceſſaria; an præſumatur in poſſeſſore titulum non habente. 1025.c & ſequentib.
Bona fides inducitur ex iuſtis & iniuſtis cauſis, an ſit verum. 1026. b

C

Calendarium quid apud veteres? 411.a
Canonis ſolutio diuiſionem recipit. 1327.d
Capitis diminutione etiam minima rumpitur teſtamentum. 1302. d
Capitalis appellatio pœnam mortis vel ciuitatis amiſſionem ſignificat. 1205.d
Carceris fractura abſque conſpiratione, an ſit pœna mortis afficienda. 1206.a
Carceres effringens an pœna mortis afficiendus. ibid. c
Caſus fortuitus dicitur bellum. 110 c
Caſus fortuiti in nullo bonæ fidei iudicio præſtantur. 249.d
Caſus omiſſus habetur pro omiſſo. 1299.c
Caſus expreſſus non poteſt extendi ad omiſſum. ibid.
Cauendum ab ijs qui dicunt clauſulam omni meliori modo, operari in ſubſidium, quando actus non valet. 1372.c
Cauſa principalis inſpicienda eſt, & ex ea ſumere debet regulam omnis diſpoſitio. 115.c
Cauſæ cognitio requirit partis citationem.
Cauſæ cognitionem quæ requirunt non poſſunt per libellum expediri, quomodo id accipiendum ſit.
Cauſa matrimonialis expeditur ſine ſtrepitu & figura iudicij. 1290. b
Cauſa cur emphyteuta alienans irrequiſito domino cadat a iure ſuo, eſt quia dominum contemnere videtur. 1305.a
Cauſa non eſt exprimenda in ſententia. 1353.d
Cautio an remitti poſſit vſufructuario a teſtatore in his rebus quæ vſu conſumuntur. 1041.c
Cautio iuratoria an & quando ſufficiat, cum quis ſatiſdare nõ poteſt. Vbi etiam quid agendum ſit, & quod remedium adhibendum. latè. 1038.d & ſeq.
Cautio in vſufructu earum rerum quę vſu conſumuntur an ſit de ſubſtantia vſusfructus? 1042.b
Cedi poſſunt quæ ad hæredem tranſmittuntur. 149 b
Cedens creditori ſuo actiones aduerſus debitorem, an poſſit debitorem ceſſum liberare. 369.b
Cenſus annui pretium iuſtum quodnam ſit? 211 c & ſeq.
Cenſus annuus neceſſario an conſtitui debeat ſuper certis rebus frug feris. 213. a & ſeq. latè.
Cenſuum emptio & venditio licita. 976.a
Cenſum qui debet non cadit a iure ſuo, licet eum ſoluere neglexerit. 944.a
Certum eſſe dicitur etiam id, quod mutari poteſt. 143.c
Certus non eſt certior nodus. 199 d
Ceſſante ratione legis, ceſſat lex. 109.d & 1340.b
Ceſſio in iure quid? 1307.d
Ceſſare dicitur etiam quod non incępit. 1278 d
Ceſſante ratione legis in vno actu particulari, non ceſſat lex. 1347. b
Ceſſionarius fiſci priuilegio gaudet tacitæ hypothecæ. 1287.c
Chirographum confeſſoria pecuniæ receptæ qualem obligationem & quando pariat. 267.a
Chriſtofori Archinti Nobilis Mediolanẽſis reſponſio & commendatio. 1360.d
Circuitus inutiles ſunt euitandi. 139.a
Circa acceſſionis rei venditæ, in dubio, ſemper ſit interpretatio contra emptorem. 1341.b
Citatio non requiritur eius, cui ius non competere manifeſtũ eſt. 202.a
Citatio eius requiritur qui poteſt lædi.
Citatus ad iudicem ex quacunque cauſa ire debet, & parere. 1043 d
Ciuilis & criminalis iudicij diſtinctio remiſſiuè, ex Duareno. 16. d
Ciuitas an præſcribere poſſit, quando ciues ab initio ſunt in mala fide, ſi eis defunctis reliqui ſucceſſores in bona fide exiſtant. 1017 b
Ciuitas eadem dicitur etiam mortuis ciuibus, qui prius erant. 1017. c
Clauſula, *& ſi quid potius valet donat*, quanti ſit momenti. 164. d
Clauſula ex certa ſcientia adiecta clauſula, *Et ſi quid pluris valet donat*, an tollat beneficium. l. 2. C. de reſcind. vendit. 166.a & ſeq.
Clauſula codicillaris in teſtamento adiecta an operetur, vt poſthumus ignoranter præteritus in teſtamento teneatur ſcriptis hæredibus reſtituere hæreditatem ex fideicommiſſo. 400.c
Clauſula codicillaris operatur, vt diſpoſita in teſtamento iure fideicommiſſi effectum habeant. 401.b
Clauſula codicillaris an operetur, vt poſthumus ignoranter præteritus teneatur ſcriptis hæredibus hæreditatem reſtituere, cum teſtator ſuperuixit, & teſtamentum non mutauit. 402. a
Clauſula præcedens vel ſequens non refertur ad aliam, cum habet ſuam claram determinationem. 494.a
Clauſula codicillaris operatur, vt directa inſtitutio conuertatur in fideicommiſſariam. 518.b
Clauſula, *ſaluo iure domini*, adiecta in cõſenſu præſtito alienandi feudi, quid operetur? 912.d & ſeq.
Clauſula, *omni meliori modo*, operatur, vt ſi non valeat obligatio eo modo, quo facta fuit, valeat eo modo quo valere poteſt. 1335.c
Clauſula, *omni meliori modo*, an transfundat actum in aliam ſpeciem. 1372.a
Clericus coram iudice eccleſiaſtico conueniri debet. 203. b
Clericus cui lis eſt denunciata ab emptore, an poſſit cauſam trahere ad tribunal eccleſiaſticum. 203.d
Clericus in minoribus ordinibus conſtitutus matrimonium contrahere poteſt, licet beneficio eccleſiaſtico priuetur. 333. a
Clericus eſt dominus fructuum beneficiorum eccleſiaſticorum. 655.c
Clerici teſtari non poſſunt de bonis mobilibus, vel immobilibus

bilibus per Eccleſiam acquiſitis. 656.b
Clericus non poſſit teſtari de fructibus beneficiorum Eccleſiaſticorum. 654.d
Clericus an feudum obtinere poſſit. 830.b
Clerici bonis ſuis ſpoliati, neque ciuili neque criminali actione conueniri poſſunt, & quomodo id accipiendum. 996.a
clericus obtinere poteſt beneficium annexum dignitati Eccleſiaſticæ. 882.c
clericus dicens falſum teſtimonium coram iudice laico, an poſſit ab eo puniri. 1165.b
clericus a iudice ſeculari puniri non poteſt, nec in perſona, nec in ære. ibid.d
clericus qui dimiſſo habitu clericali immiſcet ſe enormitatibus, an poſſit puniri a iudice ſeculari, licet a Prælato ſuo nõ fuerit ter monitus. 1166.a
clericus propter enormiſſimum crimen an ſit degradandus, & tradendus curiæ ſeculari, licet incorrigibilis non ſit. 1168.c
clericus & laicus ſi ſimul crimen committant quis ſit iudex. 1171.a
codicillis dari, aut adimi non poteſt hæreditas directè.
collectas ſoluere non tenetur qui poſſidet rem immunem a collectis. 111.d
collationi locus eſt, licet ſuus & emancipatus diuerſo iure ſuccedant. 642.b
collatio fieri debet, licet dolo vel errore omiſſa ſit, 643.e
collatio locum habet etiam teſtamento condito. 644.b
collatio ceſſat ex coniectura voluntatis defuncti. ibid.
collationi an ſit locus, ſi teſtamentum pro parte valeat, & pro parte ruptum ſit. 644.b
collationi locus eſt etiam factis codicillis. 645.a
collationis ius ad hæredes tranſit. 645.a
collatio ceſſat in bonis caſtrenſibus, vel quaſi caſtrenſibus. ibid.b
collatio ceſſat in bonis aduentitijs. ibid.
collatio an ceſſet, ſi inuentarium hæres confecerit. 648.c
colonus ſumptus vtiliter factos repetit, licet culpa ſua expellatur de fundo. 948.e
commodatarius de caſu fortuito non tenetur, quamuis omne periculum in ſe ſuſceperit. 249.a
compenſatio an locum habeat quoties ex vna parte quantitas debetur, ex altera verò quantitas ſe habens ad inſtar ſpeciei. 11.a
compenſatio non datur de ſpecie ad quantitatem. ibid.
compenſatio locum habet licet debitum ſit ex re iudicata. 12.d
compenſatio an admittatur, vbi debitum eſt iuratum. ibid.
compenſari poteſt quod ſub conditione debetur. 13.a
compenſatio non habet locum in caſu depoſiti. ibid.c
compenſare ſi paratus eſt debitor, creditorem ſuum excludit. ibid.d
compendioſa ſubſtitutio verbis communibus facta, filio impuberi ſine temporum diſtributione, ſitne omni tempore fideicommiſſaria. 1273.a
compenſatio debiti non liquidi non admittitur.
commodum noſtrum dicitur etiam id quod pertinet ad noſtram dignitatem. 639.d
communionis ratione multa ſunt conſtituta, quæ alias non permitterentur. 1171.b
concluſiones ex Bartoli combinationibus ad L.naturaliter.§.nihil commune, de acq.poſſ. 1356.b
condemnari an aliquis poſſit ex præſumptionibus, latè diſcutitur. 41.a.& ſeq.
condemnatus in contumaciam vigore ſtatutorum, quibus contumax pro confeſſo & cõuicto habetur, an admittendus ſit ad nouas defenſiones. 1181.b
conditionis natura hæc eſt, vt retrotrahatur. 115.b
& quomodo ſit accipiendum. 116.c
conditio tacitè ſubintellecta diſpoſitionem non ſuſpendit. 116.d
conditio dicitur eſſe indiuidua, nec pro parte impleri poteſt. 118.d
conditio impoſſibilis Matrimonio adiecta vitiatur, & pro non ſcripta habetur, & non vitiat. 317.d
conditio retrotrahitur. 407.d.& 900.a
conditio implenda eſt in forma. 450.a
conditio, ſi deceſſerit ſine liberis, an intelligenda ſit tam de fœminis, quam de maſculis. 468.b
conditio ad actum neceſſaria poteſt impleri per æquipollens. 476.b
Conditio ſi hæres non erit quomodo accipienda. 481.b
In conditionibus habetur ratio primæ exiſtentiæ, non autem eius quod poſtea ſuperuenit. 514.c
conditio voluntaria in forma ſpecifica impleri debet. 1299.a
conductor an repetat ſumptus colligẽdorum fructuum gratia factos, ſi cedant in perpetuam rei vtilitatem. 105.b.& ſeq.
conditio neceſſaria ad actum, vel ad effectum actus, adimpleri poteſt per æquipollens. ibid.
conductor ſi ſuſcipiat in ſe periculum caſus fortuiti, an teneatur de caſu inſolito. 106 a
conductor cuius culpa, vel dolo incendium accidit, tenetur. 107.a
conductor expenſas, & meliorationes repetit, vbi eas facere non tenebatur ex lege locationis. 113 a
conductori maximum lucrum facienti augenda eſt penſio. 170.e
conductor ſi iuſtam habet cauſam deferendi rem conductam, debet id locatori denuntiare: Et quid ſi fuerit omiſſa talis denunciatio. 202.d
confeſſus ſe hominem occidiſſe ad ſui defenſionem an homicidij pœna teneatur, ſi non probet illam qualitatem defenſionis. 39 d
confeſſus an ſit condemnandus, ſi non conſtet de corpore delicti. 40.c.& ſeq.latè.
conferre non tenetur, qui liberatus eſt patria poteſtate propter Patritiatus honorem. 643.b
cõferre tenetur is, qui liberatus eſt a patria poteſtate per oblationem precum. ibid.
conferre an teneatur is, cui minor portio relicta eſt hæreditatis. ibid.d
conferre etiam debent ij, qui nec ſui ſunt, nec emancipati. ibid.b
conferre obligatus, ſi non conferat, partem hæreditatis non obtinet. 645.a
cõferri an debeat a patre facta filio donatio, vt Matrimonium contrahat cum aliqua nobili matrona, quæ alioqui nolebat illi nubere. 647.b
conferri non debet donatio a patre in filium collata propter benemerita. ibid.a
conferri non debent, quæ donauit pater vni ex filijs ſtudiorum cauſa. 647.d
conferenda non ſunt ea, quæ filius ſuo labore acquiſiuit ex patris pecunia. 648.a
conferenda non ſunt quæ poſt mortem patris quæſita ſunt. 899 e
confeſſio dotis receptæ a marito animo donandi facta, an confirmetur iuramento promiſſorio. 1087.a
confeſſio dotis receptæ a marito animo donandi facta, an confirmetur iuramento aſſertorio. 1088.d
confeſſio dotis receptæ a marito animo donandi facta, an confirmetur iuramento promiſſorio, & aſſertorio ſimul iunctis. 1090.b
confeſſio dotis receptæ a marito facta abſque iuramento, an præſumatur facta ſpe numerationis, an verò animo donandi. 1091.a
confeſſio dotis receptæ a marito facta, an præſumatur ſimulata, ſi lapſum fuerit tempus opponendi exceptionem non numeratæ dotis. 1094 d
confeſſio dotis receptæ a marito ſene vel ignorabili facta, qui vxorem nobilem vel diuitem duxit, an & quomodo præſumatur facta in fraudem legis. 1095.e
confeſſio dotis receptæ marito facta animo donãdi, etiam ante matrimonium non valet. 1096 b
confeſſio dotis receptæ a marito facta ab alio tamen, quam a muliere, an præſumatur facta in fraudem legis, & quid de ea ſtatuendum. 1098.c
confeſſio mariti de dote recepta præcedente dotis promiſſione an valeat, ita vt exceptio non numeratæ dotis opponi non poſſit. 1093.b
confeſſio dotis receptæ conſtante matrimonio facta, cum renunciatione exceptionis non numeratæ dotis, an valeat. 1098.a
confeſſio dotis receptæ a marito facta an præiudicet creditoribus poſt lapſum tempus opponẽdi exceptionem dotis, non numeratæ. 1099.b
confeſſio præiudicat confitenti, & non alijs. 1100.a
confeſſio dotis receptæ a marito facta, an creditoribus præiudicet, vt non poſſint opponere exceptionem non numeratæ dotis, quando præceſſit dotis promiſſio. 1102.a

Confitenti maleficium non ſemper fides adhibenda. 1143.d
Confeſſus de ſe, non poteſt de alijs interrogari. 1224.b
Confeſſus non eſt qui errauit, niſi ius ignorauit. 1259.d
Confeſſio facta in iudicio poſſeſſorio, probat in petitorio perſonas. 1356.c
Coniunctiuæ orationis natura eſt, vt concurſum requirat. 492.a
Coniuncti re & verbis an ab initio partes faciant. 523.a
Confiſcatis bonis vaſſalli propter delictum, vtrum feudũ confiſcetur. 851.a
Confiſcatis bonis filijfamilias, an peculium aduentitium confiſcetur. 1190.b
Confiſcatione bonorum an comprehendatur peculium aduentitium, in quo pater nullum habet vſumfructum. 1192.a
Confiſcatis bonis patrisfamilias, an confiſcetur vſusfructus quem habet in bonis filij. 1193.c
Confiſcatio bonorum, an comprehendat bona futura. 1194.b
Confiſcatio bonorum quanto tempore præſcribatur. 1197.d
Confiſcatione bonorum, an contineatur peculium caſtrenſe. 1192.d
Conſcij delictorum puniuntur. 1231.c
Conſenſus patris tanquam legitimi adminiſtratoris filij, ſit ne neceſſarius in agendo nomine filij. 726.a
Conſentiens vt alius de feudo inueſtiatur, quod ad ſe pertinet, amittit ius ſuum. 872.a
Conſentiens alienationi rei ſibi debitæ in aliquem euentum, non propterea ius ſuum amittit. 912.c
Conſenſus præſtitus a domino feudi oppignorationi a vaſſallo factæ, an extendatur ad vſuras. 913.b
Conſenſus domini qui requiritur in alienatione feudi an debeat eſſe expreſſus, an verò tacitus ſufficiat. 936.c
Conſenſus ex præſcientia, & patientia non infertur in his, quæ ad obligandum tendunt. 936.d
Conſenſus Pontificis Maximi an præſumendus ſit in alienationibus rerum Eccleſiaſticarum interceſſiſſe ſpatio 30. vel 40. annorum. 1336.c
Conſenſus non poteſt conſiderari ſine ſcientia. 1337.a
Conſtat aliquando per ſeruum nos acquirere, quod per nos ipſos non poſſumus. 1296.d
Conſuetudo eſt, vt debitori liceat in alia ſpecie monetæ creditori pecuniam reſtituere. 142.b. 143.c. 149.a
Conſuetudo contra ius ſcriptum an valeat. 284.b
Conſuetudo eſt optima legum interpres. 656.b
Conſuetudo quanto tempore introducta obfirmetur, iudicis arbitrio relinquitur. 924.a
Conſuetudo infeudandi quot actibus conſtituatur. 924.d
Conſuetudo a præſcriptione differt. 1016.b
Continentia cauſæ non eſt dirimenda. 1171.b
Contrarietas inter ius Ciuile, & Canonicum non eſt introducenda. 25.a
Contractus ex conuentione legem accipiunt. 65.d
Contrahentibus grauiter deceptis, ac læſis ſuccurrendum eſſe. 77.b
Contractus natura tantum operatur, quantum expreſſa partium conuentio. 113.a
Contractus vnam partem approbare, & aliam reprobare nõ licet. 133.a
Contractus interpretari debet ſecundum mentem contrahentium. 140.d
Contractus illicitus non eſt iudicandus, niſi probetur. 152.b
Contractus in dubio præſumitur verus, non autem ſimulatus. ibidem.
Contrahentibus licet ſe inuicem decipere. 160.d
Contractus talis eſt iudicandus qualis ex forma ipſa apparet. 152.b
Contractus an iuramento confirmetur, an verò duntaxat iuramentum ſit ſeruandum. 294.c
Contractus ſi reſoluatur ex voluntate emptoris, non reſoluitur hypotheca medio tempore conſtituta. 180.c
Contractu reſoluto ex pacto addictionis in diem, hypotheca reſoluitur. 181.a
Contractu reſoluto, ex neceſſitate iuris hypotheca reſoluitur. ibid.b
Contractus quis dicatur cum res pro re datur, & ſimul etiam pecunia. 214.b
Contractus poteſt naturam donationis, & partim venditionis habere. 215.a. & ſeq.
Contractus quis eſſe intelligatur, cum quis alicui dixit, *accipe hanc pecuniam.* 227.a & ſeq.
Contractus an ſit vſurarius, cum quis ruſtico mutuat ea lege pecuniam, vt ſuum agrum colat, iuſta tamẽ mercede data. 228.b. & ſeq.
Contractus à prodigo geſti poſt interdictam bonorum adminiſtrationem an valeant, quando publicata non eſt. 240.d
Contractus in ſcriptis celebratus, quando dicatur. 279.a
Contractus an poſſit fieri in teſtamento. 592.d. & ſeq.
Contractus ab initio voluntarij, poſtea verò neceſſarij ſunt. 815.b
Contractus verbum latè ſumptum omnem obligationem ſignificat. ibid.d
Contractus lucri gratia fiunt. ibid.a
Contractus ex conuentione legem accipiunt. 914.a
Contrahentibus permiſſum eſt ſe inuicem in pretio decipere. 1034.a
contractus non extenditur ad ignorata. 1341.b
contumax vt condemnari poſſit, quæ probationes requirantur, vbi ſtatutum eum pro confeſſo aut pro conuicto habet. 1183.a
Contumax in dolo eſſe videtur. 1250.c
contumacia procuratoris in appellando, an noceat domino. 1368.d
conuenit citra ſtipulationem l. ſi ſeruus. ff. de ſeru. export. quomodo intelligendum. 1351.b
Correctio legis inducenda non eſt ex rationis identitate. 16.b
Correlatiuorum eadem eſt natura. 1312.c
Creditor non poteſt ingredi poſſeſſionem rei debitoris authoritate propria, non obſtante pacto in contrarium. 118.a
Creditor non cogitur in aliam formam, quam conuenit pecuniam accipere, vbi damnum eſt paſſurus. 147.c
creditoribus an competat ius offerendi dotem vxori debitoris in pecunia numerata. 373.c
Creditor repudiare poteſt hæreditatem, & ſuum creditum petere. 482.b
Creditor an cogatur inuitus accipere particularem ſolutionem. 1317.c
Creditores habent actionem contra omnes hæredes. 1318.d
Crimine vtroque de vi publica & de vi priuata intentato, mitior lex ſequenda. 1255.b
Culpa lata non ſufficit, vt lege Cornelia quis teneatur. 50.d
Cum ſunt plures hæredes qui in ius defuncti ſuccedunt, neceſſe eſt vt inter eos diuidantur commoda & onera hæreditaria. 1318.d
Curator datus alicui tanquam prodigo qui non erat, ſi quid geſſerit, an valeant geſta per eum. 243.d
Curator ſi fuit alicuius datus tanquam prodigo, an videatur ei interdicta bonorum adminiſtratio. 245.d
Curator ad litem an detur minori inuito actori. 2060.b

D

DAre & promittere, ad ſenſum diſtincta, ad aliquos iuris effectus aliquando ſunt paria. 1277.b
Datio ordinata ad factum, pro facto reputatur. 1320.c
Quomodo intelligendum. ibid. d
Debitor perempta ſpecie liberabitur, vbi quantitas debetur reſpectu certæ ſpeciei. 164.a
Debitori decepto aliquo remedio ſuccurritur. 173.b
Debitor perempta ſpecie liberatur, vbi quantitas debetur reſpectu certæ ſpeciei. 164.a. & ſeq.
Debitori decepto aliquo remedio ſuccurritur. 173.b
Debitor quantitatis reſpectu certæ ſpeciei, an perempta ſpecie ante moram liberetur. 249.c
Debitor re perempta an indiſtinctè teneatur: an vero diſtinguendum ſit, an res ſimiliter apud creditorem peritura eſſet. 251.b.c
Debitor an liberetur rei interitu in caſibus, in quibus mora committitur abſque interpellatione. 252.a
Debitori meo ſi iuſſero vt tibi pecuniam det, ille verò promiſerit

ſerit

ſerit tibi dare, an tu mihi tenearis reddere. 253.b
Debitor ex delegatione facta liberatur, licet delegatus debitor ſoluendo non ſit. 254.c
Debitor in mora conſtitutus eam purgare poteſt ante litem conteſtatam. 255.c
Debitor certæ rei an liberetur eius interitu poſt moram, quando obligatio ex delicto deſcendit. 1118.b
Et quid in alijs obligationibus. 1120.a
Decimæ laicis concedi non poſſunt ex Concilio Lateranenſi. 929.B
Decimas obtinere in aliena parochia nemo poteſt. 994.d
Decretum iudicis facit ut contractus præſumatur recte & rite celebratus. 169.b
Quomodo id procedat. ibid.d
Defendere non dicitur, qui in totum non defendit. 118.d
Defenſionem alienam ſuſcipere, virile eſt officium. 889.b
Definitio omnis periculoſa eſt. 905.c
Delegandi poteſtas maioribus duntaxat magiſtratibus competit. 60.c
Delegari poſſunt quæ iure magiſtratus competunt. ibi.a
Delegatus non poteſt ſubdelegare, etiam vnum articulum ipſius cauſæ. 61.c
Delegatus Principis an ſubdelegare poſſit cauſas meri Imperij. ibid.d
Delegatus Principis eſt maior ordinario. 62,a
Delegari non poſſunt cauſæ meri Imperij. ibid.
Delinquens ſæpius ſeuerius puniri poteſt, licet alias punitus non fuerit. 5.c
Delictum pœna mortis eſt aliquando dignum propter iterationem & frequentiam. ibid.c
Delictum vaſalli an & quando filiis noceat in feudo. 859.d
Delictum non præſumitur. 990.d
Delinquens eſt puniendus in loco ubi deliquit, & ad eum eſt reducendus. 1158.d
Delinquente mortuo ante ſententiam, confeſſo uel conuicto an bona eius confiſcari poſſint. 1179.a
Delicta plura eiuſdem generis quomodo punienda & quomodo diuerſis pœnis. 1189.a
Denunciare obligatus maleficia punitur, ſi unum denunciare neglexerit. 1319.b
Denunciatio litis neceſſaria an ſit, cum uenditor ſcientiam habeet litis motæ. 199.c
Denunciatio & interpellatio an ſit neceſſaria, quando uenditor ſcit emptori litem eſſe motam & iuramentum uenditioni acceſſit. 200.a
Denunciatio omnem alienationis emphyteuticæ contractum præcedere debet. 1338.b
Depoſitum, quod Doctores noſtri confeſſionatum uocant, an eodem iure cenſeri debeat, quo uerum & reale depoſitum. 273.A
Deſtinatum habetur pro iam facto. 130.c
Dictio, *citra*, idem aliquando ualet quod præter, aliquando idē quod ſine. 17.b.c.
Dictio, *mox*, *ſtatim*, *omnino*, ſignificant ipſo iure aliquid fieri. 214.C
Dictio, *ſeu*, in legatis quid importet. 630.b
Dictio, *pro*, non importat conditionem, ſed cauſam. 609.b
Dictio, *tanquam*, aliquando eſt ueritatis nota. 399.a
Dictio, *cum*, & dictio, *Et*, æquiparantur. 893.a
Dictio, *tunc*, denotat extremitatem temporis. 1303.c
Dictio, *eiſdem*, in l. cum quis. in fine C. de natural. lib. quomodo intelligenda. 1344.b
Dictio, *ex*, aliquando ſignificat cauſam mediatam. 1363.a
Dies incertus pro conditione habetur.
Difficultas an excuſet debitorem a mora. 272.a.& ſeq.
Difficultas excuſat a culpa. ibid.c
Diſcordia non eſt inducenda inter ius ciuile & canonicum. 1254.a
Diſpenſationis contra leges iuſta cauſa eſt bonum publicum. 902.a
Diſpoſitio quælibet reſtringitur ex cauſa finali. 557.d
Diſſenſus unius uel alterius maiori parti nocere non debet. 1317.a
Diſſenſus unius impedit ſeruitutem conſtitui, uel aliud ius acquiri. ibid.b
Diuerſa eſt ratio uerbi, *conuenit*, & verbi, *promiſit*, quia illud generale eſt, hoc ſpeciale & proprium ſtipulationis. 1351.b
Diuiduæ ſunt obligationes, quando debitum pro parte præſtari poteſt: indiuiduæ quando non poteſt, ſed totum præſtari debet. 1320.a
Diuidui & indiuidui materia explicatur propoſitis concluſionibus breuiori & faciliori uia. 1322.a
Diuidua obligatio eſt, quæ diuiſionem recipit: indiuidua quæ non recipit. 1322.b
Diuiduum recipit partes multiplicatiuas: quandoque iuridicas: quandoque diſcretas. 1324.b
Diuiſio hæreditatis an ita ſit inſtituenda, ut maior diuidat, minor eligat. 723.d
Diuiſio patris inter filios iuramento firmata, an poſſit reuocari. 772.a
Diuiſio patris facta inter liberos quando ſeruanda. 810.a
Diuiſio feudi an poſſit fieri altero uaſallo prouocante. 964 a
Diuiſio facta per ſortes an reſcindi poſſit prætextu læſionis. 1032.c
Diuiſio ut reſcindi poſſit propter læſionem, an neceſſaria ſit læſio ultra dimidiam. 1033.c
Diuiſio rei emphyteuticæ an poſſit fieri inter emphyteutas ſine conſenſu domini, &c. 1304.a
Diuiſio emptionis uicem obtinet. 1305.a
Doctorem qui ſe profitetur & ius ignorat, in culpa eſt. 1261.a
Dolum facere uidetur qui petit quod reſtituturus eſt. 13.d
Dolus non includitur in generali ſermone. 172.a
Dolus ex propoſito & re ipſa æquiparantur. 185.d
Dolo facit, qui cum aliena iactura locupletatur. ibid.
Dolo facit qui petit quod reſtituere oportet eundem. 1004.d
Dolus non præſumitur. 1026.d
Dominium ex ſententia an transferatur. 80.b.& ſeq.
Dominium directum an acquiratur ex præſcriptione ſeu uſucapione. 89.d.& ſeq.
Dominium ad uenditorem reuertitur ex pacto legis commiſſoriæ & addictionis in diem, & quare. 157.a.& ſeq.
Dominium quod ex poſſeſſione præſumitur, non ſufficit ad obtinendum in rei uendicatione. 94.b
Dominium rerum in pendenti eſſe non poteſt. 514.b
Dominium ſemel quæſitum non poteſt auferri ſine conſenſu partis. 834.b
Dominus ad quem feudum reuertitur, an teneatur ſatisfacere creditoribus, quibus feudum erat obligatum cum conſenſu ipſius domini. 910.c
Dominus qui feudum conceſſit, tenetur præciſè tradere. 875.d
Dominium non transfertur abſque traditione. 876.d
Dominus conſentiens alienationi feudi abſque ulla proteſtatione, an ſibi præiudicet quoad directum dominium. 939.a
Dominium rei legatæ mortuo teſtatore tranſit in legatarium. 1308.a
Dominus habet ius offerendi precium emptori. 1304.b
Donatio non præſumitur. 228.a
Donatio excedens ſummam quingentorum aureorum iuramento firmata an requirat inſinuationem. 352.a
Donatio inter patrem & filium, & inter virum & vxorem, vtrum ita donatoris morte confirmetur, ut dominium rei donatæ & fructus perueniant ad donatarium ex eo die quo donatio facta eſt. 353.a
Donatio inter patrem & filium, & inter uirum & uxorem excedens quingentorum aureorum ſummam ſi non fuerit inſinuata, utrum confirmetur morte donatoris, ſaltem vſque ad ſummam 500 aureorum. 352.a.& ſeq.
Donatio patris iuramento firmata an ualeat. 356.b
Donatio an ualeat, ſi unus ex filiis alteri filio donet patre conſentiente bona ipſius patris. 356.d
Donatio patris an ualeat ſi pro legitima filio donet. 357.b
Et quid ſi donet ſtudiorum gratia. 358.a
Donatio remuneratoria inter patrem & filium an ualeat. 354.b
Et quid ſi pater dicat donare filio, tum ob benemerita, tum ob paternum amorem. 355.b
Et quid ſi merita filij probari non poſſint. ibid.
Donatio inter virum & vxorem remuneratoria an ualeat. 358 b
Donatio inter coniuges an iuramento firmetur. 359.b
Donatio reciproca, uel remuneratoria, uel ob cauſam, excedens ſummam quingentorum aureorum an inſinuationem requirat. 360 b
Donatio cauſa mortis an ſit, cum ſanus corpore donat poſt mortem ſuam nullo præſenti periculo mortis territus. 580.d

Donatio cauſa mortis in legitimam imputatur filio. 415 b
Donatio mortis cauſa an ſit, cum promittit quis ſe non reuocaturum. 581.e
Donatio requirit conſenſum donatarij. 592.d
Donatio inter viuos reuocatur filiorum natiuitate. 400.d
Donare mortis cauſa poſſit ne mulier quæ non poteſt contractum facere. 621.a
Donatio cauſa mortis habet naturam vltimæ voluntatis. 621.b
Donare cauſa mortis an minor 25 annis poſſit abſque curatoris authoritate. 622.c
Donare cauſa mortis poteſt, qui teſtari poteſt, 623.a & ſequen.
Donatio ſimplex an ſit conferenda. 645.a
Et quid ſi ab initio ualeat. 646.b
Donatio ſimplex an ſit conferenda. 762.a
Donatio patris morte eius confirmatur, quomodo id accipiendum. 762.d
Donare cauſa mortis an poſſit vſurarius manifeſtus. 623.c
Donatio inofficioſa parentum quatenus reuocetur a filiis. 793.e
Donatio mortis cauſa poſſitne reuocari ex pœnitentia donatoris abſque hærede decedentis. 624.e
Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum iuramento confirmatur. 797.c
Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum reſeruato uſufructu ualet. 798.a. & ſeq. late.
Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum aliquo reſeruato de quo donator in uita diſponere poſſit, an de iure ſubſiſtat? 799.d
Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum aliquo reſeruato, de quo donator diſponere poſſit in certum genus perſonarum, an ualeat. 800.b
Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum quo donator diſponere poſſit in uita, uel in morte, an ualeat. 801.a
Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum an cõtineat ueſtes & ſuppellectilem. ibid.b
Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum non ualet. 796.a
Donatio profectitia reuocari poteſt. 826.a
Donatio ſimplex a parente in filium collata conferri debet. 899.d
Donatio reuocari poteſt ſi pacta non ſeruentur. 943.b
Donatio propter nuptias an ipſo iure conſtituta uideatur. 1071.b
Donationem propter nuptias doti æqualem uxori ſuæ maritus conſtituere tenetur. 1072.a
Donationem propter nuptias an uidua lucretur, ſi dos non fuerit ſoluta. ibid.c
Donatio inter virum & vxorem iuramento confirmatur. 1088.a
Donari uolens vxori ſuæ futuræ, quẽadmodũ ſeruare debeat. 1097.d
Donator an poſſit pactum uel modum donationi adiectum in fauorem tertij ad debitum reuocare. 1104.a
Donans ſub conditione, non impleta conditione repetere poteſt: & quando, & quomodo id accipiendum. 1105.d
Donatio contractus non eſt. 1105.c
Donandi poteſtas non uenit in generali adminiſtratione. 1187 a
Donatio propter nuptias cedit lucro uiduæ, non tamquam uſura, ſed tanquam ſors debita ex pacto uel ſtatuto. 1257.e
Dos ſoluto matrimonio ad mulierem reuertitur, & uendicari poteſt, ſed non propria authoritate. 118.a
Dotis priuilegia locum habent etiam in dote, ut uocant, confeſſata. 273.d
Dos a patre profecta, utrum ad patrem reuertatur mortua filia liberis in matrimonio ſuperſtitibus. 349.e
Dos & donatio propter nuptias quomodo conferenda ſit a ſuis uel emancipatis. 642.b
Dos & donatio propter nuptias conferri debet a nepotibus. 643.a
Dos filiæ unius ex ſocijs omnium bonorum, an ſoluenda ſit de communibus bonis, necne. 983.b
Dotis dictio non eſt in vſu. 1085.a
Dos datur ut inſeruiat oneribus matrimonij. 1256.a
Dos promiſſa an ſit propriè dos? 1274.d
Dos cui promiſſa eſt, etſi nondum ſoluta ſit, dotata dici poteſt 1275.a
Dos promiſſa apta eſt inſeruire oneribus matrimonij cum fuerit ſoluta. ibid.
Dos a dando dicitur, datio itaque neceſſaria eſt, nec ſufficit promiſſio. 1275.b
Dotis fructus pertinent ad maritum pro oneribus matrimonij. ibid.c
Dotem non ſcriptura, ſed numeratio facit. 1275.e
Dos eſt contractus qui re perficitur, ideo ſi non incipiat a traditione, ſed a promiſſione, non eſt dos, ſed dotis promiſsio. 1276. a
Dos an propriè dicatur ſoluto matrimonio, antequam ab uxore ſit recuperata. 1278.a
Dos ſine matrimonio eſſe non poteſt: vbicunque igitur nomẽ matrimonij non eſt, nec dos eſt. 1279 a
Dos non caret effectu ſoluto matrimonio, quia mulier iterum nubere poteſt. 1279.b
Dotis uſucapio non procedit, matrimonio inualido exiſtente. ibid.d
Dos recuperata an dotis nomen retineat. 1280.a
Dos ſoluto matrimonio recuperata nomen amittit. ibid.
Dos recuperata ſaltem large dicitur dos. 1282.d
Dos an ſit ius uniuerſale. 1282.d
Dos recipit augmentum & diminutionem, ſicut cætera iura vniuerſalia. ibid.
Dos in legibus dicitur dari, vendicari, ſequeſtrari, reſpectu habito ad res in dotem datas, quæ ſunt corporales. 1283.a
Dos poteſt conſiſtere in una re, etiam minima. ibi.b
Dotis ius uniuerſale non uenit in ratione legis Falcidiæ, ſed Falcidia refert legatum dotis, ſicut cætera legata particularia. 1283.c
Dos minuitur ſumptibus neceſſarijs. ibid.
Dotis cauſa fauorabilior, quam fiſcus. 1289.b
Dotis cauſa an poſſit diebus feriatis cognoſci. ibid.d
Dotis cauſa dicitur pia. 1290.a
Dotis cauſa cum principaliter agitur, an ſit mixti fori. 1290.c
Dos non gaudet priuilegijs piæ cauſæ. ibid.d
Dos ſubrogata uidetur loco legitimæ. 1291.d
Dubium eſt duplex: ſpeculatiuum & practicum. 84.a

E

EAdem eſt ratio circa uerbum, *conuenit*, quæ eſt de verbo, *promiſit*, ut uideantur omnia ſolemniter acta. 1351.a
Ea quæ in partes diuidi non poſſunt, ſolida a ſingulis hæredibus debentur. 1310.d
Eccleſia aduerſus rem iudicatam an ſit reſtituenda propter inſtrumenta de nouo reperta. 68.b
Eccleſia utitur iure minoris. ibi.d. & 203.b. & 1249.b
Eccleſia non tenetur ad collectas. 111.b
Eccleſia nõ tenetur finita generatione emphyteutæ, proximiorem inueſtire. 116.b
Eccleſia an de euictionę agere poſſit lite uenditori non denunciata. 203 a
Eccleſia hęres an teneatur inuentarium facere, ut non teneatur ultra uires hæreditarias. 702.a
Eccleſia Romana gaudet centum annorum præſcriptione. 982.c
Eccleſiaſtica res in feudum dari ſolita, quando efficiatur de mẽſa Eccleſiæ, ac proinde in feudum dari amplius nequeat, niſi cum ſolemnitatibus in iure requiſitis. 928.b
Eccleſia vtrum in integrum reſtituenda aduerſus præſcriptionem 40. annorum. 1249.a
Eccleſiæ nocet lapſus quadriennij in petenda reſtitutione læſionis. 1250.a
Eccleſiaſticis in cauſis non ſeruantur feriæ. 1290.a
Eccleſiaſticus iudex in cauſa dotis quando adeundus. ibid.d
Edere non dicitur, qui in totum non edit. 118.d
Edictum de non uocandis in ius ſine uenia parentibus & patronis tempore Iuſtiniani Imp. viguiſſe uidetur, exploſa in uniuerſum uiolenta manuum iniectione. 1359.b
Effectus iam in eſſe productus non tollitur ceſſante cauſa. 1368.d
Elogia & notoria quæ? 47.a

Eman.

Emancipatio eſt capitis diminutio minima. 1302.d
Emancipatione non rumpitur teſtamentum. ibid.
Emens ſcienter rē alienā, actionē de euictione nō habet. 207.b
Emptio & vēditio perficitur ex conſenſu contrahentiū. 136.d
Emptio ſine quantitate, nulla eſt. 127.b
Emptor an de euictione agat, cum litem motam denuntiare vēditori omiſit, ſi cōſtiterit cauſā defendi nō potuiſſe. 201.c
Emptor de euictione agere nequit, niſi res per ſententiam iudicis euicta fuerit. ibi.d
Emptor qui in lite mota vicit aduerſarium, an poſſit ſumptus factos repetere a uenditore, a quibus aduerſarius fuit abſolutus. 205.c
Et quos ſumptus. 206.d
Emptor uictus per ſententiam an teneatur appellare. 208.b
Emptor ſi appellauerit tenetur appellationem proſequi a ſententia lata in cauſa euictionis. 209 b
Emptor hæreditatis habetur loco hæredis, & in eum transeunt omnia iura utilia. 1252.b
Ementes relicta per fideicommiſſum quæ non erant teſtatoris ab extraneo, non uidetur renunciare legato vel fideicommiſſo. 1308.a
Emens rem propriam teſtatoris ab extraneo, non uidetur renunciare legato. ibi.b
Emens rem legatam ab hærede pendente conditione legato, vel fideicommiſſo adiecta, non cenſetur legato uel fideicommiſſo renunciare. ibi.d
Emens ſciens ab hærede rem ſibi legatam purè, legato renunciare uidetur. 1309 c
Emptio rei propriæ ita non ualet, vt emptor ſciens etiam pretium omittat. 1320.b
Emptor ſuſtinet vicem hæredis. 1339 a
Emphyteuſis an ceſſatur reuocata ex taciturnitate utriuſque partis, ſicut locatio. 104.c
Emphyteuſis requirit ſcripturam. 105.a
Emphyteuta qui ſoluit magnam penſionem, an ſentiat dānū particulare ex quo tota res emphyteutica non perit. 109.a
Emphyteuſis propriè quæ dicatur. 109.d
Emphyteuta differt a conductore fundi uectigalis. 110.a
Emphyteuta Eccleſiæ an teneatur ad ſoluendas collectas, vbi dominus eſt immunis. 111.c
Emphyteuta non tenetur ad ſoluendas collectas, ubi dominus eſt immunis. ibi.
Emphyteuſi finita abſque culpa emphyteutæ, utrum meliorationes repeti poſſint. 112.b
Emphyteuta tenetur rem meliorare. 113.a
Emphyteuta non ſoluens Canonem per triennium an ipſo iure cadat a iure emphyteutico. 113.b
Emphyteuſis dicitur, licet magna penſio præſtanda ſit. 110 c
Emphyteutæ an ſit remittenda penſio, ſi res emphyteutica ſit ab hoſtibus occupata. ibid.
Emphyteuta tenetur de caſibus fortuitis. ibid.d
Emphyteuta ceſſante in ſolutione canonis, & domino declarationem ſuæ uolūtatis differente, fructus interim percepti ex re emphyteutica ad quem pertineant. 115.a. & ſeq. latè.
Emphyteutam canonem non ſoluentem poſſitne propria authoritate expellere dominus. 117.B
Emphyteutica res dicitur a domino poſſideri ciuiliter. ibi c
Emphyteuta qui per triennium non ſoluit canonem totum, an ſit iure ſuo priuandus. 118.b
Emphyteuta Eccleſiæ poteſt moram purgare. 121.d
Emphyteuta priuati qui canonem non ſoluit, poſſitne purgare moram. 121.d. & ſeq. latè.
Emphyteuta ſi decedat pluribus hæredibus relictis quorum unus ſuam canonis portionem ſoluat, alter uero non; an tota res emphyteutica reuertatur ad dominum, an uero pars tantum. 120.d
Emphyteuta dicitur inferre iniuriam domino, ſi Canonem non ſoluat. 123.a
Emphyteutæ ſoluenti Canonem poſtquam priuādus erat iure ſuo, utrum pœna caducitatis remiſſa eſſe uideatur. 125.d
Emphyteuſi ad dominum reuerſa propter generationem finitam, an teneatur dominus inueſtire proximiorem agnatū. 125.a. & ſeq. latè.
Emphyteuta qui Canonem emphyteuticum ſe ſoluturum iureiurando promiſit utrum cadat a iure ſuo, ſi uno dūtaxat anno ceſſauerit in ſolutione. 300.a
Emphyteuta an poſſit donare ius ſuum conſenſu domini non requiſito. 370.c
Emphyteuta an donare poſſit conſenſu domini non requiſito, 808 b. & ſeq.
Emphyteuſim an pater prælegare poſſit uni ex filijs ſuis. 760.a
Emphyteuſis Eccleſiaſtica an ueniat in bonorum confiſcatione, quando ex pacto tranſire poteſt ad extraneos hæredes. 1196.a
Emphyteuſis conceſſa alicui & filijs ſuis, an ueniant fœminæ. 1114 a
Emphyteuſim non eccleſiaſticam ſi quis ſtipuletur filijs ſuis, an etiam filijs naturalibus ſtipulatus uideatur. 1115 b
Emphyteuta qui 30. vel 40. annis Canonem nō ſoluit, an præſcriptionem allegare poſſit, ne in futurum ſoluere cogatur. 1116.a. & ſeq.
Emphyteuſis poteſt diuidi domino irrequiſito. 1034.d
Emphyteuſis alienari non poteſt domino irrequiſito. ibi.
Emphyteutæ plures an poſſint rem emphyteuticam alienare irrequiſito domino. 1305 b
Emphyteuſi duobus conceſſa ea lege, ut uno mortuo eius portio ad alterū pertineat, ſi fiat diuiſio inter eos & alter alteri renunciet omne ius, quod ſperat in alterius portione, & poſtea contingat alterū abſq; liberis mori, an ſuperſtes admittatur ad illius portionem uel dominus directus? 1306.d
Emphyteuta qui nō ſoluit Canonem per triennium cadit a iure ſuo in re eccleſiaſtica per biennium. 1328 a
Emphyteuta an poſſit donare irrequiſito domino. 1337 b
Emphyteuſis & locationis rei eccleſiaſticæ, ut ualeat conceſſio, requiritur ut cedat in euidētē utilitatē eccleſiæ. 1369.d
Epiſcopus cum conſenſu capituli de futuris diſponere poteſt in præiudicium ſucceſſoris. 870.d
Epiſcopus an poſſit rem in feudum dari ſolitam, & ad ſe deuolutam conſanguineis ſuis in feudum dare. 873.d
Epiſcopi & Prælati res ab antiquo in feudum dari ſolitas rectè concedunt. 874.c
Epiſcopus an poſſit abſque conſenſu capituli in feudum dare rem ad ſe reuerſam infeudari ſolitam. 922.c
Epiſcopus & cæteri Prælati an poſſint laicis in feudum concedere decimas ad eccleſiam reuerſas, ante Concilium Lateranenſe infeudari ſolitas. 929.b
Equites Hieroſolymitani, & ſimiles an poſſint ſuccedere in feudis. 882.c
Error iuris ad uſucapionem non prodeſt. 1020.a
Error iuris an proſit ad præſcriptionem longi temporis. ibi.
Error iuris bonam fidem non impedit. ibi.b
Error iuris an proſit ad fructuum acquiſitionem. ibid.d
Euictionis nomine ut agi poſſit ab emptore, debet litem motam denunciare uenditori, & ſimul interpellare eum ut ueniat ad defendendum. 198 c. & ſeq.
Euictio inter hæredes quando ſit præſtanda, latiſsimè explicatur. 769.a. & ſeq.
Euictio præſtanda non eſt, cum res euincitur ex natura ſua, & cum emptor non ignorauit rem alienam eſſe, niſi ſpecialiter promiſſa ſit. 837.c
Euictio non eſt præſtanda, niſi oriatur ex cauſa antecedente euictionem. 838.c
Exæquatio, quæ ſit iuris interpretatione, ceſſat, quando uerba ſequuntur ueritatem, & non fictionem. 1344.c
Exceptio melioramentorum an poſſit obijci agenti ex l. 2. C. de reſcind. uenditione. 168.b
Exceptione perpetua tutus, ſolutum per errorem repetere poteſt. 179.c
Exceptio non numeratæ pecuniæ, utrum poſt biennium ſecundum ius ciuile opponi poſsit aliquo modo. 261.d. & ſeq.
Et quid ſecundum ius canonicum. 263.a
Exceptio non numeratæ pecuniæ an locum habeat, cum quis ante Chirographum confeſsionis pecuniam ſe accepiſſe profitetur. 263.d
Exceptio non numeratæ pecuniæ poſsitne opponi contra inſtrumentum, quoties ſtatuto ciuitatis cauetur, ut certæ quædam exceptiones duntaxat opponi poſsint. 264 d
Exceptio non numeratæ pecuniæ, an concedatur ei, qui teſtibus præſentibus confeſſus eſt ſe accepiſſe. 265.b
Exceptio non numeratæ pecuniæ, an locum habeat inter mercatores. 266.a
Exceptio non numeratæ pecuniæ, an perpetuo competat ciuitati. 267 b
Exceptio excuſsionis competens fideiuſſoribus, an ſit dilatoria. 1013.a
Exceptio dilatoria quæ. ibid.
Exceptio excuſsionis, an locum habeat ubi cauſa ex bono, & æquo

æquo cognoſcenda eſt, vel inter mercatores, vel coram arbitratore, vel quando ſine ſtrepitu & figura iudicij res agitur. ibid.d
Exceptio excuſſionis, an ſit de apicibus iuris. 1054.c
Exceptio excuſſionis locum non habet, quando debitor eſt abſens. 1056.a
Exceptio lite pendente ſuperueniens reo prodeſt. 1057.a
Exceptio non numeratæ dotis, poſt lapſum tempus a lege conſtitutum opponi non poteſt. 1095.b
Excipiens contra teſtes, quod ſint falſarii & improbi, & non probans, an teneatur actione iniuriarum. 1151.b
Exceptio ſemel cognita in uno iudicio, non poteſt in alio iterum deduci. 1352.a
Exceptio rei iudicatæ in iudicio ſummario, an obſtet in ordinario. 1351.c
Excommunicatus an poſſit teſtari? 635.d
Excuſſionis beneficium ſumma nititur æquitate. 300.a
Excuſſio principalis debitoris ſi facta ſit, & repertus fuerit nō ſoluendo, & ideo actum fuerit cum fideiuſſore, an ſi pendēte iudicio debitor efficiatur diues, repelli actor poſſit exceptione. 1056.d
Excuſſio principalis debitoris an requiratur, cum quis agit hypothecaria contra poſſeſſorem rei ſpecialiter obligatæ. 1258 b
Ex delicto defuncti hæredes obligantur in quantum ad eos pertinet. 1326 d
Ex facto proprio, ſiue ex proprio delicto hæres quilibet obligatur in ſolidum, ipſe ſolus licet ex parte hæres ſit. 1325.c
Exempla declarant in quibus caſibus regula ſit intelligenda. 64.a
Exhæredatio nim non habet, niſi adita hæreditate ab hærede. 496.d
Exhæredare an poſſit parens liberos ex alia cauſa, quæ non ſit expreſſa in Nouella Iuſtiniani. 786.c
Exhæredari an poſſit filius, qui poſt cauſam ingratitudinis reconciliatus eſt patri. 787.b
Exhæredari an poſſit filius, qui poſt ingratitudinis culpam admiſſam pœnitentiam egit. 788.b
Exhæredari an poſſit filius, qui poſt ingratitudinem commiſſam monachus factus eſt. 789.b
Exhæredatio, & præteritio æquiparantur. 1343.c
Eximens aliquem è carceribus iuſtè detentum, qua pœna ſit afficiendus. 1208.d
Eximens iniuſtè captū de carceribus, an ſit puniēdus. 1209.d
Ex laudo non datur actio, niſi fuerit emologatum. 1366.b
Expreſſa hominis diſpoſitio facit ceſſare tacitam legis prohibitionem. 493.c
Expreſſum dicitur, quod ex mente & coniecturis colligitur. 564.d
Expenſæ ſunt acceſſoriæ rei principalis. 1251 c
Ex pacto de non petendo nihil aliud oritur, quam naturalis obligatio. 1368.c
Extenſio fit etiam in correctoriis, cum ratio expreſſa eſt in lege corrigente. 1342.c
Extenſio non poteſt fieri quando lex eſt correctoria & pœnalis ſimul. ibid.

F

FActum ſuum quilibet impugnare poteſt, quoties nullum eſt. 575.d
Factum quod pro parte non affert tantam utilitatem reſpectu partis, quantam pro toto reſpectu totius eſt indiuiduū; ſecus ſi afferat. 1319 a
Factum illud dicitur indiuiduum, quod ſi pro parte fiat, & pro parte intereſſe præſtetur, in diuerſis rebus fieret ſolutio. 1319.c
Factum dicitur diuiduum in quo duo copulatiuè concurrunt: primum, quod pro parte impletum affert tantam utilitatem reſpectu partis, quantam totum reſpectu totius: ſecundum, quod ſi pro parte fiat, & pro parte intereſſe præſtetur, contingit ſolutionem ōeri in eadem re. ibi.
Facta indiuidua, quæ viſibilia uel corporalia; diuidua quæ inuiſibilia ſeu incorporalia, nō eſt ſatis tuta diſtinctio. 1320.b
Factum unius rei debendi nocet alteri correo. 1321.d
Facienti ex neceſsitate ſuccurritur. 1366.a
Falſi crimen incurrit, qui tranſigit de crimine publico, quod pœnam non ingerit. 17.c
Falſi crimen dicitur eſſe capitale. ibid.d
Falſi crimen pœnam habet deportationis, & publicationis bonorum. 18.b
Falcidia & Trebellianica. 436.d
Falcidiæ appellatione uenire & Trebellianicam. 437.a
Falcidia prohiberi poteſt a teſtatore. 552.b
Falcidiæ ratio cum initur, inſpicitur quantitas bonorum, quæ tempore mortis eſt. 558.d
Falcidia an locum habeat, cum pars hæreditatis legatur. 561.b
Falcidia locum habet in legatis. ibi.
Falcidia pertinet ad legata particularia. ibid.d
Falcidia ut ceſſet, an tacita prohibitio ſufficiat. 564.c
Falcidia an locum habeat in fideicommiſsis particularibus. 563.a
Falcidia an locum habeat in legatis ad pias cauſas relictis. 571.d
Fama & vox publica loco accuſatoris eſt. 47.c
Familiæ herciſcundæ iudicium ciuile eſt, non prætorium. 1296.a
Familiæ herciſcundæ iudicium rectè competere poteſt poſthumo. 1297.a
Fauor filiorum hoc operatur, ut licet in legato omnium bonorum legitima contineatur, tamen omnino ſit deducenda filiorum legitima. 1370.d
Feriæ non impediunt tutoris dationem. 1290.b
Feudum non eſt proprie contractus. 811.a. & ſeq. late.
Feudum an prælegare pater uni ex liberis poſsit. 737.b
Feudorum origo quæ. 811.a
Feudum an ſit contractus. 815.a. & ſeq.
Feudorum liber an ſit authenticus. 816.a
Feudi diuiſio in hæreditarium, & ex pacto, & ex prouidentia an bona ſit. 816.c
Feudum ex pacto & ex prouidentia quod ſit. ibid.
Feudum hæreditarium quod ſit. 817.a
Feudum ſi concedatur alicui & hæredibus, quæ ſit interpretatio adhibenda. 818.c
Feudi conceſsio hæredibus facta, intelligitur de maſculis. 819 d
Feudum conceſſum pro hæredibus quibuſcunque, an extendatur ad extraneos hæredes & fœminas. 822.b
Feudalis conceſsio pro hæredibus maſculis facta, quomodo accipienda eſt. 823.b
Feudum confiſcatur, quoties ita conceſſum eſt, ut ad hæredes extraneos peruenire poſſit. 852.b
Feudum licet in aliquibus non habeat propriam naturam, in alijs tamen eam retinet. 852.c
Feudum a vaſallo alienatum, abſque domini conſenſu an aperiatur domino uel agnatis. 861.a
Feudum nondum apertum domino, an concedi poſsit abſque conſenſu vaſalli uiuentis. 867.b
Et quid ſi concedatur purè. ibid.
Et quid ſi vaſallus feudum tenens liberos habeat. ibid.
Feudi conceſsio abſque conſenſu capituli realis eſt, & ſucceſſorem obligat. 870.a
Feudum pecunia emptum propriè feudum non eſt. 883.d. & 884 d
Feudum quod poſt mortem patris filiis debetur, non eſt conferendum ſororibus. 897 a
Feudum emptitium filiis ſuccedentibus in hæreditate patris una cum ſororibus, an conferendum ſit, & quid de feudo empto, quod ad primogenitum ſpectat an ſit aliis fratribus conferendum. 899.a
Feudum nouum conceſſum iure antiqui feudi, utrum naturā aſſumat antiqui. 913 b
Feudum eſt beneficium & ex amore domini procedit. 914.d
Feudum in dubio an antiquum uel nouum præſumatur. 915.b
Feudum ad dominum reuerſum, propter lineā finitam, an dominus teneatur, proximioribus agnatis illud concedere. 929 d
Feudum dare an cuilibet rerum ſuarum Domino ſit permiſſum. 930.b
Feudum an dari in dotem poſsit ſine conſenſu domini. 933.d
Feudum an reuertatur ad dominum una cum eo quod vaſallus præſcripſit ultra fines ipſius feudi. 946.a
Feudum an reuertatur ad dominum, ſimul cum iuriſdictione, quam de nouo vaſallus acquiſiuit. ibid.d

Feudo

Feudum an ſit tacitè obligatum vaſallo pro ſumptibus in illo factis. 949.d
Feudo ob vaſalli mortem ad dominum reuerſo, quid ſit de fructibus illius anni ſtatuendum. 953.d
Feudorum in libris, vbi forma & modus agendi traditur, nulla ſit mentio an vaſallus cum venia dominum in ius vocare debeat. 1360.c
Fictio legis ceſſat, vbi agitur de pęna. 116.e
Fideiuſſor an cenſeatur liberatus ea eo, quod eo ignorante creditor debitori dilationem ad ſoluendum prorogauerit. 267.d
Fideiuſſor excuſſionis beneficium vtrum amittat, quoties iureiurando ſe obſtrinxit. 299.c
Fideiuſſores dotium an iureiurando obligentur. 301.d
Fideiuſſor qui in omnem cauſam promiſit, vſuras quoq; præſtare cogitur. 913.b
Fideiuſſor qui ſe obligauit in maiorem ſummam, quàm debebetur, an teneatur ſaltem vſque ad ſummam debitam. 1051.c
Fideiuſſor confiſcatis bonis principalis debitoris, an poſſit cōueniri antequam conueniatur. 1055.d
Fideiuſſor ſi ſe obliget tanquam principalem debitorem in ſolidum, an amittat beneficium excuſſionis. 1054.d
Fideiuſſor iudicatum ſolui in prima inſtantia datus, an teneatur ex condemnatione facta in ſecunda inſtantia. 1058.a
Fideiuſſores dotium an dari poſſint. 1085.c
Fideiuſſor agere poteſt contra principalem debitorem ſi probauerit per confeſſionem creditoris ſe ſoluiſſe. 1099.d
Fideiuſſor de tuto carcere, an incidat in pęnam eo caſu quo reus aufugit, ſed inutilè detinebatur. 1208.a
Fideiuſſor ſub poena de præſentando reum, an incidat in poenam non præſentando reum, ob aliam cauſam accuſatum, ſed non damnatum. 1212.d
Et quid ſi damnatus ſit. ibid.
Fideiuſſor qui reum præſentare promiſit ſub pęna toties quoties &c. an pęnam incurrat ſi reus in carcerem coniectus aufugiat. 1213.b
Fideiuſsor qui reum præſentare intra certum tempus promiſit, an incidat in poenam, ſi non præſentauit, cum interpellatus non eſset ad præſentandum. 1214.a
Fideiuſſor de reo præſentando toties quoties, &c. an liberetur bina præſentatione facta. ibid.
Fideiuſſor inutiliter obligatus, ſi ſoluit ea iuris ignorantia, non repetit. 1259.d
Fideiuſſorum qualitas moderata eſt ab Imper. Iuſtiniano, fauore perſonarum reuerentia dignarum. 1359.b
Fidem ſeruare nemo tenetur ei, qui prius eam non ſeruauit. 135.b
Fides an hoſti ſeruanda à priuatis data hominibus. 1200.b
Fides ſeruanda eſt. ibid c
Fideicommiſſum ſimplex an inducatur ex prohibitione alienationis ea cauſa adiecta, quia teſtator voluit bona conſeruari in familia. 454.d
Fideicommiſſum inducitur quibuſcunque verbis, ex quibus voluntas teſtatoris colligatur. 455.a.& ſeq.
Fideicommiſſa inducuntur ex coniecturis. 505.c
Fideicommiſſis ſucceditur defuncto teſtatori. 510.e
Fideicommiſſo conditionali vtrum admittantur ij, qui nati ſunt poſt conditionis euentum. 513.c
Fideicommiſſa & alienationis prohibitio an extendantur vltra quartum, vel decimum gradum, item vltra centum annos. 350.d
Fideicommiſſum, in dubio, an præſumatur à filio impubere an verò ab hærede eius. 626.d
Fideicommiſſo an cenſeatur renunciatum per diuiſionem, cū clauſula, de non faciendo aliquid &c. 577.a & ſeq.
Fideicommiſſum petens ſub conditione relictum, ſi inſtitutus abſque liberis deceſserit, an teneatur probare grauatum, abſque liberis deceſſiſse. 391.d
Fideicommiſſum reſultans ex prohibitione alienationis iuncta cauſa. *quia volo bona conſeruari in agnatione*, an reſtringatur ad terminos ſubſtitutionis. 1269.a
Fideicommiſsum conditionale an tranſmittatur ad filios præmoriente patre ante euentum conditionis, quando teſtator filiorum habuit rationem, ponendo eos in conditione. 1270.a
Fideicommiſsum conditionale vnitum cum iure accreſcendi, an tranſmittatur ad hæredes. 1270.c
Fideicommiſſarius emens, ſcienter rem fideicommiſſo ſubiectam mortuo teſtatore, an videatur fideicommiſſo renunciare. 1308 a
in Fideicommiſſarium non tranſeunt ea, quæ non recipiunt æſtimationem pecuniariam. 1366 b
Filiatio an probetur ex tractatu & educatione ad effectum obtinendæ hæreditatis. 93.c
Filiusfamilias an habeat exceptionem Macedoniani, quoties iureiurando interpoſito ex mutuo ſe obligauit. 238. c. & ſeq.
Filiusfamilias in profectitijs non habet hæredem. ibid.
Filiusfamilias an in foro animæ teneatur reddere creditori pecuniam mutuò acceptam. 239.d
Filia renuncians ſucceſſioni paternæ cum iuramento, an excludatur a legitima. 307 b
Filius an in dubio pręſumatur legitimus, vel ſpurius. 316 a
Filius in dubio an præſumatur naturalis an ſpurius. 323.d. & ſeq.
Filius an poſſit exhæredari à patre, ſi vxorem abſque eius conſenſu duxerit. 324 c
Filij vt legitimentur per ſubſequens matrimonium, an ſit neceſſe vt inter virum & mulierem matrimonium contrahi potuerit conceptionis tempore. 330.b
Filij an legitimentur per ſubſequens matrimonium, etiā abſque dotalibus inſtrumentis. 332.a. & ſeq.
Filij per inſequens matrimonium legitimentur, ſi eorū parēs clericus fuerit in minoribus ordinibus conſtitutus, eccleſiaſtica habens beneficia. ibid.d
Filij an per ſubſequens matrimoniū an legitimētur, licet inter virum & vxorem honeſtè matrimonium contrahi non poſſit, quia, videlicet, illa erat minus digna. 333.b
Filij ut legitimentur per ſubſequens matrimonium an eorum conſenſus requiratur. ibid.c
Filij an legitimentur per ſubſequēs matrimonium ſi nati ſint ex ijs, inter quos contrahi non potuit, altero tamen ignorāte impedimentum, & in bona fide exiſtente. 334 c
Filius ex damnato coitu natus, ſi Principis reſcripto legitimetur, an abſolutè & per omnia legitimus efficiatur. 336. a
Filius clerici an legitimari poſſit à Principe laico, ut ſuccedat in bonis patris. 338.a
Filius dicitur qui ex legitimo matrimonio eſt natus. 383.c
Filij appellatione intelligitur tam is, qui natus eſt viuente teſtatore, quam qui poſtea. 403.d
Filia hæres an ſit mittenda in poſſeſſionem bonorum feudalium contradicentibus agnatis. 413.a
Filij in conditione poſiti, an cenſeantur vocati. 458.d. & ſeq.
Filij naturales in conditione poſiti, an faciant deficere fideicommiſſi conditionem. 461.d.& ſeq.
Filij naturales Principis reſcripto legitimati, an excludant ſubſtitutum. 462.d.& ſeq.
Filij per ſubſequens matrimonium legitimati ſubſtitutum an excludant ſub ea conditione, ſi grauatus deceſſerit abſque filijs, de vel ex legitimo matrimonio procreatis. 464.a
Filij legitimati per ſubſequens matrimonium in articulo mortis contractum, an excludant ſubſtitutum. 465. c. & ſequeo.
Filij adoptiui ſimiles ſunt filijs legitimis & naturalibus. 470.b
Filij adoptiui non ſunt propriè filij. ſed fictè. 470.c
Nec ſuccedunt contra patris teſtamentum. ibid.
Nec ſunt ea agnatione & familia. ibid.
Nec faciunt deficere conditionem, ſi deceſſerit abſque liberis. ibid.d
Filij ex adoptiuo progeniti dicuntur extranei. ibid.
Filij naturales an faciant deficere conditionem in ſpecie, l.cū auus. ff.de condit.& demonſtr.& l.cum acutiſſimi, C.de fideicommiſſis. 473.b
Filius hæres a patre inſtitutus poſſitne legitimam accipere, & reliquam hæreditatem repudiare. 481.d
Filius renunciando hæreditati, intelligitur renunciare legitimæ. 483.a
Filius inſtitutus non uidetur, cum teſtator ſecutus Galli Aquilij conſilium vſus eſt eius formula in ſubſtitutione. 496.c
Filius an ingrediatur in locum patris in fideicommiſſis. 508.a
Filius reſtituere hæreditatem rogatus an poſſit detrahere legitimam & Trebellianicam. 560.b

Filius.

Filiusfamilias donare cauſa mortis patre conſentiente poteſt, & quare requiratur huiuſmodi conſenſus. 582.e
Filiorum appellatione in legatis, & fideicommiſſis vtrum veniant nepotes. 574.b
Filiusfamilias in iudicio eſſe non poteſt ſine conſenſu patris. 583.a
Filiusfamilias an poſſit donare cauſa mortis ſine conſenſu patris res aduentitias, in quibus pater nullum habet vſumfructum. 584.c
Filiusfamilias an poſſit donare cauſa mortis ipſi patri conſentienti bona aduentitia. 586.d
Filiusfamilias agnoſcendo bonorum poſſeſſionem an aliquid ſibi acquirat. 638.a
Filiusfamil. cur proprio nomine agere poſſit actione, quod vi aut clam: item depoſiti & commodati. 639.d
Filiusfamil. ex omnibus contractibus obligatur. 640.b
Filius emancipatus tenetur conferre omnia bona exceptis Caſtrenſibus, vel quaſi Caſtrenſibus. 642.a
Filia in poteſtate tenetur dotem conferre emancipato. ibid.b
Filij emancipati an conferre debeant, quæ à patre conſequuntur tam ſuis, quã non emancipatis. 642.c
Filiusfamilias an teſtari poſſit de his rebus, quarum vſufructus parenti non acquiritur. 663.d
Filio nocere non debet patris vitium & calamitas. 668.a
Filius legitimatus per reſcriptum principis, an excludat à ſucceſſione parentum filias fœminas, ſtante ſtatuto excluſiuo fœminarum, vbi extant filij maſculi legitimi, & naturales. 675.a
Et quid ſi legitimatio facta ſit, vt comprehendatur in quolibet ſtatuto, & diſpoſitione loquente de legitimis, & naturalibus. ibid.
Filius an poſſit legitimam petere patre viuente, & monaſterium ingreſſo. 693.d
Filiusfamilias teſtamentum facit adiecta clauſula codicillari cum conſenſu patris, quæritur an valeat in vim donationis cauſa mortis. 624.d
Filius dicens ſe poſsidere bona aliqua patris pro ſua legitima, an dicatur adiuiſſe hæreditatem. 750.a
Filij an poſsint reuocare alienata à parentibus vſque ad legitimam. 795.a
Filius excluſus ab hæreditate quando faciat partem alijs. 810.c
Filius an poſsit repudiare hæreditatem patris, & feudum retinere. 819.d
Filius an reuocare poſsit feudum antiquum à patre alienatũ, cum conſenſu domini poſt mortem ipſius patris. 842.e
Filius dicitur agnatus patri. 843.e
Filius ea quæ habet non à patre ſuo, ſed aliunde, facto patris amittere non debet. 843.d
Filium non decet in irritum deducere ea, quæ à parente geſta ſunt. 845.b
Filius an poſſit feudum à patre alienatum, eo viuente, pretio reſtituto redimere. 850.b
Filiæ an dos conſtituenda ſit ex feudo, ſi alia bona non ſuperſint. 897.a
Filij inofficioſam patris donationem reuocare poſſunt, vſque ad legitimam, ſi omnia bona exhauſerit. 898.e
Filij fratrum an ſuccedant in feudo, in ſtirpes, vel in capita. 919.c
Filiorum appellatione in feudis an contineantur nepotes. [illegible].d
Filiorum appellatione nepotes continentur. 931.a
Filia quæ renunciauit hæreditati paternæ an prætextu læſionis enormis reſcindere eam renunciationem poſſit. 1073.a
Filiæ nullum ius competit in bonis patris viuentis. ibid.b
Filiæ quæ renunciauit hæreditati paternæ an ſuccedat patri inteſtato morienti. 1075.d
Filiæ renunciatio paternæ hæreditatis cur iure ciuili non valeat. 1077.a
Filia an poſſit agere ex promiſſione dotis marito facta per patrem, marito vita functo. 1079.b
Filiorum appellatio fœminas non comprehendit. 1114.b
Filia cui teſtamento dos relicta eſt à patre, dotata videtur. [illegible].d
Filiam diuitem an dotare pater teneatur. 1291.c
Filiam diuitem pater alere non tenetur. 1291.d
Filiæ etiam diuiti legitima eſt relinquenda. 1292.b
Filio diuiti alimenta dare, pater non eſt cogendus. 1294.b
Filio iuſtè exhæredato, nepos ex eo prætermiſſus, an rumpat teſtamentum. 1301.b
Filius exhæredatus habetur pro mortuo. 1301.d
Filijs ſuccedunt patri iure proprio. 1302.b
Filius ſi fiat monachus, an locum habeat quod dicitur in l. Gallus. [illegible]
Filius cui aqua & igni interdictum eſt habetur pro mortuo. [illegible].b
Filius deſinit eſſe ſuus, morte ciuili. 1302.e
Filius ſi eſt prætermiſſus teſtamentum eſt nullum, & legata corruunt. 1343.b
Fiſcus venditor an teneatur ſequi forum emptoris, & eius iudicem. 504.b
Fiſcus an excludat vulgarem ſubſtitutum. 480.a
Fiſcus an teneatur inuentarium facere, & ex eo non confecto, teneatur vltra vires hæreditarias. 703.c
Fiſcus ſuccedens in bona vacantia, an teneatur legata & fideicommiſſa præſtare. 705.a
Fiſcus habetur loco extranei hæredis. 855.c
Fiſcus, Principes, ciuitates, & eccleſia Romana an centum annorum præſcriptione gaudeant. 978.b
Fiſcus an obtineat hæreditates, quæ filija rebellium deferentur. 1178.a
Fiſcus an in integrum reſtituatur ſicut minor viginti quinque annis. 1216.d
Fiſcus in pœnalibus in integrum non reſtituitur. 12[illegible]7.d
Fiſcus non eſt hæres debitoris, ſed bonorum poſſeſſor.
Fiſcus eſt creditor priuilegiarius. 1284.d
Fiſcus & dos pari iure cenſentur. ibid.
Fiſcus eſt res priuata ipſius Imperatoris. 1285.d
Fiſcus non præfertur anterioribus creditoribus tacitam hypothecam habentibus. 1286.d
in Fiſco locum habet particularis ſolutio, multò magis in priuato. 1318.b
Fœminæ ſunt incapaces feudorum regulariter. 413.c
Fœminæ an ſuccedant in feudo emptitio. 883.b
Fœminæ an ſuccedat in feudo fœminino. 885.a
Fœminæ an ſuccedant in feudo franco. 887.a
Fœminæ vtrum in feudo ſuccedant, in quo iuramentum fidelitatis eſt præſtandum. 888.d
Fœmina ſemel admiſſa ad feudum, an excludatur à filio maſculo poſtea nato. 890.a
Fœminæ ſimul cum maſculis in feudo an ſuccedant, quod acquiſitum eſt à cohæredibus vtriuſque ſexus. 891.c
Fœminæ locus non patet in feudo, maſculis exiſtentibus. [illegible]
Fœminæ an ſuccedant in feudo, quod eſt acquiſitum pro maſculis cum fœminis. 893.b
Fœmina ſemel à feudi ſucceſſione excluſa, an perpetuò ſit excluſa. 894.a
Fœmina in feudo ſuccedit ex pacto. ibid.b
Fœminæ excluſæ ab hæreditate ſtantibus maſculis vigore ſtatuti perpetuò ſunt excluſæ. ibid.c
Fœnus nauticum an ſit licitum iure canonico. 519.b. & ſeq.
Formula Galli Aquilij ſuppletur per legem Velleiam. 1298.b
Frater vtrinque coniunctus, an præferatur fratri conſanguineo in pupillari ſubſtitutione. 511.b
Frater vtrinque coniunctus præfertur conſanguineo in ſucceſſione ab inteſtato. 511.d
Frater fratris teſtamentum impugnare an poſsit in quo ipſius eſt inſtitutus hæres. 551.c
Fratrum filij vtrum ſuccedant patruo in ſtirpes, an verò in capita. 680.c. & ſeq.
Frater vterinus & conſanguineus quando ſuccedant. 6[illegible]5.d
Frater vtrinque coniunctus an præferatur auo. 687.d
Fratres ex vno latere tantum an ſuccedat ſimul cum parentibus defuncti. 688.a
Frater an ſit admittendus in teſtem pro defenſione fratris. 1218.e
Fructus ex pignore percepti in ſortem debitam non imputantur, cum debitum eſt uſuratum. 13.b
Fructus percepti hæreditatem augent. 75.d
Fructus percepti poſt litem conteſtatam à poſſeſſore, vtrum ſint reſtituendi, ſi res fuerit euicta, quando inſtantia prioris iudicij lapſu temporis perempta fuit. 77.e. & ſeq.
Fructus dicuntur pars rei. 110.d
Fructus ſpectant ad dominum rei. 116.a
Fructus rei venditæ cum pacto redimendi ad quem pertineant ad emptorem vel ad redemptorem. 155.c

Fructus

Fructus diuiduntur pro rata temporis eius anni, quo res a retro uenditur. 156.a
Fructus rerum mobilium dotis ſoluto matrimonio an ſtatim pertineant ad mulierem, an vero intra annum ad hæredes mariti. 327.d
Fructus ad eum ſpectant, qui eſt dominus rei. 328.b
Fructus tempore mortis inuenti in hæreditate, ueniunt in reſtitutionem fideicommiſſi. 445.e
Fructus an imputentur in Trebellianicam, quando filius reſtituere hæreditatem extraneo rogatus eſt. 560.b & ſeq.
Fructus an ſint in Trebellianicam imputandi, quando liberi primi gradus detrahunt etiam legitimam. 561.a
Fructus a ſolo ſeparati non ſunt feudales. 932.e
Fructuum appellatione omnis vtilitas continetur. 955.d
Fructibus conceſſis, intelligitur conceſſus vſusfructus. 956.b
Fructus non præſumuntur conſeruari vltra triennium. 1361.d & 1367.b
Fructibus conſumptis, æſtimatio præſtanda eſt ab hærede. 1362.a
Fructus inuenti in hæreditate ſunt diuerſi a fructibus, quos filius hæres percepit ex rebus hæreditarijs. 1363.d
Fugiens ex carcere, an videatur fateri delictum. 1206.a
Fugiens ex prætorio vel alio loco pro carcere conſtituto, an incidat in pœnam fracti carceris. 1207.d
Fur & moroſus debitor æquiparantur. 1120.c
Furioſus ſi quis poſt commiſſum delictum efficiatur, poſſitne puniri & qua pœna. 1138.b & ſeq.
Furioſus loco abſentis eſt. ibid.e
Furioſus ſatis ipſo furore punitur. ibid.
Fur an ſuſpendi poſſit propter magnum aliquod furtum, perinde ac ſi tria commiſiſſet furta. 1226.b
Fures qui de ſe confeſſi ſunt, an poſſint interrogari de ſocijs. 1227.a
Fures a latronibus differunt. ibid d
Fur an poſſit puniri alibi quam in loco delicti. ibid.

G

Gallus Aquilius non diſpoſuit quidquam directè contra legem, ſed modum ac formam induxit, quo fieret inſtitutio poſthumi non ſui, ſalua lege. 1300.d
Geminati conſenſus magna eſt efficacia. 175.b
Generali bonorum diſpoſitione feudum non continetur. 823.e
Generalis ſermo non continet perſonam loquentis. 912.c
Gloſſa aliquid affirmans extra legem, negari poteſt. 1344.d
Gratia morte Pontificis concedentis non expirat. 671.c
Gratianus in Decreto 19. quæſtio 3. cap. vlum. definitur. 790.a
Gradus ſuccedendi in feudo an connumerandus ſit ſecundum ius ciuile, vel canonicum. 864.e
Gratia delinquenti a Principe conceſſa, an extendatur ad bona confiſcata. 1155.d
Grauatus per fideicômiſſum regulariter poteſt detrahere Trebellianicam. 1362.c & 1363.a
Gregorij de Valentia Hiſpani, Theologiæ Profeſſoris Ingolſtadij elogium. 655.a

H

Haeres videtur eſſe vna & eadem perſona cum defuncto, & oneribus hæreditarijs obſtrictus. 25.a
Hæres in bona fide exiſtens, an ſit condemnandus ad reſtitutionem fructuum ab ipſo perceptorum, ſi defunctus mala fide rem poſſederit. 72.a & ſeq. latè.
Hæres tenetur exonerare conſcientiam defuncti. 84.c
Hæres naturaliter & in foro conſcientiæ tenetur voluntatem teſtatoris adimplere, licet iuris ſolennibus deſtituta ſit. 386.d & ſeq.
Hæres repetere non poteſt legata ſoluta ex teſtamento imperfecto. 387.a
Hæres inſtitutus in re certa, prohibitus plus accipere, verum nullo alio hærede inſtituto totam conſequatur hęreditatem. 405.d
Hæres inſtitutus in re certa loco legatarij habetur, & quomodo id ſit accipiendum. 405.a & ſeq. latè.
Hæres in re certa inſtitutus totam conſequitur hæreditatem, ſi nullus alius ſit hæres. 406.b & ſeq.
Hæres qui ſemel eſt, non deſinit eſſe hæres. 408.a
Hæres ſub conditione inſtitui poteſt. ibid.b
Hæreditas ex die & ad diem dari non poteſt. ibid.d
Hæredis appellatione continetur vniuerſalis ſucceſſor. 421.d
Hæres tenetur ad ſolutionem æris alieni. ibid.
Hæres in re certa inſtitutus, ſitne mittendus in poſſeſſionem ex §. vlt. C. de edict. D. Adr. Toll. 422.b
Hæres non conficiens inuentarium actionem non amittit. 428.a
Hæres qui inuentarium non facit, tenetur ultra vires hæreditarias. 428.b
Hæres inuentarium non conficiens amittit Falcidiam. ibidem. c
Hæres inuentarium conficiens an poſſit creditoribus & legatarijs in ſolutum offerre res hæreditarias. 438.a
Hæres rogatus reſtituere hęreditatem, tenetur rationem reddere fideicommiſſario, & conſequenter inuentarium conficere. 437.b
Hæreditas adita efficitur patrimonium adeuntis. 441.d
Hæreditatem pro parte adire, & pro partè repudiare nemo poteſt. 481.d
Hæreditas ab inteſtato non defertur, quamdiu ex teſtamento adiri poteſt. 482.a
hæres purè grauatus reſtituere hæreditatem, quartam ex Trebelliano deducet, habita ratione totius hæreditatis. 556.a
hæres grauatus reſtituere potior eſt legatarijs, quoad quartæ detractionem. 556.b
hæres rogatus reſtituere hæreditatem ſub conditione de fideicommiſſo ſolo, quartam detrahit. 557.a & ſeq.
hæreditatis pars legari poteſt. 561.a & 803.b
hæres eius qui bona reſtitutioni ſubiecta alienauit, poſſitne ea vendicare. 574.d
hæredem facere cur prætor non potuerit. 634.d
hæreditas pacto dari non poteſt. 648.d
Et quid ſi non tota detur, ſed pars. 649.a & ſeq.
hæreditas infanti delata an acquiratur ſoli patri, ſi mater vel fratres vel ſorores extent. 688.e
hæreditas delata monacho, an immediatè monaſterio deferatur. 698.d
hæres an teneatur vltra vires hæreditarias iure Canonico ſi non confecerit inuentarium. 707.b
Et quid in foro conſcientiæ. ibid. d
hæres an conueniri poſſit actione intra tempus quo inuentarium conficitur. 711.e
hæres qui ſimpliciter adiuit hęreditatem nulla facta proteſtatione de inuentario conficiendo, an habeat beneficium inuentarij. 712.b
hæres qui fecit inuentarium, an poſſit deducere ſumptus factos in litigando pro defendenda hæreditate. 613.b & ſequen.
hæres qui fecit inuentarium, an damnum ſentiat ex interitu rerum hæreditariarum. 714.a
hæres qui fecit inuentarium an deducere poſſit, quod ſibi debetur aduerſus fideicommiſſarium. 717.a
hæres qui inuentarium non fecit, an in ſolidum teneatur præſtare legatum alimentorum. 719.b & ſeq.
hæreditatis diuiſio an peti poſſit poſt longiſſimum tempus. 722.a
hæreditas ſi delata ſit furioſi filio, an poſſit adiri abſque conſenſu patris, ita ut nullum inde emolumentum patri adquiratur. 724.c
hæreditas legitima & iuſta quæ. 729.a
hęreditatem petens tanquam conſanguineus, probare debet ſe proximiorem eſſe. 730.d
hęreditatem petens tanquam proximior ab inteſtato, an teneatur probare, defunctum nullum condidiſſe teſtamentum. 736.b & ſeq.
hæres an præſumatur habuiſſe notitiam eorum, quæ in teſtamento continentur. 738.d
hæreditas an repudiata intelligatur, cum quis dicit ſe nolle eam adire. 740.a
hęreditas an cenſeatur adita per illa verba, volo hæreditatem adire. 741.d
hæreditatis aditio nuda voluntate expeditur. 742.b
hæreditatis aditio an inducatur ex eo, quod quis debita non ſoluerit. 745.b
hęreditatis aditio an inducatur ex habitatione domus paternæ. 746.b
hæreditatis aditio an inducatur ex eo, quod hęres inuenta-

rium confeceris. 747.d
Hæreditatis aditio an inducatur ex ceſſione vel datione in ſolutum, facta proteſtatione in contrarium. 748.c
Hæreditas an videatur repudiata illis verbis; *Credo hæreditatē eſſe reſpuendam, & mihi non expedire.* 755.c
Hæreditatis repudiatio an inducatur ex verbis futurum tempus denotantibus. 756.d
Hæreditas per procuratorem an poſſit adiri. 804.a
Hæreditatis partem nemo adire poteſt, & partem repudiare. 821.a
Hæredis appellatio omnem ſucceſſorem continet. 824.c
Hæres præſtare tenetur factum defuncti. 826.b
Hæres eſt vna & eadem perſona cum defuncto, nec melioris conditionis eſt, quàm defunctus. 835.d
Eiuſque factum præſtare tenetur. ibid.
Hæres qui confecit inuentarium, tenetur factum defuncti ſeruare. 836.a
Hæres reuocare poteſt id, quod in fraudem eius eſt a defuncto alienatum. 836.b
Hæres factum defuncti præſtare debet. 843.b
Hæredis inſtitutio non debet ex alieno arbitrio pendere. 1263.d
Hæres grauatus reſtituere hæreditatem alteri, non tenetur reſtituere fructus quos percepit, niſi fuerit in mora. 1267.d
Hæreditas impropriè dicitur poſt aditionem. 1278.b
Hæreditas ſi fuerit vendita, & vna res euicta, non tenetur emptor de euictione. 1283.b
Hærede ante teſtatorem mortuo, olim teſtamentum efficiebatur caducum. 1297.d
Hæredes omnes tenentur in ſolidum ex indiuidua ſtipulatione defuncti. 1310.d
Hæredis ex perſona non variatur obligationis conditio. 1318.c
Hæres per fideicommiſſum grauatus, remanet hæres. 1362.c
Hæreditas adita deſinit eſſe hæreditas, & efficitur hæredis patrimonium. ibid.
Hæres poſt aditam hæreditatem facit fructus ſuos. 1363.b
Hæres quando detrahit Trebellianicam videtur defunctum repræſentare, & ideo tenetur pro rata actiones ſubire. 1366.d
Hæretici abiurantes hæreſim non puniuntur. 1223.b
Homicidium præſumitur dolo commiſſum. 39.d
Homicidium quomodo probetur eſſe cōmiſſum ad ſui defenſionem. 42.b
Homicida ex propoſito an gaudeat immunitate Eccleſiaſtica 1228.a & ſeq.
Huberti Giphanij Iuris Profeſſoris Ingolſtadij laus. 528.b & 569.c
Hypothecaria actio contra vnum ex poſſeſſoribus rerum obligatarum, an verò contra omnes poſſeſſores pro rata exerceri debeat. 218.d
Hypothecæ ſuppoſita res, non eſt litigioſa, licet lis ſuper ea pendeat inter debitorem, & creditorem. 1259.a
Hypotheca fiſci eſt legalis; priuati, conuentionalis. 1285.b

I

IActare ſuum nemo præſumitur. 216.d
Ignorantia diſſoluta non excuſat. 1146.a
Illa verba, ſi ce eſſet matrimonium, ſic ſunt intelligenda, ſi nullum fuerit matrimonium contractum. 1278.d
Illa verba, præueniat enim cauſam pignoris fiſcus, vt intelligenda. 1285.b
Impedimenta duo vbi ſunt, vno ceſſante non ceſſat alterum. 499.d
Implicat contradictionem in obiecto, quod velit quis conſequi legatum a b hærede, & ſimul ab eo emit rem purè legatam. 1310.a
Imperium merū & mixtum quomodo præſcribatur. 1013.c
Imperium merum an iure Canonico delegari poſſit. 1238.b
Incendium plerunque fit culpa inhabitantium. 107.a
Incluſio vnius eſt alterius excluſio. 473.b
Indebitum ſciens ſoluens donare videtur. 555.b
Indicia ad inquiſitionem ſpecialem de crimine cōtra aliquem legitima quæ ſint. 1153.c
Indicia ad capturam in criminibus legitima quæ. 1199.b
Indicia ad torturam debent eſſe grauia. ibid.
Indiuiduum aliud contractu, obligatione & ſolutione; aliud obligatione & ſolutione: aliud ſolutione tantum. 1324.b
Indiuidua obligatio hoc operatur, vt nec principalis promiſſor, nec hæres ſatisfacere poſſint, niſi totum præſtiterint. 1325.b
Inducta ad vnum effectum non debent eius contrarium operari. 461.c & 494.c
Infans an acquirere poſſit poſſeſſionem. 1006.d
Ingratitudinis cauſa ſi probetur teſtamento non expreſſa, an filij poſſint vendicare hæreditatem. 782.d
Inimicitia cum occiſo, an ſit indicium ad torturam ſufficiens. 1218.b
Iniuriam non facit qui iure ſuo vtitur. 850.a
Iniuria fit tam præſenti quam abſenti. 1145.b
Iniuria per ſcripturam facta, an poſt annum vindicari poſſit. 1146.a
Iniuria per ſcripturam facta non eſt realis. 1146.b
Iniurians an a pœna ſit immunis propter veritatem conuicij. 1146.d
Iniuriarum actione an teneatur is qui dixerit alteri, Tu mentiris. 1149.c & ſeq.
Iniuriarum actione an teneatur is, qui excipit contra teſtes, quod ſint falſarij &c. ſi non probet. 1151.b & ſeq.
Iniuriarum actione an teneatur iudex qui aliquem iniuſtè in carcerem coniecit. 1199.c
Iniuriarum actio non tranſit ad hæredem. 1317.a
Inquiſitio vel accuſatio de crimine falſi, an requirat locum & tempus, ſicut aliorum criminum. 1152.d
Inquiſitio formari non poteſt, ſine legitima diffamatione præcedente. 1154.c
Inquiri an poſſit de crimine ſubditi extra territorium commiſſo. 1159.c
Inquiſitio loco accuſationis eſt: ideo recepta, ne grauiora facinora deficientibus accuſatoribus impunita remaneant. 1159.d
Inſinuatio an requiratur in venditione, vbi clauſula eſt adiecta, ſi quid plutis valet, donat, ſi illud excedat ſummā quingentorum aureorum. 167.c & ſeq.
Inſolidum eſt defendenda venditio, cuius indiuiſa natura eſt. 1311.d
Inſtantia perempta, perinde eſt ac ſi lis mota non fuiſſet. 78.c
Inſtitutio in vſufructu facta vxori, alio poſt eius mortem hærede inſtituto, quomodo accipienda. 407.c
Inſtituta ſi ſit vxor in vſufructu, & nullus alius poſt eius mortem inſtitutus, quæ ſit interpretatio adhibenda. 408.c
Inſtitutus in re certa, an comprehendatur in emphyteuſi pro hæredibus conceſſa. 411.c
Inſtitutio filiorum an extendatur ad eos, quos teſtator ſe habere ignorabat. 498.b
Inſtitutio hæredis non inducitur ex coniecturis. 499.b
Inſtituens hæredem filium & nepotem, vtrum videatur inſtituere ordine ſucceſſiuo, primo ſcilicet filium, & poſt eius mortem nepotem. 499.b & ſeq.
In ſtipulationibus prætoriis vno ex hæredibus promiſſoris contrauenient, vtrum aduerſus omnes pœna committatur? 1314.d
Inſtrumentum an habeat executionem contra eum, qui factum promiſit pro eo quod intereſt ſtipulatoris. 370.b
Inſtrumentum falſum in vna parte, an in totum præſumatur falſum. 1215.b
Inſtrumenta duo hypothecæ ſi proferantur eadem die contracta, vnum fiſci, alterum priuati, ex titulo oneroſo, vtrum, in dubio, præſumatur prius. 1284.d
Intentio principalis ſpectanda eſt, & ideo faciens aliquid vt ſibi proſit, non tenetur, licet alteri noceat. 466.a
Interdici bonorum adminiſtratio non poteſt luſori, libidinoſo & alijs malis artibus addicto. 244.c
Intereſſe an ſit reſtringendum ad duplum in delictis. 63.b & ſeq.
Interpretatio ſumi debet, per quam hæres minus grauatus ſit. 494.b
Interdicto recuperandæ agens quid probare debeat. 990.a
Interpretatio illa non eſt recipienda, per quam repugnantia inducitur. 494.c

Inter-

Interdicta ſunt perſonales actiones. 997.a
Interdicto *uti poſſidetis* agens, probare debet poſſeſſionem nõ per unum ſolum teſtem. 1003.a
Interdicto *uti poſſidetis* quis obtineat, cum uterque litigator ſuam poſſeſſionem probat. ibid.c
Interpellatio non eſt neceſſaria, ubi dies eſt, & pœna obligationi adiecta. 1214.b
Inter principalem debitorem, & ipſius hæredes maxima eſt ratio differentiæ. 1318.c
Interpellatio debet præcedere in quacunque alienatione. 1337.c
Interpretatio in dubio, ſemper facienda per quam abſurditas, & iniuſtitia euitari poſſit, & illa quæ neutri partium eſt ca ptioſa. 1341.c
Inter mulierem & fiſcum ſi agitur de dotis hypotheca, quid iuris? 1286.c
Inteſtatus an dicatur deceſſiſſe pupillus 492.b
Inteſtatus moriens uocat hæredes ab inteſtato uenientes. 1075.d
Inuentarij conficiendi tempus an incipiat currere ex die aditæ uel delatæ hæreditatis. 430.a
Inuentarium hæredis an ſit conficiendum in præſentia Iudicis 431.b.& ſeq.
Inuentarij beneficium an amittat hæres, qui ſcienter omiſit res aliquas in inuentario deſcribere. 431.d & ſequen.
Inuentarij confectio an poſſit remitti a teſtatore in præiudicium legatariorum & creditorum. 709.b
Inuentarium ab hærede confectum an proſit fideicommiſſario. 715.b
Inuentario confecto ab hærede, eodemque emptore rei euictæ, quæ ratio ſit adhibenda, ratione euictionis. 716.a
Inuentarij confectio facit ut hæres nullum damnum incurrat. 836.a
Inuentarii confectio operatur ut hæres ſit in eo ſtatu, in quo erat ante hæreditatem aditam. 837.a
Inueſtituræ tenor in feudis maximè ſpectandus eſt. 818.b
Inueſtiti ſi fuerint duo de eodem feudo, uter præferatur. 874.d
Inueſtitura in feudis idem operatur quod traditio rei. 875.a
Inueſtiri debet tradi poſſeſſio feudi. 875.b
Inueſtiti ſi fuerint duo de eodem feudo a Principe, uter præferendus. 876.a
Inueſtitura propriè dicitur poſſeſſio. 876.a
Inueſtituræ tenor ſpectandus eſt. 914.b
Inuitus nemo in communione retinetur. 722.c
Ioannis Ceuli Piſani ratiocinatio & commendatio. 1364.b
Irregularitas incurritur ex ſola culpa. 50.b
Iudæus an poſſit purgare moram? 1363.d
Iudæi iure ciuili Romanorum utuntur. ibid.
Iudæus poteſt præſcribere. 1364.a
Iudæis iuris rigor & ſeueritas ſeruanda. ibid.
Iudæus non poteſt habere Chriſtianum in mancipium, ſed bene in aſcriptitium. ibid.
Iudex inquirere an poſſit ex officio in delinquentes, eoſque punire. 46.a.& ſeq.
Iudex an teneatur pronunciare ſuper incidenti quæſtione. 57.d.& ſeq.latè.
Iudex an teneatur expreſsè pronunciare ſuper illa quæſtione An ſit competens. 58.d
Iudex ſecularis de cauſa ſpirituali quoad ea quæ conſiſtunt in facto, cognoſcere an poſſit. 59.b
Iudex delegatus an ſubdelegare poſsit alium, ſi talem habet a delegante poteſtatem. 59.d.& ſeq.latè.
Iudex incertus dari non poteſt. 60.b
Iudicem dare qui poſsit. 61.a
Iudex an teneatur minorem 25. annis delinquentem leuius punire. 91.c.& ſeq.latè.
Iudex a quo eſt appellatum, ſi appellationem admiſerit de cauſa cognoſcere amplius non poteſt. 101.b
Iudex an teneatur regulariter admittere appellationem ab interlocutoria. 100.c
Iudex eccleſiaſticus de quocunque peccato mortali cognoſcere poteſt, & peccantem cogere ad pœnitentiam per cenſuras eccleſiaſticas. 183.d
Iudex iuſtè pronunciat teſtamentum nullum, quod ſolemnibus caret, & iuſtè adiudicat legitimis hæredibus hæreditatem. 388.b
Iudicis arbitrio relinquuntur, quæ iure definita non ſunt. 915.b
Iudex competens de poſſeſſorio rei eccleſiaſticæ quis ſit. 1001.c
Iudex boni & innocentis uiri officio fungi debet. 1113.c
Iudex quilibet an poſsit punire teſtem coram ſe falſum deponentem. 1164.c
Iudex cuius arbitrio pœna eſt commiſſa, an & quando pœnã mortis imponere poſsit ac debeat. 1188.c
Iudex in criminibus an poſsit a captura incipere, nullis indicijs præcedentibus. 1198.c
Iudex an teneatur actione iniuriarum ſi aliquem in carcerem iniuſtè coniiciat. 1199.c
Iudex an poſsit reo impunitatem promittere, ut delictum fateatur. 1203.b
Iudex an poſsit ſaluumconductum bannito uel condemnato concedere. 1204.a
Et an teneatur eum ſeruare, ſi dedit, cum de iure non poſſet. 1205.b
Iudici de facto procedenti licet reſiſtere. 1211.a
Iudex debet iudicare ſecundum leges & conſtitutiones, & iuris regulas, non autem pro ſuo arbitrio & libitu. 1286.a
In Iudicus bonæ fidei uſuræ præſtantur ex mora. 1321.d
Iudicium ſummarium caret forma ueri iudicij. 1352.b
Iudex ſemper mouetur ex aliqua cauſa, vera vel falſa, in danda ſententia. 1354.b
Iudex poteſt recipere ex officio libellum continentem contraria. 1357.d
In Iudicijs ſummariis vbi lis non conteſtatur, non eſt locus reconuentioni. 1358.c
Iudici tacitè intelligitur mandatum ut iuſtè iudicet. 1364.d
Iudices delegati a ſententia neceſſe eſt appellare. ibid.
Iuramentum ſequitur naturam actus ſuper quo interponitur. 13.a
Iuramentum ſeruari debet, ubi abſque diſpendio ſalutis æternæ ſeruari poteſt. 13.b
Iuramentum nemo commutare poteſt authoritate propria, etiam in melius. ibid.
Iuramentum, iniquitatis uinculum eſſe non debet. 13.d
Iuramentum & promiſsio ſub fide æquiparantur. 24.c
Iuramentum eſt perſonale, quoad effectum periurii. 25.b
Iuramentum ſuppletorium in cauſis criminalibus, an locum habeat, diſcutitur latè. 27.d
Iuramentum purgationis aliquando defertur in cauſis criminalibus. 28.c
Iuramentum in ſupplementum probationis ut deferri poſsit, an ſit neceſſario petendum latè diſcutitur. 28.c.& ſeq.
Iuramentum in ſupplementum an poſt concluſionem in cauſa peti poſsit. 29.c.& ſeq.
Iuramentum ſuppletorium poteſt deferri, licet ante concluſionem in cauſa petitum non fuerit. 29.d
Iuramentum ſuppletorium ſitne deferendum reo an actori, latè. 29.d.& 30.a.& ſeq.
Iuramentum an recuſari poſsit, ſi offeratur ab eo, qui conatur ſuam intentionem probare, nec probauit, latè diſcutitur. 32.d. & ſeq.
Iuramentum an deferri poſsit, vbi non poteſt referri. ibidem.
Iuramentum delatum a parte an recuſari poſsit, ſi illud deferens nil probauerit. 32.d.& 33.a
Iuramentum an recuſari poſsit, ubi periculum eſt, ne periurium detegatur. 33.b
Iuramentum & ſententia æquiparantur. 34.b
Iuramentum contractum confirmat. 67.b
Iuramentum facit, ut actus ualeat omni meliori modo quo poteſt. 160.c
Iuramentum non obligat, ubi deeſt conſenſus. 160.d
Iuramentum omne eſt ſeruandum, quod ſine diſpendio ſalutis æternæ ſeruari poteſt. 161.a
Iuramentum non obligat, ubi dolus interuenit. 161.d
Et an requiratur abſolutio a tali iuramento. ibi.
Iuramentum non debet eſſe uinculum iniquitatis. 162.a
Iuramentum an conſtituat debitorem in mora abſque interpellatione. 162.b
Iuramentum conſtituit in mora abſque interpellatione. 200.b ibidem.
Iuramentum non porrigitur ad incogitata & incognita. 237.c

Iuramentum habere debet tres comites: iuſtitiam veritatem, & iudicium. 242.b
Iuramentum dicitur habere vim conſenſus geminati. 282.d
Iuramentum contra bonos mores non obligat. 283.c
Iuramentum temerarium, & illicitum non obligat. 283.d
Iuramentum an repetitum videatur prorogatione temporis debitori facta ad ſoluendum. 290.a & ſeq.
Iuramentum an cenſeatur repetitum prorogatione compromiſſi facta. 291.a & ſeq.
Iuramentum eſt res ſpiritualis; ideo Princeps ſecularis de eo diſponere nequit, ſed iudex Eccleſiaſticus duntaxat. 298.a
Iuramentum eſt relaxandum, quoties ſeruari nequit ſine peccato eius cui præſtitum eſt. 299.b
Iuramentum an preciſè obliget ad factum. 301.a
Iuramentum quando dicatur non poſſe ſeruari, ſine diſpẽdio ſalutis æternæ. 1077.a & ſeq.
Iuramentum facit, vt actus qui alioqui non valet confirmetur. 1077.d
Iuramentum contra bonos mores non obligat. 1078.a
Et quomodo accipiendum. ibid c
Iuramentum ſequitur naturam actus ſuper quo interponitur. 1087.d
Iuramentum non confirmat actum ſimulatum. ibid.c
Iuramentum non debet eſſe vinculum iniquitatis. 1089.b
Iuramentum metu extortum an obliget. 1123.d
Iuramentum vi & metu extortum obligat in foro conſcientiæ non autem in foro externo. 1124.b
Iuramentum præciſe obligat ad factum quãdo ſeruari poteſt: ſi ſecus, per æquipollens ei ſatisfit. 1334.d
Iuramentum omne, quod ſine diſpendio ſalutis æternæ ſeruari poteſt, ſeruandum eſt iure canonico, licet iure ciuili reijciatur. 1346.a
Iuramentum non poteſt efficere, quod per rerum naturam fieri non poteſt. 1346.b
Iurans ſuper aliquo facto, videtur iurare ſuper omni iure deſcendente ex illo facto. 160.c
Iurans præſumitur conſulto & conſideratè omnia facere. 163.d
Iura ex fideicommiſſo an tranſeant abſque reali & verbali reſtitutione in Eccleſiam, vel ciuitatem fideicommiſſariam. 1035.c
Iure iurando cauſa finita retractari poteſt ob quamcunque læſionem. 185.a
Iuri canonico ſtandum eſt in caſibus iure ciuili non deciſis. 122.c
Iuris ignorantia excuſat a dolo. 23.a
Iuris ignorantia non prodeſt acquirere volentibus. 1021.b
Iureconſulti munus eſt iura interpretari, non emendare vel tollere. 1297.c
Ius ſibi dicere nemo poteſt authoritate propria. 117 c
Ius redimendi ex pacto, vtrum vni ex venditoribus competat. 130.d & ſeq. latè.
Ius redimendi quod ex pacto competit alicui, an in aliũ transferri poſſit. 149. b
Ius accreſcendi non impedit tranſmiſſionem. 476.b
Ius accreſcendi an locum habeat, cum non ipſo iure, ſed ope exceptionis portio deficit. 526.d & ſeq.
Ius accreſcendi an locum habeat in legato vſusfructus. 610. a
Ius accreſcendi an locum habeat in feudo nouo a Principe cõceſſo. 919.d
Ius accreſcendi an locum habeat in feudo, quod duobus ſimul conceſſum eſt, & cuiuslibet eorum deſcendentibus. 920. d
Ius accreſcendi an tranſeat in emptorem hæreditatis. 1252. a
Iuri accreſcendi locus eſt in emphyteuſi veteri. 1304.d
Ius accreſcendi an tranſeat in emptorem. 1338.d
Ius accreſcendi imitatur naturam alluuionis, & ideo portionẽ ſequitur, non perſonam. 1339. b
Ius accreſcendi tranſire ad venditorem hæreditatis communior eſt ſententia. 1340.a
Ius accreſcendi eſt quædam tacita ſubſtitutio. 1340.b
Ius accreſcendi immediatè ex lege inducitur, & ex voluntate quadam tacita teſtatoris. ibid.c
Ius accreſcendi non habet locum inter ſuccedentes diuerſo iure. ibid.d
Ius accreſcendi tranſmittitur ad hæredem. ibid.
Ius accreſcendi natura & proprietas non eſt vt portio ſequatur portionem abſolutè, ſed vt ſequatur portionem per ſe coniunctæ. ibid.
Ius conferendi Eccleſias vel præbendas præſcribi poteſt. 1017. a
Ius commune ſeruatur in feudis deficiente iure feudali. 850. d
Ius in ſpe quæſitum alteri facto alterius, auferri poteſt eiuſdẽ facto. 825.d
Ius in ſpe facilius tollitur. 902.d
Quomodo accipiendum. 903. c
Iuris ignorantia non nocet ſuum petentibus. 1259.b
Iuris ignorantia an ſit lata culpa. 1260.b
Iuris ignorantia minoribus, mulieribus & militibus culpæ nõ adſcribitur. 1261.b
Iura vniuerſalia ſumptibus non minuuntur. 1283.c
Iure facta inſtitutio poſthumi, intelligendum iure prætorio. 1296.d
Iure communi moram purgare licet. 1363.d
Ius ciuile admittit interpretationem quæ procedit de ſimilib. ad ſimilia. 1299.b
Ius quod non acquiritur ei cui renunciatur, remanet penes renunciantem. 1307.a
Ius futurum, in dubio, nunquam intelligitur venditum, ſed tantummodo quod de præſenti competit. 1341.b
Ius eſt cuique ædes ſuas altius tollere. 1355.d
Ius Patronatus Eccleſiaſticum an poſſit a laicis præſcribi. 1014. d
Ius patronatus laicis conceſſum, ratione fundationis vel donationis. 1015. c
Ius patronatus ſpirituale eſt. ibid.
Ius patronatus ad hæredes transfertur. 1016.a
Ius patronatus an tranſeat in fideicommiſſarium. 1366.b
Ius patronatus tranſit ad hæredem extraneum. ibid c
Ius patronatus tranſit cum vniuerſitate. ibid.
Iure permiſſum non eſt, vt pater poſſit hæredem dare filio ſuo puberi; cum ipſe teſtari poſſit, & hæredem inſtituere. 1363. c
Ius priuatorum in concernentibus, ſemper ſit coæquatio reſpectu numeri perſonarum, vel reſpectu maioris iuris. 1367 c
Ius retractus iuri communi aduerſatur. 855.a
Ius ſepulchrorum non tranſit in fideicommiſſarium. 1367 a
Iuſta cauſa excuſat a dolo, & ab expenſis; ergo & a pęna compromiſſi. 1365.c
In ius vocatio olim permiſſa, vi adhibita. 1358.d
In ius qui vocantur hodie, non ducuntur. ibid.
Iuſtiniani tempore obliterata fuiſſe videtur violenta illa manus iniectio, de qua in tit. de in ius vocando. 1359. b
In ius vocatione, non adhibita etiam violenta manus iniectione, reuerentia certis perſonis debita læditur. ibidem.

L

LAeſus caſu fortuito non reſtituitur. 66.a
Læſio allegari non poteſt, cum res eſt dubia & incerta. 185. a
Læſio enormis arbitrij eſſe dicitur, quoties eſt in ſexta parte. 190. b
Læſio ſi cõtingat in æſtimatione rei dotalis, citra tamen dimidium, an ſit locus reſciſſioni. ibid. d
Læſio & deceptio allegari poteſt, quoties ex futuro euẽtu commodum vel incommodum ſequi poteſt. 419.c
Læſio vt cognoſcatur, inſpicitur tempus rei geſtæ. ibid.
Læſio immodica dolo æquiparatur. 1073.d
Læſio conſideratur habita ratione temporis, quo res geſta eſt. 1074. a
Læſæ Maieſtatis crimine ſi defuncti memoria damnari poſſit. 1173.d
Læſæ Maieſtatis crimine an iure ipſo bona confiſcentur. 1174. c

Læſio

Læſio allegari non poteſt, quando conuentio dubia eſt, & incertum an damnum vel lucrum allatura ſit. 1033.b
Laicus iura ſpiritualia poſſidere non poteſt. 1015.c
Laici decimas acquirere non poſſunt, etiam præſcriptione tẽporis. 1015.d
Lata culpa eſt non intelligere quod omnes intelligunt. 1260.c
Lata culpa dolum repræſentat. ibid.
Laudemium an ſit domino ſoluendum pro conſenſu præſtito alienationi feudi. 957.a
Legatæ rei dominium tranſit in legatarium ex die aditæ hæreditatis. 115.b
Legatum in arbitrium alterius conferri poteſt. 129.c
Legatarius excluditur præſcriptione triginta annorum. 154.c
Legata non debentur a poſthumo ignoranter præterito. 401.a
Legata an conſeruentur teſtamento reſciſſo præteritione poſthumi ignoranter facta. 403.c & ſeq
Legatum vſusfructus omnium bonorum teſtamento relictum vxori, alio poſt eius mortem hærede inſtituto an valeat. 409.c & ſeq.
Legatum vſusfructus ex die aditæ hæreditatis cedit. 409.c
Legatum annuum centum annorum ſpatio extinguitur. 536.b
Legatorum onus nominatim iniunctum hæredi grauato non ſpectat ad fideicommiſſarium. 556.b
Legatorum onus ſpectat ad fideicommiſſarium. ibid.
legari poteſt hæreditatis pars. 561.a
legata an remedio executiuæ peti poſſint. 591.c
legatum an verò donatio inter viuos dicatur eſſe, cum quis in teſtamento donat aliquid præſenti & acceptanti. 592.a & ſequen.
legari poteſt dictantibus teſtamentum, & teſtibus in teſtamẽto præſentibus. 592.c
legatum relictum creditori an ſit compenſandum cum debito. 594.a
Et quid ſi legatum conſiſtat in ſpecie, & debitum in quantitate. 595.b
Et quid ſi debitor dixit ſe legare ex bonis proprijs. 596.b
legatum viro relictum ab vxore an cõpenſetur cum lucro dotis, quod ex ſtatuto defertur. 597.a
legato feudo an hæres teneatur præſtare æſtimationẽ. 597.b
legatum rei alienæ an iure canonico valeat. 598.d
legata ab inſtituto relicta nominatim, an videantur a ſubſtituto repetita. 599.d
legatum ab extraneo relictum Epiſcopo, an Eccleſiæ acquiratur. 601.d
legatum Canonicis relictum cui adquiritur. 602.b
legatũ vxori relictum an debetur primæ vel ſecundæ. 602.d
legatum dotis vel pro dote, an ſit purum vel conditionale. 604.b
legatum puellæ ſub conditione ſi fuerit matrimonio copulata, an debeatur contractis nuptijs ante copulam carnalẽ 609.d
legata liberatione adminiſtratori, an videatur relictũ id quod debet ex doloſa adminiſtratione. 611.a
legatum an cenſeatur ademptum, cum teſtator dixit Lego Sẽpronio, quod Caio legaui. 612.b
legauit quis puellæ mille, ſi nupſerit: ſi verò monaſterium ingreſſa, ducenta: an mille debeantur eidem monaſterium ingredienti. 614.c
legauit pater filiæ ſuæ pro dote quadringenta, poſtea viuens eam collocauit dote ducentorum data, an filia poſſit petere reſiduum. 615.b
legatum an conferri poſſit in alienam voluntatem. 618.b
legatum an conferri in hæredis voluntatem poſſit. 619.b
legato Caſtro cum pertinentijs, an veniant bona particularia & prædia. 625 d
legatum obſcurum, an in fauorem Eccleſiæ, & piæ cauſæ latius interpretandum ſit. 710.d
legatum non valet cum teſtator ius non habet, quod morte eius extinguitur. 761.c & ſeq.
legata pia an debeantur hæreditate non adita. 790.b
legatum an repudiari poſſit in alterius præiudicium. 791.c
legari quibus non poteſt, ijs nec hæreditas dari poteſt. 1295.b
legari illis ſolum poteſt, cum quibus teſtamento factio eſt. 1295.d
Legatarius emens ſcienter rem fideicommiſſo ſubiectam mortuo teſtatore, verum videatur fideicommiſſo renunciare. 1308.a
legatario cum abeſt rei precium, res abeſſe videtur. 1039.b
legatarius ſi conſentiat alienationi rei legatæ, amittit legatum. ibid. c
legatarius eſt dominus rei iure quodam extraordinario. ibid. d
legatario ementi rem ignoranter, datur actio: ergo ſecus, ementi ſcienter. 1310.b
legitimæ ſupplementum debetur filio vna cum fructib. ex die mortis patris. 115 b
legitimatio filij nati ex adulterino coitu vt valeat, quid ſit narrandum Principi in libello ſupplici. 336.d
legitimatio filij ſpurij an valeat, ſi ſpecies ſpurietatis expoſita non ſit. 339.c
legitimationem fieri debere abſque præiudicio venientium ab inteſtato, quomodo accipiendum. 340.a
legitimæ an ſit imputandum id quod auocatur a Vitrico vel Nouerca ex l. hac edictali. C. de ſecundis nuptijs. 348.c & ſeq.
legitimati æquiparantur legitimis. 384.a
legitima filiorum ex quibus rebus detrahenda ſit. 414.b & ſeq.
legitima non detrahitur ex rebus primogenituræ ſubiectis. ibid.
legitima detrahitur ex bonis feudalibus, & Emphyteuticis hæreditarijs: ſecus ex non hæreditariis. ibid. & ſequen.
legitima debetur ex ſubſtantia patris. 415.a
legitima filiorum an augeatur, auctis patrisfamilias facultatibus. 417.d
legitima filio aſſignata a patre viuente, an augeatur bonis patrisfamilias auctis. 419.a
legitima parentum & fratrum an ſit triens, vel quadrans. 420 b & ſeq.
legitima matris quanta ſit, ſi filius teſtamento condito duos fratres vtrinque coniunctos inſtituit, & matrem in legitima. 421.b
legitima ſitne parentibus titulo inſtitutionis relinquenda. 422.a
legitima an augeatur vel minuatur ex perſona filiorum qui non poſſunt ſuccedere. 422.c & ſeq.
legitima filiorum an ſtatuto poſſit tolli vel minui. 425.b
legitima an poſſit filio aſſignari in pecunia numerata. 427.b & ſeq.
legitimam filius an amittat propter inuentarium non confectum. 428.a
legitimæ præfertur æs alienum, ſed non legata vel fideicommiſſa. 428.d
legitimatus non eſt propriè legitimus. 463.a
Sed contra. ibid.b & ſeq.
legitimatus non ſuccedit in feudo. 463.a
legitimati per ſubſequens matrimonium videntur eſſe nati ex legitimo matrimonio. 464.a
legitimati per ſubſequens matrimonium ſuccedunt in feudis. 465.a
legitima an ſit pars bonorum vel hæreditatis. 482.c
legitima intelligitur deducto ære alieno. 482.d
legitima debetur fratri, quando turpis perſona inſtituta eſt. 518.b
legitima excipienda eſt de reſtitutione fideicommiſſi. 546.b
legitima non imputatur in Trebellianicam, nec contra. 549.a & ſeq.
legitima filiorum portio quanta ſit, quando detrahenda eſt ex bonis patris confiſcatis. 665.a
legitima vt reſtitutioni ſubijciatur per fideicommiſſum, ſitne aliquis modus iuri conſentaneus. 666.a & ſeq.
legitimari non poſſunt filij illegitimi per reſcriptum ſtantibus filijs legitimis & naturalibus. 678.a
legitima non debetur filio, viuente patre. 694.a
legitima eſt pars hæreditatis. 750.b
legitimam an filius retinere poſſit, & hæreditatem repudiare, ſi habeat vulgarem ſubſtitutum. 750.d
legitimam an filius amittat, ſi legata pia ſoluere neglexerit. 778.b

Legitima filiorum an ſit ex feudo hæreditario detrahenda. 896. c

Legitima filiarum ex feudo empto a patre an detrahi poſſit. 897 a

Legitima non debetur ex rebus reſtitutioni ſubiectia. ibid. c

Legitima debetur detracto ære alieno. ibid.

Legitimatio ius quæſitum alteri, auferre non debet. 905. b & ſeq.

Legitimati per ſubſequens matrimonium, an ſuccedant in feudo conceſſo pro natis ex legitimo matrimonio. 903. d

Legitimatus per reſcriptum an præferatur ſubſtituto. 1336. b

Legitimati per ſubſequens matrimonium, an excludant ſubſtitutum ſub conditione, ſi inſtitutus deceſſerit abſque filijs de legitimo matrimonio natis. 1344. a

Legitimatus per ſubſequens matrimonium pro legitimo habetur. ibid d

Legitima filiorum an contineatur in legato vſusfructus omnium bonorum mortuis filijs, & hæreditate deueniente ad ſubſtitutos pupillares. 1370. b

Lege naturali & diuina præcipitur ne quis alteri detrahat. 46. b

Leges præſcriptionem inducentes cum mala fide, quomodo ſint ſublatæ iure canonico. [illegible]

Lege Cornelia de Sicarijs tenetur is, qui cum telo ambulauerit hominis occidendi gratia. 51. b

Conſuetudine abrogata eſt, & quomodo. ibid.

Leges humanæ, ſi ſint iuſtæ, obligant in foro conſcientiæ. 708 a

Leges poſteriores præferuntur prioribus. 867. a

Leges priores a poſterioribus ſupplentur, eiſque corriguntur. 1135. a

Leges debent ab omnibus ſciri. 1260. b

Lex interpretanda eſt vt titulo congruat. 22. d

Lex interpretans accipienda eſt ſecundum legem interpretatam. 35 a. d

Lex, cum quis. C. de iuris & facti ignor. explicatur. 1259. b

Lex, petens, C. de pactis, explicatur. 1261. c

Lex, ſi ſuperſtite. C. de dolo explicatur. 1263. a

Lex a. C. de his quæ vi metus ve cauſa fiunt declaratur. 1264. b

Lex Centurio, ff. de vulg. & pupill. ſubſt. in ſenſu illorum verborum, *cum fructibus inuentis in hæreditate*, examinatur. 1266. b

Lex potentius operatur, quam homo. 1285. b

Lex vlt. C. de dotis promiſſ. an locum habeat, vbi filia renunciauit bonis maternis & paternis, &c. 1292. c

Lex Gallus, ff de liber. & poſthum. expenditur. 1294. d

Lex caducaria olim locum non habebat in deſcendente & aſcendente vſque ad tertium gradum. 1298. a

Lex Velleia omnes rumpendi teſtamenti caſus complexa eſt. 1298. b

Lex permittens diuiſionem, permittit etiam adiudicationem. 1304.

Lex non obligat ad impoſſibile. 1326. b

Lex, licet referat caſum ſpecialem, eſt tamen generaliter accipienda. 1342. d

Lex, & ideo, de verb. obl cum l. Martius. ff. locati. & l. mora. §. penult. ff. de vſuris, cum l. penult. ff de duobus reis, conciliantur. 1321. b

Lex, vſuræ, C. de vſuris, explicatur de vſura centeſima, quæ ſit 1335. c

Legis 4. §. Cato. de verb. obliga. diſcutitur. 1347. d

Idem §. Cato vlterius examinatur. 1348. c

Is ipſe §. Cato. tertiò enbatur. 1349. a

Lex, vendicantem cum l. ſeq. C de euictione. 1353. a

Lex, qui Romæ, §. duo fratres, de verb. obliga. conciliatur cum l. reſcriptum, § ſi pacto. ff. de pactis. 1354. d

Lex, ſi vnus, §. pactus, de pactis conciliatur cum l. Stichum. §. naturalis, ff de ſolution.

Libello famoſo crimen verum obijciēs an in pœnam incidat. 1149. b

Libellus generalis vtrum in dote procedere & admitti debeat. 1283. d

Libellus qualis eſſe debeat. ibid.

Libellus quo legitima petitur generaliter, valet. 1284. c

Libertus in ius vocare patronum non poteſt ſine venia. 1[illegible] b

Libertas eſt inæſtimabilis. ibid. a

Lictores qui ex iudicis mandato aliquem capere debent, & in carcerem conijcere, an poſſint impunè occidere reſiſtenſq;. 1311. d

Et an fugientem vulnerare poſſint, vel occidere, ſi aliter capere non poſſint. 1312. b

Litis conteſtatione non fit deterior conditio litigantium. 79. d

Litis conteſtatione cauſa non efficitur deterior. 1045. b

Litigator non præſumitur tam diligens fuiſſe in iudicio ſummario, ſicut in ordinario. 1352. a

Litis conteſtatio in poſſeſſorijs interdictis eſt neceſſaria. 1358. a & ſeq.

Exceptiones vide. ibid.

Locatio an ſit, cum pro mercede non datur pecunia, ſed aliud. 102. c & ſeq.

Locator an teneatur de incendio rei conductæ. 206. d

Locator expellere poteſt conductórem ob penſionem non ſolutam. 217. c

Locupletiorem aliquem factum eſſe ex contractu, quomodo probetur. 216. b

Lucri ſpecies eſt, cum quis habet beneficij debitorem. 1339. c

M

MAcedoniano S. C. an poſſit renunciari a filiofamilias. 238. a

Magis inſpicitur & præualet quod eſt in veritate, quam quod in opinione teſtatoris. 1269. c

Malæ fidei poſſeſſor an & quomodo vtiles impenſas auferre poſſit. 70. a & ſeq.

Mala fides per litis conteſtationem inducitur. 77. b & ſeq.

Mala fides impedit præſcriptionem omnem. 81. b & ſeq. late.

Mala fides authoris, vtrum noceat bonæ fidei ſucceſſori. 84. a & ſeq late.

Mala fides contra poſſeſſorem poſt longiſſimum tempus allegari non poteſt, & quomodo id accipiendum. 85. a & ſequent.

Mala fides dicitur, cum quis ſcientiam habet rei alienæ, & ſuæ obligationis. 154. b

Mala fides defuncti an noceat hæredi bonæ fidei, & quid ſi inuentarium confecerit. 1018. c

Malam fidem habere dicitur, qui contra iura mercatur. 1020. b

Mala fides reſpectu vnius an impediat præſcriptionem reſpectu alterius. 1029 d

Malefic orum bona an ſint confiſcanda. 1222. a

Maleficia videntur eſſe coercenda ſicut hæreſes. ibid.

Mandans hominem vulnerari & proteſtans ne occidat, ſi mandatarius eum occiderit, pœna homicidij an teneatur. 49. b

Mandare iuriſdictionem, & iudicem dare, ſiue delegare differunt. 98. c

Mandatum habens ad vendendum vel locandum, an cenſeatur etiam illud habere ad precium accipiendum. 274. a

Mandans delictum fieri, an ſit puniendus in loco delicti commiſſi a mandatario, aut in loco, in quo mandatum dedit. 1163. d

Maritus dotem accipiens ante contractum matrimonium, dominus eius efficitur, ſi ſuſtinet onera matrimonij. 236. c

Maritus an poſſit expellere vxorem, ſi non ſoluatur ei dos promiſſa. 318. d

Maritus putatiuus an habeat legis beneficium, vt non teneatur, niſi in quantum facere poteſt. 1282. a

Maritus vbi matrimonium non valet, fructus dotis non lucratur, ſed eos reſtituere tenetur. ibid b

Marito putatiuo non ea debetur reuerentia, quæ vero marito. ibid. c

Maſculus exiſtens in gradu remotiore lineæ diuerſæ an excludat fœminam a feudi ſucceſſione in propinquiori gradu exiſtentem. 893. b

Maſculinum concipit fœmininum, an ſemper. 1115. b

Mater quæ ad ſecundas nuptias tranſierit, vtrum legitimæ ſupplementum petere poſſit in bonis filij, qui ei minus legitima portione reliquit. 1341. a

Matrimonium ex copula carnali præſumitur, quoties ſponſalia præceſſerunt: & vtrum probatio in contrarium admittatur, per confeſſionem partis. 309 b
Matrimonium an præſumatur ex copula præcedentibus ſponſalibus cum ſponſa incerta. 309.b
Matrimonium an ſit præſumendum ex copula carnali per metum mortis ſecuta, præcedentibus ſponſalibus. 310.a
Matrimonium præcedentibus ſponſalibus, an præſumatur ex ſolo nixu ad copulam. 311.d
Matrimonium an præſumatur ex deductione in domum ſponſi, ubi ſponſalia præceſſerunt. 312.b
Matrimonium ex cohabitatione uiri & mulieris an præſumatur ad effectum, ut filij habeantur pro legitimis. 315 d
Matrimonium ſi contrahatur inter eos, inter quos impedimentum ſubeſt canonicum, ea conditione, ſi S. Pontifex diſpenſauerit, an diſpenſatione ſecuta opus habeat nouo conſenſu. 317.b
Matrimonium utrum ea lege contrahi poſſit, vt non intercedat copula carnalis. 319 e
Matrimonium non vitiat perpetua continentia. ibid.
Matrimonium ſub conditione contractum, quæ omnino extitura eſt, an ualeat perinde ac ſi purè contractum eſſet. 320.d & ſeq.
Matrimonium an præſumatur quoties ea conditio adiicitur, quæ ſubſtantiæ eius repugnat, & ambo contrahentes in eam non conſentiunt, ſed tamen copula carnalis ſecuta eſt. 320.a. & ſeq.
Matrimonium an ualeat metu contractum cum una ex pluribus fœminis. 321.c
Matrimonium an ſit contractum illis uerbis; *habebo te in uxorem*, vel, *iuro ac promitto me in legitimam uxorem te habiturum*. 321.b.
Matrimonium an dicatur contractum ex illis verbis: *Non habebo aliam uxorem niſi te*. 323.a
Matrimonium ualet iure canonico inter raptorem, & raptam. 327.a
Matri debetur legitima. 440.d
Matrimonium in articulo mortis contractum præſumitur in fraudem ſubſtituti contractum. 465.d
Matrimonium poteſt contrahi in articulo mortis. ibid.c
Matrimonium putatiuum quod? 1281.a
Meliorationum & ſumptuum in rem feudalem factorum, quæ ratio habenda ſit. 911.b
Meliorationes feudi an dominus lucretur, ſi vaſallus illud amittat ob aliquod delictum. 947 c
Meliorationis ſumptus ſi liquidos non ſit, dominus feudum vendicare poteſt, dato fideiuſſore de ſoluendis ſumptibus facta liquidatione. 948.c
Meliorationis ſumptus uaſallo reſtituendus quomodo ſit æſtimandus. 950.e
Meliorocij Meliorati Burgenſis argumentatio ex l. s. §. vltimo ff de peculio. 1359.d
Mendacium an ſit indicium ſufficiens ad torturam. 1224.d
Merum Imperium eſt de regalibus. 916.b
Merum Imperium delegari non poteſt. ibid.a
Merum Imperium quid ſit. 1230.a
Merum Imperium an iure canonico delegari poſſit. 1238.b
Methodus in iure ſtudēdi optima exponitur latè. 1341. & ſeq.
Metus reuerentialis nuncupatus, an & quomodo cauſam præbeat reſciſſionis contractus. 178.a & ſeq.
Miles liberum babet arbitrium teſtandi, & mutus ſurduſque teſtari poteſt. 1037.b.& ſeq.
Minor 25. annis an ſit reſtituendus aduerſus confeſſionem delicti. 92.d
Minor 25. annis ſi emat rem cum pacto reuendendi; utrum obligetur ſine decreto iudicis, & alij ſolennitatibus. 132.d
Minor non debet cum aliena iactura locupletari. 133.e
Minor obligatur ea pacto additionis in diem. ibi.b
Minori ubi res donatur, adiecto aliquo pacto obligatur ei ſtare. ibi.
Minoribus a lege non ſubuenitur niſi decepti eſſe probentur. 133.b
Minor agere de euictione poteſt, licet litem uenditori non denunciauerit, ſcienti tamen. 203.b
Minor læſus in pretio rei uenditæ, an ſit reſtituendus in integrum aduerſus uenditionem factam: an uero emptor poſſit, iuſtum pretium ſupplendo, rem retinere. 268.d
Minor 25. annis curatore carens alienare non poteſt res immobiles abſque decreto iudicis. 286.c
Et quid de rebus mobilibus. 287 d
Minor authore tutore vel curatore an poſſit alienare poſſeſſionem rei immobilis ſine decreto iudicis. 286.d
Minor abſque decreto, & alus ſolemnibus rem immobilem alienare an poſſit, ſi alienatio utilis ei ſit. 287.d
Minor an ſit in integrum reſtituendus ob læſionem mediocrem. 288.c
Minor annis 25. Iuriſperitus, ſi fuerit ex contractus læſus, an ſit in integrum reſtituendus. 289.b
Minor 25 annis an contineatur in ſtatuto diſponente contumacem pro confeſſo, & conuicto haberi. 1183.d
Minor an ſit reſtituendus aduerſus ſpretam operis noui nunciationem. 1049 d
Minor excuſatur a dolo præſumpto, & a delictis in omittendo conſiſtentibus. 1184.d
Minoribus non ſuccurritur in delictis. 1184.c.& 1230.c
Minor ſine decreto iudicis an poſſit pacem facere. 1186.c
Minor ſi rumpat pacem, an pœnam ſtipulatione comprehenſam ſoluere teneatur. 1187.d
Minores in pœnalibus non reſtituuntur in integrum. 1218.a
Minores poſt quadriennium excluduntur a reſtitutione læſionis. 1149.b
Minor an aduerſus contumaciam iudicialem reſtitutus, expenſas aduerſario reſtituere teneatur. 1250.b
Minor refundere debet impenſas ſi vult in integrum reſtitui. 1251.a
Minor quando non læditur, iure communi utitur. 1252.a
Minoris conſilium fragile, & multis captionibus expoſitum. 1347.e
Mixtum Imperium quid ſit. 1231.b
Mixtum Imperium an delegari poſſit. 1237.b
Monachus non habet uelle, vel nolle. 699.c
Monaſterium an poſſit adire hæreditatem monacho delatam, eo inuito. 699.c
Et quid ſi monachus ante aditam hæreditatem deceſſerit. 700.e
Monachus ſi intra annum poſſeſſionis deceſſerit inteſtatus, ad quem pertineant eius bona. 701.b
Monachus etſi patria poteſtate liberetur, retinet tamen iura ſuorum. 1302.d
Monachus an patria poteſtate liberetur. ibid.
Monetæ mutatio intrinſeca & extrinſeca quæ. 141.b
Monetæ mutatio utrum pertineat ad commodum, uel incommodum debitoris. 141.b.& ſeq. latè.
Monetæ mutatio an cedat in damnum debitoris, uel creditoris in pactis dotalibus. 144.b. & ſeq latè.
Monetæ mutatio an cedat in damnum, uel commodum emptoris, an uenditoris. ibid.c
Et quid ſi pactum redimendi interceſſerit. ibid.d
Monetæ mutatio ſi contingat, an ea res cedat in damnum, uel in commodum legatarij. 145.a
Moram non incurrit is, qui facere aliquid tenetur, niſi fuerit interpellatus. 110.a
Mora purgari non poteſt, ubi dies & pœna obligationi eſt adiecta. 182.a
Mora purgari non poteſt, vbi pœna ipſo iure imponitur. ibid. b
Mora regulariter purgari poteſt. 135.a
Mora quid ſit. 272.c
Mora unius correi alteri non nocet. 1321.d
Mori non dicitur, qui non naſcitur. 450.a
Mulier excuſatur a dolo præſumpto. 23.a
Mulier præſumitur ignorare iura. ibid.
Mulier mitius punitur propter ſexus fragilitatem. ibid.
Mulier tenetur legibus aliquid prohibentibus. 23.b.& ſeq.
Mulierem non excuſat iuris ignorantia, niſi in caſibus a iure expreſſis. ibid.d
Mulier an poſſit renunciare S.C. Velleiano. 236.a latè
Et quid ſi iuramentum acceſſerit. ibi.b.& ſeq.
Mulier ſi pro alio ſe obligauerit iureiurando interpoſito; vtrū Velleiano S.C. adiuuetur. ibid.
Mulier ſecundò nubens ſi minus legitima portione reliquerit filijs primi matrimonij, quo caſu ſupplementum petere poſſunt: Verum ſecundo marito tantum donare poſſit, quantum filij habituri ſunt, habita ratione dicti ſupplementi. 345.d
Mulier ſecundò nubens ſi plus donauerit vitrico, quàm filijs primi matrimonij, an illud plus diuidendum ſit inter ſolos filios

filios primi matrimonij. 347.d
Mulier in dote an præferatur creditoribus expreſſam hypothecam anteriorem habentibus. 372.a
Mulieri datur repetitio indebiti ſoluò per iuris ignorantiam. 1259 c
Mulierum conſilium regulariter ſatis infirmum eſt. 1281.d
Mulier videtur habere maius priuilegium, quàm fiſcus. 1286 d
Mulier pro dote hypothecam habens in bonis mariti, an præferatur creditoribus anteriorem hypothecam habentibus. 1287.d
Mulier tranſiens ad ſecundas nuptias, conſeruat proprietatem bonorum liberis primi matrimonij: verum illi ſi moriantur, eam ipſa habet, non autem hæredes filiorum defunctorum. 1344.b
Multa permittuntur in conſequentiam, quæ principaliter non conceduntur. 105.a.& 903 a
Mutatio monetæ intrinſeca ſi contingat, an ea res cedat in dánum creditoris, uel debitoris. 144.d.& ſeq.
Mutuans ea lege, ut propter periculum ſuſceptum aliquid recipiat ultra ſortem, an præſumatur non aliter fuiſſe mutuaturus. 220.d
Mutuum conſiſtere in his rebus, quæ in genere ſuo functioné recipiunt per ſolutionem magis, quam per ſpeciem quomodo accipiendum. 221.a.& ſeq.
Mutuo accipiens aureos, an poſſit creditori inuito æſtimationem reddere in argenteis nummis, uel in alia materia. 223.c & ſeq.
Mutuum an probetur cum unus teſtis de numeratione, alter de confeſſione teſtificator. 225.b
Mutuum an probetur ex teſtibus, quorum unus de maiori, alter de minori ſumma teſtificatur. ibi.c
Mutuata quantitas an probetur iuraméto actoris, probata ſubſtantia, hoc eſt, mutuo probato 225.d
Mutuatus pecuniam an compelli poſſit, vt ſtatim eam reddat creditori. 226.c
Mutuatus argentum non ſignatum, an creditori inuito pecuniam reddere poſſit. 233.c
Mutuum an ſit, cum ita conuentum eſt, ut debitor rem non eiuſdem bonitatis reddere poſſit. 247.a
Mutuatus frumentum non poteſt reddere inuito domino æſtimationem in pecunia. 247.a
Mutare conſilium nemo poteſt in alterius damnum. 841.b

N

NAti ex nefario & damnato coitu aſcendentibus non ſuccedunt. 689.a.& ſeq.laté.
Et an ſuccedant tranſuerſalibus. ibid.
Naturalis an legitimari poſſit, ut ſit capax feudi, ſine conſenſu domini. 901.a
Naturales filij an legitimari poſſint, ut in feudum ſuccedant, in præiudicium agnatorum. 902.b.& ſeq.
Nati ante dotem olim dicebantur nati ante legitimum matrimonium. 1344.b
Naturalis obligatio ut pecuniæ numeratione, ita iuſto pacto uel iureiurando ipſo iure tollitur. 1367.d
Naturalis poſſeſſio ſola pacto tollitur ipſo iure. 1368.a
Neceſſe non eſt, ut ſpecies ſub uno genere contentæ ſint eiuſdem naturæ. 1283.c
Negatiua probari non poteſt. 1027.a
Negotium gerenti utiliter conſenſus eſt præſtandus. 1323.b
Negotia iudicialia qui habent ſi ius ignorant, a culpa non excuſantur. 1261.a
Nemo cogitur rem habere communem cum alio. 119.a
Nemo poteſt decedere cum duobus teſtamentis ualidis. 393.b
Nemo poteſt facere quin leges in ſuo teſtamento locum habeant. 406.c.
Nemo duplici pœna afficiendus eſt ob eandem cauſam. 432 b
Nemo odio delicto alterius uel prægrauari debet. 854.d
Nemo ſuam turpitudinem allegare poteſt. 1089.a
Nemo prohibetur ſpem futuram actionis quam habet, cedere extraneo. 1037.c
Nemo poteſt inuito ſtipulatore pro parte defendere. 1312.d
Nemo præſumitur facere uoluiſſe id, quod iuſte facere non potest. 1341.d
Nemo ideo obligatur, quod receptutus ſit ab alio, id quod ipſe præſtiterit. 1348.b
Nemo poteſt ſe fundare in confeſſione aduerſarij, quam impugnanit. 1356.c
Nepotes an legitimentur per matrimonium poſtea contractũ filio mortuo ante matrimonium ſecutum. 335.b
Nepos ex filio ſpurio an inſtitui hæres poſſit ab auo. 667.b
Nepotes ex filio nato ex inceſtu non poſſunt hæredes ab auo inſtitui. 669.a
Nepos vulgariter ſubſtitutus eſt filio. 1297.d
Nepos ex perſona patris ſui impugnare poteſt teſtamentum aui per querelam inofficioſi. ibi.
Nepos admittitur quando exhæredatio patris, non fuit iuſta, & ingratitudo non probatur per ſcriptos hæredes. 1301.c
Nepotis inſtitutio non eſt neceſſaria, cum uiuit eius pater. ibidem.
Nepos ex filio coniungitur auo ex perſona filij: ideo uenit iure repræſentationis in locum patris. 1301.a
Nicolæ Clericati Comitis Vicentini enodatio l.1.in fine, ff.de minor.& commendatio. 1347.b
Nihil tam naturale, quam unumquodque ſolui uinculo, quo ligatum eſt. 825.c.& 929.a
Nihil tam conueniens eſt æquitati naturali, quàm uoluntatem domini uolentis rem ſuam in alium transferri, ratam haberi. 825.b
Nihil nocet unam rem pluribus explicare. 1320.a
Nihil intereſt an ipſo iure actio non competat, an obſtet exceptio. 1355.b
Nolle uel non poſſe ſunt paria. 474.c
Non inducitur priuatio, niſi in caſu expreſſo. 1272.b
Non debet fieri diuiſio uoluntatis. 1274.b
Non uidetur defendere, niſi quis plenè defendat. 1312.c
Non licet creditori inuito debitore partem crediti exigere, ne continentia cauſæ diuidatur, uel debitor pluribus iudiciis diſtrahatur. 1318.b
Non licet patri uel matri exhæredare, uel præterire filium. 1343.b
Non eſt ratio diuerſitatis inter actorem, & reum. 1353.b
Nouatio an hodie inducatur ope exceptionis, ſicut olim ipſo iure inducebatur. 367.c
Nouatio an ex coniecturis inducatur. 368.b
Nouatio an fiat principalis ſtipulationis ex pœnali ſtipulatione adiecta. ibi.d
Nouatio non inducitur, niſi expreſsè id agatur. 1054.d
Nouerca an poſſit in ius uocari abſque uenia. 1359 b
Nouerca iniurias, & damna liberis primi matrimonij inferre ſolet. ibid.d
Nouercæ, ſicut vxori patroni, debetur reuerentia. ibid.
Nullum quod eſt, nullum operatur iuris effectum. 641.d
Nullum quod eſt, impugnari poteſt ab eo, qui illud fecit. 836.d
Nullitatis exceptio opponi non poteſt ad impediendam executionem trium ſententiarum conformium. 1043.d
Nullum quod eſt, nullum præſtat impedimentum. 1044.b
Nummorum ſubſtantia in æſtimatione potiſsimum conſiſtit. 141.c
Sed contrà. 143.b

O

OBligationi ſi dies certa ſit adiecta, & poſt diem agatur, exceptio obſtat. 104.b
Obligationis conditio non mutatur ex perſona hæredum. 121.d
Obligatio reuendendi dicitur continere obligationem damni. 132.c
Obligatio ubi eſt diuidua, uni actio in ſolidum non competit. ibidem.
Obligationi quando dies non adijcitur, præſenti die debetur. 139.b
Obligatus ad factum præcisè compelli non poteſt. 540.a
Obligatio ad pecuniam dicitur eſſe certa. 541.d
Obligatio omnis intelligitur, rebus ſic ſtantibus. 543.c
Obligatio perſonalis fundum non ſequitur. 563.b
Obligatio incipere poteſt ex perſona & contra perſonam hæredis. 869 d
Obligatio non immutatur ex perſona hæredum. 910.a
Obligatio ad factum, præcisè non poteſt compelli. 917.a

Obli-

Obligatio de defendendo ſitne diuidua, vel indiuidua. 1311. d
Obligatio de defendendo ſi eſſet indiuidua, quilibet hæres vẽditoris conueniri poſſet in ſolidum ad rem defendendam. 1313. b
Obligatio omnis eſt diuidua inter hæredes, ſi agatur de re quę diuiſionem recipit. 1351.a
Obligatio fideiuſſoris cenſualis vti principalis, & in ſolidum eſt nullius valoris; licet valere poſſit vt acceſſoria obligationis principalis. 1335.a
Oblatione perditur poſſeſſio rei immobilis: non autem mobilis. 1356 d
Obſeruatio ſingularis de fideiuſſore adhibito in cõtractu cenſuali. 1335 a
Occidiſſe ad ſui defenſionem quomodo quis probare poſſit, & quomodo teſtes deponere debeant. 42.b & ſeq. latè.
Occidere an liceat hominem pro defenſione rerum. 43 a latè.
Occidens aliquem pro ſui defenſione non ſeruato moderamine inculpatæ tutelæ, qua pœna afficiendus. 44.a & ſeq. latè.
Occidendi animus ſufficit, vt quis teneatur tanquam occiſor. ibidem.
Occidens ſi prouocatus fuerit, mitius punitur. 49. b
Occidendi animum qui non habuit, pœna l. Corneliæ non tenetur. ibid.c
Occidat quis, an mortis cauſam præbeat, nihil intereſt. ibidem d.
Occidens vnum, cum vellet alium occidere, an teneatur pęna l. Corneliæ. 50. c
Odia reſtringi oportet; fauores vero ampliari. 51 d
Offendens eum qui ſaluum conductum a Principe habet, an incidat in crimen læſæ maieſtatis. 5502.d
Olim ſub malis principibus grande piaculum erat, fiſco non fauere. 1286 a
Omittens ſcienter ponere in inuentario omnia bona defuncti beneficium inuentarij amittit. 1336 b
Omne lucrum rei venditæ pertinet ad emptorem. 1339.a
Omni culpa carere debet, qui in alterum paratus eſt dicere. 1320. a
Operis noui nunciatio manifeſtè iniuſta, an contemni poſſit. 1042 d
Oratio indefinita æquipollet vniuerſali. 390. b

P

PActo de litigando coram iudice non ſuo neminem ſtare compelli, quomodo accipiendum. 79 d Et quid ſi iuramentum acceſſerit. 80. a
Pactiones priuatorum de his tantum valent, quæ ad rem familiarem pertinent, non autem de ijs, quæ publicam continẽt læſionem. 15. b
Pactionis verbum omnem contractum non complectitur. 22 b
Pactum legis commiſſoriæ locum habet, vbi totum non ſoluitur pretium, licet vnus nummus deficiat. 119.b
Pactum reuendendi approbatur etiam iure Canonico. 133. b
Pactum reuendendi, an operetur vt dominium ad vẽditorem reuertatur, ita vt rem vendicare poſſit a tertio poſſeſſore. 151. b
Pactum reuendendi vtrum inducat vſuræ præſumptionem. 150. c
Pactum de liberando liberationem parit. 139.a
Pactum in continenti adiectum in contractibus ſtricti iuris, an actionem pariat. 279.d
Pactum iuratum an actionem producat. 582 d
Pactum nudum iure Canonico an actionem pariat. 585.a
Pactis priuatorum etiam iuratis iuri publico non derogatur. 283. d
Pacto redimendi an præſcribatur ſpatio longiſſimi temporis. 153.c
Pacta reſolutiua contractus locum habent etiam in Eccleſia. 133.c
Pactum de futura ſucceſſione reciprocum an valeat. 652. a
Pactum de futura ſucceſſione ſi fundetur in perſona promittentis, valet: ſecus ſi bonorum obuentionem contineat, diſcutitur. 649.d
Pactum de futura ſucceſſione in contractu matrimonij, an valeat. 653.a
Pactiones de hæreditate viuentis continent votum captandæ mortis, ſunt contra bonos mores, & plenæ triſtiſſimi euentus. 1078. d
Et fiſcus aufert hæreditatem. 1079.a
Pactum de hæreditate viuentis, an iuramento firmetur. 1074. d
Pactum eſt duorum pluriumve conſenſus. 1068.b
Pactum de hæreditate viuentis peccatum nutrit. 1077. b
Pactum donationi adiectum in fauorem alterius valet. 914. d
Pactum alteri non prodeſt, niſi paciſcentis interſit. 1307 a
Pactum tacitum non eſt præſumendum. 1309. a
Pactio de vendendo pignore, ex lege commiſſoria, iure Canonico improbata eſt, odio creditoris. 1346.d
Pactum de hæreditate viuentis non valet quia eſt contra bonos mores. 1341.d
Pactum legis commiſſoriæ an iuramento firmetur. 1346. a
Parentibus licet plus vni ex filijs relinquere quam alteri, dummodo omnibus legitimam portionem relinquant. 838.a
Pares curiæ qui ſint. 960. c
Paris loci ineſt. 937.d
Partem an faciat qui non admittitur ad partem. 587.d
Partus ſoluto, non minima adfert incommoda. 1317. c
Partus nondum editus homo fuiſſe non rectè dicitur. 1254. a
Pater an teneatur dotem dare filiæ, nubenti abſque eius conſenſu. 325.d
Pater duodecim liberorum an ſit immunis ab oneribus patrimonialibus. 329.b
Pater ſecundo vxorem ducens, an teneatur reſeruare filijs primi matrimonij, quæ ex ſucceſſione ipſius filiorum eſt conſecutus. 342.b
Pater tenetur dotare filiam, etiam ſi diues ſit. 326.c
Pater monachus effectus an amittat vſumfructum quem habebat in bonis aduentitijs filij. 692.b
Pater an amittat vſumfructum bonorum aduentitiorum filij liberati patria poteſtate aliter, quam per emancipationem. 720. c
Pater an poſſit abſque decreto iudicis res aduentitias filij alienare. 727.b
Pater non tenetur bona ſua obligare pro reſtitutione dotis filio datæ. 453.c
Pater teſtamentum fecit ſolenniter, filiumque ſuum impuberem hæredem inſtituit, eidemque pupillariter ſubſtituit extraneum, poſtea in Codicillis, ſubſtitutionem reuocauit, ſubſtituens alijs proximioribus, an tollatur prior ſubſtitutio. 391.b
Pater præſumitur plus diligere filium, quam vxorem. 440. d
Pater an poſſit feudum in dotem pro filia dare. 934.d
Pater non ſuccedit in feudo filijs ſuis. 938.d
Pater ſi non habeat alia bona, quam feudalia, an poſſit ea in dotem dare pro filia. 935.b
Pater an poſſit iniuriam filiofamil. factam remittere eo inuito. 1185.b
Et quid ſi inferatur agnato? 1186.a
Pater præſumitur melius conſiliũ pro filijs ſuis capere, quàm vllus alius. 1073.b
Patris delictum in feudo antiquo filijs non nocet. 848. a
Pater an poſſit alienare feudum nouum in præiudicium liberorum. 825. a
Pater an poſſit vſumfructum bonorum feudi ſibi vendicare quemadmodum cæterorum bonorum filijfamil. 938.c
Pater adminiſtrator eſt bonorum aduentitiorum filij. 720. d & ſeq.
Pater filijs ſtipulando feudum, illis acquirit, licet hæredes eius non ſint. 826.d
Pater iudicati actione de peculio tenetur. 1195.b
Patris delictum non nocet filijs in his, quæ habent aliunde, quàm a patre. 861 a
Pater filijs ſuis præiudicare poteſt in feudo delictum committendo. 859.c
Pater præſumitur bonum capere conſilium pro filio. 1274. a
Pater regulariter tenetur ad alendum filium. 1292.a
Pater præſumitur dotare filiam etiam maternis bonis dotem ex proprijs ſuis bonis. 1293.a
Paternum officium eſt dotem, vel ante nuptias donationem pro ſua dare progenie. 1291 c

Patronus non poteſt donare ius patronatus ſine conſenſu Epiſcopi. 1305.d
Paulinam occidi a iure communi, quod erat prius, quid ſit? 1370. a
Pecunia recipit functionem in genere ſuo, etiam cum pecunia diuerſæ ſpeciei. 141.d
Pecuniam fuiſſe conuerſam in vtilitatem ciuitatis, vel Eccleſię, an proberur ex eo, quod ciuitas, vel eccleſia tempore mutui pecunia indiguiſſe proponatur. 256.d
Pecuniæ appellatione, omnes res continentur. 561.c
Pecuniæ verbum ſignificat corpus non autem ius. 562.c
Sed contra. ibid.d
Pecuniæ certa quantitas ſi legata ſit in opus aliquod faciendum, tunc inter hæredes rectè obligatio diuiditur. 1322. c
Pecunia recipit diuiſionem. 1323.a
Peculium in vna re poteſt conſiſtere. 1283.b
Pendente conditione legatum repudiari non poteſt. 1349. a
Penſiones an fructus nomine contineantur. 955.a
Per ingreſſum monaſterij capitis diminutio inducitur. 1302.c
Periculi appellatione an veniat caſus fortuitus. 249. a
Periurium non committitur abſque dolo. 22. d
Periurio an ſit aliqua pœna conſtituta iure ciuili. 26 b
Permutatio an dicatur, cum res incerta datur pro incerta vel pro certa. 214.c & ſeq.
Perſonæ quibus reuerentia debetur in ius vocari prohibentur. 1359. e
Petitio hæreditatis non datur contra titulo poſſidentem. 8 c
Petitorium, & poſſeſſorium adipiſcendæ poſſunt cumulari. 1356.d & ſeq.
Petitorium, & poſſeſſorium vna ſententia terminari debent. 1358.c
Petitorium & poſſeſſorium in eodem iudicio accumulari poſſunt. 986.a
Pij V conſtitutio ſuper cenſibus annuis. 1254.a
Plenitudo poteſtatis contraria legibus, non eſt admittenda. 912. b
Plinij ad Traianum Cæſ. ſententia pulcherrima de cauſa fiſci. 1286. a
Pluralis oratio reſoluitur in ſingularitates. 490.b
Plus cui licet, debet & id quod minus eſt licere. 937.d
Pœna committitur contra omnes hæredes, quando defunctus obligatus erat ſub pœna ad aliquid ſoluendum, & vnus hęredum ſoluit alter verò non. 120.d
Pœna committitur, niſi quis totum ſoluat, quod ſoluere tenetur. 118.c
Pœnæ conuentionales vtrum duplum excedere poſſint? 64 c. & ſeq.
Pœnæ interpretatione ſunt molliendæ. 65.a
Pœna ipſo iure impoſita a lege vt locũ habeat, requiritur ſententia declaratoria. 255.d
Pœnæ non debent eſſe immoderatæ. 65.b
Pœna non debet eſſe maior delicto. 519. c
Pœna non committitur ſi quis deficiat in minimo. ibid.d
Pœna carceris iuri Canonico conſentanea eſt. 810. a
Pœnam ſubire ac ſoluere antequam condemnetur nemo tenetur.
Pœnę, & confiſcationes bonorum, fructus ſunt iuriſdictionis. 928. a
Pœna mitiganda ob diuturnum reatum. 1180.d
Pœna ſtatuti præualet pœnæ iuris communis. 1136.a
Pœnæ conſtituuntur in emendationem hominum. 1181.b
Pœnæ conſtitutæ. l. quiſquis. C. ad leg. Iul. Maieſta. an locum habeant in eos, qui Principes inferiores offendunt. 1172. b
Pœnam non meretur actus nullus, & inutilis. 942.d
Pœna tracti carceris an teneatur is, qui iniuſtè in carcerem coniectus fuit. 1210. c
Pœnæ variæ, ac diuerſæ cum varijs legibus ſtatutæ ſunt, quæ ſit de iure imponenda. 1133.b & ſeq latè.
Pœna minor eligenda. 1134.b
Pœna vbi ipſo iure non imponitur, non dicitur eſſe in mala fide is, qui rem poſſidet, antequam per ſententiam ea priuetur. 953.d
Pœna debet tenere ſuos auctores. 862.d & 1348.a
Pœna mulieris partum medicamentis ſibi abigentis. 1254. a
Pœna facti indiuidui, ſi adijciatur promiſſioni rei diuiduæ. 1311. a
Pœna eſt indiuidua. ibid.
Pœna adiecta facit quandoque vt obligatio indiuidua ſit. 1324. d
Pœna rei indiuiduæ ſi adijciatur facto indiuiduo vel diuiduo, vno ex hæredibus contrauenicnte quomodo committatur. 1310. e
Pœnalis ſtipulatio eſt acceſſoria ſtipulationis principalis, & eius naturam ſequitur. 1328. a
Pœna eſt quidquid eſt ſupra rem debitam. 1350. d
Pœna compromiſſo adiecta poteſt conſiſtere ſine principali. 1365. b
Pœnitentia poſt commiſſum delictum non excuſat. 1223 a
Pollicitatio eſt ſolius offerentis promiſſio. 1069 a
Portio deficiens accreſcit fideicommiſſario. 1252.c
Portio deficiens poſt venditionem hæreditatis non eſt in hęreditate tempore factæ venditionis. 1253.a
Portio proueniens ex iure accreſcẽdi antequam deficeret non poteſt vendi vel donari, etiam expreſſe. 1341.d
Poſſideri non dicitur, quod ab hoſtibus occupatum eſt. 110. d
Poſſeſſionem habens ciuilem auctoritate propria ingredi poteſt naturalem. 117 c
Quomodo ſit accipiendum. 118. b
Poſſeſſor bonæ fidei, qui ex fructibus perceptis locupletior eſt effectus, conueniri eo nomine poteſt in iudicijs vniuerſalibus: in particularibus vero controuerſia eſt, quæ diſcutitur latè. 75.a & ſeq.
Poſſeſſor bonæ fidei vtrum ſuos faciat fructus tam naturales, quàm induſtriales? 72.d & ſeq latè.
Poſſeſſor bonæ fidei ſumptus deducere poteſt. 169.d
Poſſeſſor malæ fidei ædificans in alieno ſolo ſciente domino, materiam repetere poteſt. 71.a & ſeq.
Poſſeſſor malæ fidei ſumptus neceſſarios repetit: vtiles verò ita demum, ſi tolli poſſunt. 69. a
Poſſeſſor ſi ab initio ſit bonæ fidei, deinde incipiat eſſe malæ fidei, an faciat fructus ſuos. 76.a & ſeq.
Poſſeſſionis cauſam nemo ſibi mutare poteſt. 691.c
Poſſeſſio naturalis, & ciuilis quid ſit. 984.a
Poſſeſſio & res differunt. 988. c
Poſſeſſio quotuplex ſit, & an ſit facti, vel iuris. 983. d
Poſſeſſionis cauſa prius cognoſcenda eſt, quam proprietatis. 988. d
Poſſeſſione antiqua probata, an iunior præſumatur clandeſtina & vitioſa. 991.a
Poſſidentis conditio melior eſt in pari cauſa. ibid.
Poſſeſſorium retinendæ ſummarium, & ſummariſſimũ quid. 100.e & ſeq.
Poſſeſſionis cauſa an ſit prius cognoſcenda, quamuis illata. 989. b
Poſſeſſio tradita ex nunc prout ex tunc, effectum habet poſt mortem conſtituentis ſe poſſidere nomine alterius. 872. d
Poſſeſſorij quæſtio inter vaſallos, apud quem iudicem agitanda ſit. 959 a
Poſſeſſorium quomodo amittatur. 1008.c
Poſſidere præſumitur quis ex titulo præambulo. 1029.a
Poſſeſſio tradi poteſt ſub conditione. 837.a
Poſſeſſio rerum corporalium quomodo acquiratur. 1007. d
Poſſideat quis iuſtè vel iniuſtè nil intereſt, quoad ſummam poſſeſſionis. 104.a
Poſſesſionem ſuam quis continuare præſumitur. 990 b
Posſidere in ſolidum duo non poſſunt. 1004.a
poſſesſio corporalis, quæ. 984.b
Poſſeſſorium retinendæ datur ei, qui litis conteſtatæ tempore posſidebat. 1357.b
Poſteriores cogitationes ſunt meliores. 1265.b
Poſthumus admittitur ad hæreditatem iudicio familiæ herciſcundæ. 1296.a
Poſthumus Galli Aquilij fueritne ſuus, an alienus? 1297 a
Poſthumus alienus eſt, qui natus inter ſuos hæres teſtatori futurus non eſt. ibid.b
Poſthumus alienus iuri ciuili incognitus. ibid.
Poteſt quis pro parte defendere. 1329.a

Poſthu-

Poſthumus licet teſtamentum rumpat, non tamen rumpit codicillos, & fideicommiſſa præſtare tenetur. 401.c
Poſthumo, ſiue ventre vxoris inſtituto, an intelligatur de poſthumo nato ex coniuge, quæ erat tempore teſtamenti. 517.b
Poteſtas patria tollitur per ingreſſum religionis. 692.d
Præbenda nondum uacans a S. Pontifice conferri poteſt. 867.c
Prælatus ſi conſentiente capitulo pecuniam acceperit mutuò, nec poſſit eam reddere niſi uendat immobilia; vtrum ad eam reſtituendam cogi poſſit. 257.c
Prælatus Eccleſiæ ſi abſque conſenſu capituli pecuniam mutuò acceperit, & non conſtet an fuerit conuerſa in utilitatem Eccleſiæ, vtrum ſucceſſor eius teneatur. 258.a
Prælatus poteſt præiudicare Eccleſiæ in acquirendis. 1106.a
Prælegata an ueniant in reſtitutionem fideicommiſſi. 569.d
Præiudicium maius eſt dotem dare, quàm alimenta. 1294.e
Præſcriptione finita ſi præſcribens cognouerit rem alienam eſſe, an teneatur eam reſtituere. 81.b.& ſeq.latè.
Præſcribere an poſſit is, qui dubitat, ſua res ſit an aliena. 83.c.& ſeq.latè.
Præſcriptio quare ſit inducta. 89.d
Præſcriptioni 30. annorum renunciari non poteſt. 154.a
Præſcribere non poteſt is, qui eſt in mala fide. ibi.b
Præſcriptionis exceptio an obſtet non ſolùm agnato proximiori, ſed etiam his, qui poſt eum ſequuntur. 833.d
Præſcriptio tunc incipit quando actio nata eſt. 833.a
Præſcriptio inuenta, ne lites ſuſcitentur. 833.e
Præſcriptio non currit non ualenti agere. ibid.
Præſcriptio in rebus fideicommiſſo ſubiectis, an & quomodo obſtet. ibi.d
Præſcriptione longiſſimi temporis, an directum dominiũ feudi acquiratur, dominuſque excludatur. 918.a
Præſcriptione longiſſimi temporis tollitur omnis actio. ibidem b
Præſcriptio legitima rerum eccleſiaſticarum eſt 40. annorum. 924 a
Præſcriptio eſt acceſſoria tituli, & eum ſequitur, ad quem titulus reuertitur. 946.b
Præſcribi non poteſt aduerſus Principem præſtatio tributorum. 980.b
Præſcriptionis exceptio an obſtet agenti recuperandę poſſeſſionis interdicto. 998.b
Præſcribi non poteſt, quod poſſideri non poteſt. 1017.b
Præſcribere an poſſit is, qui ignorat titulum ſe habere ad præſcriptionem neceſſarium. 1024 b
Præſcriptio temporis immemorialis an vires amittat, ſi conſtet de titulo uitioſo & nullo. 1027.d
Præſcriptio quomodo in annuis præſtationibus currat. 1117.a
Præſcriptio quinque pedum quæ? 1031.c.& ſeq.
Præſens pro conſentiente habetur aliquando, & aliquando non: nec certa regula tradi poteſt. 936.d
Præſumptio una tollit aliam. 170.a
Præteritio inducitur quibuſcunque uerbis id denotantibus. 784.d
Præteritio excludit exhæredationem. 1342.b
Præteritio habetur pro exhæredatione. ibid.
Prætermiſsionis uerbum refertur ad lineam maternam: exhæredationis ad lineam paternam. ibid.d
Præteritio patris pro exhæredatione habetur. 1343.a
Pretium non ſuccedit loco rei, præterquam in uniuerſalibus iudicijs. 897.b
Principi qui non obedierit, morte moriatur; quomodo accipiendum. 4.d
Principem legibus ſolutum eſſe, quomodo accipiendum. 6.a.& ſeq.latè.
Princeps ſecularis an & quomodo de iuramento eiuſque relaxatione aliquid ſtatuere poſſit. 297.a
Princeps an poſſit legitimare alterius ſubditum, ut ſuccedat etiam in bonis, quæ ſunt in alterius territorio, ſi pater legitimati conſentiat, & alij quorum intereſt. 337.a.& ſeq.
Principis uoluntas præſumitur eſſe iuri conſentanea. 877.a.& ſeq.
Princeps transferre dominium poteſt abſq; traditione. ibi.b
Princeps poteſt alteri præiudicare ob publicam utilitatem. 902.a
Principis de poteſtate diſputare non licet. ibi c
Et quomodo accipiendum. 903.a
Princeps Caſtrum cum iuriſdictione in feudum concedens, an uideatur cum mero & mixto Imperio id concedere. 925.d
Princeps an poſsit reſcripto mandare cognoſcendam ſimul poſſeſſorii & petitorii cauſam. 988.d
Principis poteſtas circa tollendum ius quęſitum quæ, & quanta ſit. 1065.a.& ſeq.
Princeps non poteſt alicui auferre ius ſuum. ibi.
Princeps ex certa ſcientia & de plenitudine poteſtatis, an poſſit auferre alicui ius ſuum ſine cauſa. ibid.
Princeps an poſsit auferre ſine cauſa ius quæſitum beneficio iuris ciuilis. ibi.d
Principis poteſtas abſoluta non reperitur in iure. ibi.
Princeps an poſsit ſine cauſa alteri præiudicare in re modica 1066.b
Princeps poteſt propter bonum publicum diſpenſare contra leges. 1066.d
Princeps an poſsit alicui auferre ius quæſitum ſpe. ibi.c
Princeps an poſsit ex cauſa publicæ utilitatis auferre ſubdito ius quæſitum. ibid.d
Princeps auferens alicui priuato ius ſuum, id compenſare debet. 1067.a
Princeps auferens alicui ius ſuum ex cauſa publicæ utilitatis, ea ceſſante debet id reſtituere. ibid.
Princeps auferens alicui ius ſuum, an præſumatur iuſta cauſa ad id faciendum inductus. ibi.b
Principem eſſe iuſtum præſumendum eſſe, quomodo accipiendum. ibid.
Princeps bonus non inhiat lucris fiſcalibus; nec eorum rationem habet in condendis legibus pro utilitate reipublicæ. 1286.a
Priuatio non inducitur ipſo iure, quoties lex utitur verbis futuri temporis. 113.c
Priuatio præſupponit habitum. 557.d
Priuilegia militum ſtrictè ſunt accipienda, quò minus derogent iuri communi. 1266.c
Priuilegium dotis, tacitæ hypothecæ, & prælationis an tranſeat ad mulieris hæredes, uel ad patrem, uel ad ceſsionariũ. 1287.a
Priuilegium temporis impropriè dicitur priuilegium. 1289 d
Priuilegia ſunt reſtringenda, non autem amplianda. 1361.b
Probationes non ſunt ſumendæ de domo rei. 32.c
Probare debet quilibet intentionis ſuæ fundamentum. 732.
Probationes incontinenti cum offeruntur, multa concedi ſolent, quæ aliàs non conceduntur. 1005 a
Probatio incumbit ei, qui dicit. 915.c
Probationes factæ in iudicio ſummario non nocent in ordinario. 1351.e
Probatio ſemiplena ſufficit in iudicio ſummario. ibid.d
Probatio non neceſſaria non releuat. 1352.a
Probationes plenæ in iudicio ſummario non ſunt neceſſariæ. ibidem.
Proceſſus ſummarius non fit ſecundum formam iuris, dicebat Baldus. 1352.b
Procurator in cauſis criminalibus ad defendendum an admittatur. 35.d & ſeq.latè.
Procurator admitti an poſsit ad defendẽdum reum abſentem in cauſis criminalibus, quibus agitur de pœna relegationis 38.c
Procurator ius quæſitum domino, remittere ſine mandato ſpeciali non poteſt. 185.a
Procuratoris Chirographo, quo confeſsio continetur de pecunia mutuo accepta, an dominus obligetur. 230.a.& ſeq. latè.
Et quid ſi procurator coram iudice confiteatur ſe pecuniam accepiſſe: vel iurauerit ſe accepiſſe: vel conſtitutus fuerit ad accipiendum pecuniam, & confitendum ſe accepiſſe. 232.a.& ſeq.latè.
Procuratoris falſi geſta dominus ratificare poteſt in ſui præiudicium: & an in ſui quoque commodum poſsit. 1061.b
Procurator falſus ubi reperitur, nec controuerſiæ dici poſſunt nec poteſt eſſe iudicium. 1062.e

Pro-

Prodigus an poſſit aliquem contractum facere antequam ſie ei rerum ſuarum adminiſtratio a magiſtratu interdicta. 240.b & ſeq latè.
Prodigus furioſo æquiparatur. 241.a
Prodigus an obligetur ex contractu iureiurando confirmato. 242.a.& ſeq.
Prodigus an ipſo iure amittat bonorum alterius adminiſtrationem. 243.b
Prodigus per ſententiam ſi quis declaratus ſit, an cenſeatur ei interdicta bonorum ſuorum adminiſtratio.
Et quid ſi iudex edicto ſuo prohibuerit, ne quis cum tali contrahat, quia prodigus. 244 c.& ſeq.
Prodigus an reſtitutionem in integrum petere poſſit aduerſus ea, quæ geſſit, antequam bonorum adminiſtratio ei interdiceretur. 245.c
Prodigus an obligetur ex delicto. 246.b.& ſeq.
Prohibito uno cenſetur prohibitum omne id, per quod ad illud peruenitur. 53.d
Prohibitio alienationis facta ſine cauſa non ualet. 455.b
Prohibita alienari, prohibentur uſucapi. 833.d
Prohibens aliquem teſtari, actiones amittit & fiſco aditum aperit, & damnatur in id quod intereſt: Et an pœnam dupli ſoluat? 1139 c.& ſeq.
Promiſſio omnis intelligenda eſt, rebus ſic ſtantibus. 13.c
Promittens ſub fide an dicatur, in dubio, iurare. 24.b.& ſeq.
Promiſſio de uendendo, non eſt uenditio. 136.b
Promittens facere pactum de reuendendo, poſſitne immediate cogi ad reuendendum. 138.c.& ſeq. latè.
Promittens factum, præciſè compelli non poteſt. 139 b
Promiſſio de uendendo a uenditione differt. ibid c
Promittens alienum factum ſub pœna, utrum excuſetur ſi fecit quidquid potuit, & is qui facere poterat, noluit facere. 303 d.& ſeq. late.
Promittens reuendere an poſſit præciſè compelli ad reuendendum. 140.a & ſeq. latè.
Promittens ſe obligaturum ad decem, Immediatè ad decem præſtanda cogi poteſt. 138 c
Promiſſio omnis intelligenda, rebus ſic ſtantibus. 911 d
Promiſſio facta præſenti & tacenti in eius commodum, an ſit pactum uel pollicitatio. 1068.a
Promiſſio ut ſit pœnalis, an oporteat eſſe promiſſum expreſſim, nomine pœnæ? 1350.a
Promittens parere arbitri ſententiæ ſub pœna, ſi petat reductionem ad arbitrium boni uiri, & iniuſtè ſuccumbat, an teneatur ſoluere pœnam. 1365.a
Prorogatio cenſetur facta cum iiſdem qualitatibus. 104 a
Proteſtatio conſeruat ius proteſtantis. 123 b
Proteſtatio contraria facto nihil prodeſt. ibid.
Proteſtationi conſentiens, ſibi præiudicat. 524.a
Prouiſio hominis facit ceſſare prouiſionem legis. 476.d
Prouiſio teſtatoris facta in uno caſu, trahitur ad alium ſimilem. 1289.d
Proximus dicitur, quem nemo antecedit. 508.ſi.& 841.d
Proximiores uocati in fideicommiſſis, an intelligantur teſtatoris proximiores, uel grauati. 508.d
Publicum, quaſi populicum. 1254.c
Pupillus tenetur furti, & periurij. 293.d
Pupillaris ſubſtitutio expreſſa, an matrem excludat in foro conſcientiæ. 442.d
Pupillaris tacita an contineatur in vulgari expreſſa, matre uiuente, licet non habeat effectum contra matrem. 1271.a
Pupillaris ſubſtitutio eſt ſequela hæreditatis paternæ. 1348.d
Purgationi moræ an ſit locus ad euadendas pœnas. l.ſi quis maior. C.de tranſact. 25.c

Q

QVæſtioni fides ſemper adhibenda non eſt. 44.d
Quæſtio incidens, & emergens quæ? 58.a
Quæ pœna abacti partus. 1253.c
Quæ ab initio inutilis eſt inſtitutio, tractu temporis non conualeſcit. 1271.a
Quædam ſui natura partis præſtationem recipiunt, ſed niſi ita dentur, ſtipulationi non ſatis ſit. 1318.a
Quæ ſuperabundant non ſolent uitiare ſcripturas. 1320.a
Quæ in partes diuidi non poſſunt, ſolida a ſingulis hæredibus debentur. 1328.b
Quæ ad hæredem extraneum tranſeunt, tranſeunt ad fideicommiſſarium. 1366.c
Qualitas adiecta verbo, debet intelligi ſecundum tempus uerbi 1362.a
Quando ſit alienatio inter ipſos emphyteutas, non eſt locus oblationi precij. 1306.c
Quando actus ſunt incompatibiles, is qui unum eligit, alteri renunciare uidetur. 1309.d
Querelæ de inofficioſo non eſt locus in teſtamento militis. 1272.a
Quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. 1313.c
Qui in alterius locum ſuccedit, non habet plus iuris, quàm author ſuus. 8.d
Qui non naſcitur, mori non dicitur. 450.a
Qui actionem habet, rem habere uidetur. 559 b
Qui partum abiecit homicida eſt. 1253.d
Quidquid determinatur ſecundum curſum temporis, uariato tempore uariatur. 1272.a
Qui habet actionem, rem ipſam habere uidetur. 1276.c
Qui prior eſt tempore, potior eſt iure. 1288.a
Qui ſit ſenſus § Et quid ſi tantum. l. Gallus. ff. de libe. & poſthumis. 1298.d
Quod ab initio non ualet, tractu temporis non conualeſcit. 868.c
Quod contra rationem in aliquo caſu conſtitutum eſt, produci non debet ad conſequentias. 869 a
Quod dicitur, fiſcum & mulierem æquiparari, quando locum habeat. 1289.d
Quod dicit Gallus, caſus a ſe propoſitos non pertinere ad Legem Velleiam, ſed ex ſententia Legis Velleiæ admittenda, quæ profert, quomodo intelligendum. 1298.b
Quod ab uno ex hæredibus ſit, ab omnibus factum uidetur. 1348.a
Quod eſt deciſum in iudicio ordinario, ſed incidenter, poteſt in alio iudicio retractari principaliter agendo. 1351.d
Quod eſt deciſum incidenter in iudicio plenario, ſiue ordinario contra excipientem pro actore, non poteſt in alio iudicio principaliter deduci, ſi concernat cauſam ſtatus. ibid.
Quod eſt deciſum in iudicio ordinario pro actore contra excipientem, non poteſt in alio iudicio æque principali deduci, & in dubium reuocari quando agitur ad eundem finem. ibidem.
Quod eſt in iudicio deciſum, & cognitum per modum exceptionis, poteſt in alio iudicio deduci atque cognoſci. 1363.a
Quoties unus ex hæredibus ſolus tenetur aliquid præſtare, quod ſit indiuiduum, actori obſtat exceptio, niſi æſtimationem offerat pro parte aliorum cohæredum. 1315.c

R

RAptoris bona an ſint applicanda mulieri raptæ, quæ raptori nupſit. 316.d
Raptus eſt, ſiue quis inuitam mulierem abduxerit, ſiue eam malis artibus ſollicitauerit, & corruperit, atque ei perſuaſerit, ut conſentiat. 1253.d
Ratione legis correcta lex correcta uidetur. 590.d
Ratificatio debet fieri tempore congruo. 1061.d
Rationibus agendum eſt in diſputando, non authoritatibus. 1344.d
Reatus quid ſit. 1180.c
Rectoribus prouinciarum an poſſit aliquid donari remunerandi gratia. 261.b.& ſeq.
Recuperandæ poſſeſſionis remedium aliquod, an ſit iure conſtitutum contra tertium poſſeſſorem cum titulo, & bona fide. 996.d
Redimendi tempus an cenſeatur prorogatum ex eo, quod prorogata eſt locatio rei uenditæ cum pacto redimendi. 104.a.& ſeq.
Redimere uolens rem ex pacto, an teneatur precium offerre, an verò etiam deponere. 210.a
Reductio ad arbitrium boni uiri apud quem petenda. 1109 c
Reductio ad arbitrium boni uiri, ſimilis eſt appellationi, non tamen per omnia. 1110.a
Reductio ad arbitrium boni viri intra quod tempus petenda. 1111.c
Regula Cancellariæ Quadrageſima octaua explicatur. 340.a
Regulam iuris ſequi non poſſumus in his, quæ contra rationem

nem iuris conſtituta ſunt. 886.d
Regulæ cognoſcendi an facta ſint indiuidua. 1319.a
Regulæ cognoſcendi facta diuidua, vel indiuidua ſunt conſtitutæ circa ſtipulationes, quæ conſiſtunt in faciendo, non circa eas, quæ in dando. ibid.d
Regulæ, ceſſante ratione legis, ceſſat lex, examinatio. 1347.a
Remiſſio in delictis faciẽda eſt ad locum, vbi commiſſum eſt. 1160.a & ſeq.
Et an ſit neceſſario facienda, quando reus eſt condemnatus in loco domicilij, vt puniatur in loco delicti, & ibi fiat executio. ibid c & ſeq.
Remiſſio delinquentis ad iudicem loci, vbi delictum commiſit, poſſitne fieri & peti a iudice, qui nullam habet iuriſdictionem in delinquentem, quando omnes iudices ſub eodem Principe ſunt. 1161.c
Et quid ſi iudices ſint ſub diuerſis Principibus. 1162.b
Remittens iniuriam, non videtur damna, & expenſas remittere. 1317.a
Renuntiare non dicitur is, qui ignorat ius ſibi competere. 153.a
Renunciari an poſſit beneficio l.2. C. de reſcinden. venditione. 871.d & ſeq. latè.
Renunciatio generalis refertur ad omnia, de quibus renuncians cogitauit, vel in genere, vel in ſpecie. 172.b
Renunciatio facta iuxta formam c. quamuis, de pactis lib. 6. vtrũ noceat filijs præmoriente matre, quo minus ſuccedant in hæreditate aui. 306.c
Renunciatio generalis legitimam non comprehendit. 308.a
Renunciari an poſſit l. ſi vnquam. C. de reuocandis donationibus. 362.c
Renunciatio non præſumitur. 912.a
Renunciare vnuſquiſque poteſt iuri ſuo. 918.a
Renunciatio eſt donatio. 1073.b
Rerum iudicatarum authoritas eludi non debet. 65.d
Res iudicatas ſub ſpecie nouorum inſtrumentorum reſtaurari exemplo graue eſt. 66.a
Rei iudicatæ authoritas tanta eſt, vt reſcindi non poſsit, licet conſtet nil deberi. 68.d
Res iudicata non reſcinditur ex quacunque læſione. 185.b
Res tanti valet, quanti vendi poteſt. 574.a
Res perit domino ſuo. 277.a
Res reſtitutioni ſubiectę ex fideicommiſſo, poſſitne alienari ex cauſa reſtitutionis dotis. 451.d
Res reſtitutioni ſubiectæ alienari poſſunt pro dote conſtituenda. 452.d
Res reſtitutioni ſubiectę ex fideicommiſſo, an poſſint ex cauſa dotis, vel propter nuptias alienari, teſtatore id prohibente. 453.c & ſeq.
Res alienari prohibita fauore alicuius perſonæ, ea conſentiente alienari poteſt. 831.c & d
Res præſumitur libera, & allodialis potius, quam feudalis. 915.b
Res infeudari ſolita vt dicatur, quantum tempus requiratur. 923.a
Res pupillorum in dotem dari poſſunt. 935.b
Res differt a poſſeſſione. 988.c
Res cum ſeparari non poteſt, aliquando ſentit quis damnum, quod alias non ſentiret. 1311.b
Res perit domino ſuo, non alteri. 1321.c
Res quandoque natura ſua diuiſionem recipit, ſed niſi totum detur, ſtipulatori non ſatisfit. 1324.d
Rei eiuſdem pignus, & venditio ſimul contrahi non poſſunt, nec contracta eſſe intelligi. 1346.b
Reſcriptum contra ius non valet. 901.d
Reſcriptum contra ius valet ex iuſta cauſa, quæ publicam concernit vtilitatem. 902.a
Reſcripta ad lites an ſint perpetua? 1069.d
Reſcriptum ab vno impetratum communi nomine, alijs quoque prodeſt communem rem habentibus. 1070.c
Et quid ſi communi nomine impetratum ſit. ibid.d
Reſcriptum non extenditur ad perſonas in eo non nominatas. 1071.a
Reſcriptum Principis delegatorium, ſicut alia reſcripta, interpretationem recipit ex iure communi. 1364.d
Reſoluto iure datoris, reſoluitur ius acceptoris. 840.b
Reſtituere in integrum quid ſit? 51.b & ſeq.
Reſtitutus a Principe, an recuperet fructus medio tempore fiſco perceptos. ibid.
Reſtitutionis verbum etiam fructus continet. ibid.c
Quomodo ſit accipiendum. 52.a
Reſtitutus a Principe an recuperet hæreditatem alteri delatã. 51.b & ſeq. latè.
Reſtitutio quem effectum habeat. ibid.d
Reſtitutio Principis alteri nocere non debet. ibid.
Reſtitutio an detur aduerſus rem iudicatam, propter inſtrumenta nouiter reperta, ex cauſa iuſtæ, & probabilis ignorantiæ. 65.c & ſeq latè.
Reſtitutio in integrum aduerſus præſcriptionem longiſſimi temporis, vtrum competat maioribus vigintiquinque annis ex cauſa iuſtæ & probabilis ignorantiæ. 87.c & ſeq. latè.
Reſtitutio in integrum aduerſus contractum iuratum, an concedenda ſit ob grauem læſionem minori. 298.a & ſequent. latè.
Et an a tali iuramento peti poſſit abſolutio. 299.a
Reſtitutionis in integrum beneficium tranſit ad hæredem minoris. 476.a
Reſtitutio in integrum eſt repoſitio in integrum ſtatum. 490.d & 1251.a
Reſtituere in integrum nihil aliud eſt, quam honori, ordini, cæteriſque omnibus reſtituere. 1157.d
Reſtitutus in integrum ex gratia Principis, an recuperet pretium bonorum a fiſco alienatorum. ibid.c
Reſtitutio minoris non debet alteri fraudi eſſe. 1251.a
Retentio rei datur pro ſumptibus in eam factis. 949.a
Retractus iure ſi vti nolit proximior agnatus, an ſequens in gradu eo vti poſſit. 841.c
Reuerentia quæ debetur marito, debetur etiam vxori. 1359.c
Reuerentia certis perſonis debita læditur ſola in ius vocatione. 1359.b
Reus ex præſumptionibus torqueri debet. 41.b & ſeq.
Reus ſubiectus tormentis, ſi negauerit ſe maleficium commiſiſſe, quid iuris. 44.d & ſeq latè.
Reus ita torquendus eſt, vt ſaluus eſſe poſſit, vel innocẽtia vel ſupplicio. 45.c
Reus eſt abſoluendus definitiuè, accuſatore non probante. 1155.a
Reus qui poſſidet, non tenetur probare. 1347.a
Reus quo in caſu actoris partes obtineat. 1356.a
Rixę & ſcandala ſunt euitanda. 118.a
Rubricæ verbis generalibus inhærendum non eſt, ſed verbis textus. 535.b

S

SAluianum interdictum an competat extra cauſam locationis, & conductionis. 1107.c
Saluianum interdictum an competat contra extraneum poſſeſſorem rerum debitoris. 1108.d
Saluianum interdictum an intẽtari poſſit aduerſus extraneum poſſeſſorem, non facta excuſſione principalis debitoris. 1108.d
Saluus conductus a Principe conceſſus ex bannito ob grauiſſima delicta, an ſit ſeruandus. 1201.b
Saluum conductum frangens, an incidat in crimen læſæ maieſtatis. 1502.d
Saluum conductum bannito iudex concedere an poſſit. 1204.a
Et quid ſi conceſſerit cum de iure non poſſet, an teneatur ſeruare. 1205.b
Scæuola. I.C. erat ſolitus breuiter & ad rem reſpondere. 1355.c
Schedula patris teſtamentum continens inter liberos valet. 810.b
Scienti & volenti non fit dolus, neque iniuria. 171.a
Sciens coniurationem contra Principem, vel Rempublicam, & eam non reuelans, an ſit puniendus. 1221.a
Scientia inducitur ex poſtulatione gratiæ, & eius impetratione. 1337.a
Scientia & patientia inducit nouum conſenſum. ibidem.

Scientia vbi ceſſat, non poteſt induci conſenſus. ibid.
Sonſus illorum verborum, nihil agitur. l. qui mihi. ff. de donat. quis ſit? 1307.c
Sententia capitalis in quenquam ferri non poteſt, qui non ſit plenè conuictus, vel confeſſus. 39.d
Sententia an retractari poſſit prætextu teſtamenti nouiter reperti. 67.a & ſeq. latè.
Sententia & tranſactio æquiparantur. ibid.
Sententia a qua appellatum eſt, poſſitne executioni mandari poſt lapſum anni, quaſi appellatio ſit deſerta. 99.b
Sententia lata contra ius litigatoris valet. 244.b
Sententia ſuper feudo lata contra vaſallum poſſeſſorem feudi, an noceat agnatis, qui poſt eum ad feudum vocantur. 961.a
Sententia lata contra teſtamentum nocet legatarijs. ibidem c.
Sententias diuerſas proferri, vbi ſunt diuerſæ perſonæ abſurdum non eſt. 1172.a
Sententia lata ex falſis probationibus, retractatur. 1182.b
Sententia lata ſuper principali, nocet etiam ſuper incidenti, quando plene ſuper incidenti ſuit cognitum. 1351.d
Sententia lata in iudicio ſummario, non præiudicat in ordinario. 1352.b
Sententia lata non ſecundum ordinem iudiciorum, non habet vim rei iudicatæ. ibid.
Sententia lata in iudicio ordinario, an poſſit in alio iudicio retractari. ibid.c
Sententia lata in iudicio ordinario contra actorem pro excipiente, non poteſt retractari in alio iudicio, in quo agitur ad rem acceſſoriam, veluti ad pœnam, vel ad fructus. ibidem.
Sententia lata ex falſa cauſa, an ſit nulla. 1353.d
Sententia notoriè iniuſta ex actis, nulla eſt. 1354.a
Sententiæ iniuſtæ non ſunt omnes nullæ. ibid.b
Sententiam iniuſtam qui obtinet, non poteſt eam allegare ad ſui commodum. ibid.d
Sententia delegati iniuſta an tranſeat in rem iudicatam. ibidem.
Sententia contra ius litigatoris lata, habet authoritatem rei iudicatæ. ibi.
Sententia non poteſt retractari ex nouis probationibus. 1366.a
Seruitutes reales quomodo præſcribantur. 1009.d. & ſeq. late.
Seruitutes omnes cauſas perpetuas habere debent. 1012.b
Seruitus altius tollendi, vna eſt, non duplex. 1047.c
Seruus publicus quis. 1106.b. & ſeq.
Simonia eſſe dicitur, quoties pecunia datur pro rebus Eccleſiaſticis, & ſpiritualibus. 178.c
Si duo ſint hæredes patroni A. & B. & A. moriatur relictis quinque hæredibus; quorum duo præſentent vnum, ſimul cum B. alij vero tres præſentent alium, ad ius Patronatus, vtrum vota ſint æqualia. 1367.b.
Significatio propria ſumitur etiam ab authoritate. 1275.b
Simonis Endellij Nobilis Auſtriaci ſolutio ad le. Et habet. 15. §. 1. ff. de precario, eiuſque commendatio. 1004.d
Si quis promiſerit non offendere Titium, nec eius heredes ſub pœna, & vnus ex hæredibus fuerit offenſus, an pœna in ſolidum committatur; hoc eſt, an offenſus eam in ſolidum petere poſſit. 1315.b
Si vinco vincentem te, multò magis vinco te. 1288.d
Societate ea lege contracta, vt alter conferat pecuniam, alter operam: verum ea finita, pecunia ſit diuidenda. 275.b
Societatis contractus ita debet interpretari, vt æqualitas ſeruetur. ibid.c
Societate ita contracta, vt alter pecuniam conferat alter operam; ſi pecunia omiſſa fuerit, quid ſtatuendum. 276.a. & ſeq.
Socij criminis teſtimonium, an faciat indicium in caſibus exceptis. 1227.a. & ſeq.
Solemnitas extrinſeca non præſumitur, ſed probanda eſt. 1336.d
Solemnitas extrinſeca præſumitur ex lapſu triginta annorum in re graui & præiudicium inferente. 1337.b
Soluiſſe quis dicatur. 12.d
Solutio facta a debitore cedere debet in duriorem cauſam. 119.d
Soluere qui tenetur non liberatur dando fideiuſſorem. 948.d
Quomodo accipiendum. 949.c
Sortes nullum dolum, nullam fraudem habent. 1033.a
Specialis diſpoſitio derogat generali. 496.a
Specialia duo poſſunt ſimul concurrere. 2084.a
Species eſt in ſuo genere. 1342.b
Spoliato agenti contra ſpoliatorem an obijci poſſit exceptio alterius ſpolij. 995.a
Spoliatus ante omnia reſtituendus eſt. 1042.d
Spoliatus ante omnia reſtituendus, licet ſuper petitorio lis fuerit conteſtata. 1045.b
Sponſalia vtrum poſſint contrahi ante ſeptimum annum ſi malitia ætatem ſuppleat. 308.c
Sponſalia vtrum diſſoluantur propter ſponſi abſentiam, ſeruata diſtinctione iuris Ciuilis. 314.c
Sponſalia ſi contraxit pubes cum impubere per verba de præſenti, an ducere aliam vxorem poſſit, poſteaquam ſciuit impuberem iam factum pubere matrimonio conſenſiſſe. ibid.d
Spurius an dicatur turpis perſona. 521.d
Statutum Ciuitatis, quo cauetur, vt ſi creditor intra certum tempus non petierit, excludatur à iure ſuo, an valeat. 86.b. & ſeq late.
Statutum quod reijcit omnem interpretationem in teſtamento, quomodo ſit accipiendum. 487.d
Statutorum verba an ſint propriè accipienda. 492.d
Statuta Ciuitatis ſeruanda. 1137.a
Statuto ſtante, quod pater teneatur pro delicto filij vſque ad portionem legitimam, an locum habeat filio in contumaciam damnato. 1195.b
Statutum excludens filiam à ſucceſſione patris ſtantibus maſculis, an locum habeat, ſi filiæ in teſtamento patris dos relicta fuerit. 1275.d
Statutum quod iuri communi aduerſatur ſtrictè eſt intelligendum. 1276.b
Statutum loquens de dote data, an locum habeat in dote promiſſa. 1277.a
Statutum extenditur ad caſum, qui ſub larga verborum ſignificatione continetur. 1361.a
Statuto ſtante vt homicida capite plectatur, niſi pacem habuerit ab hæredibus occiſi, an ſufficiat habere pacem à maiori parte hæredum. 1316.d
Stipulatio alteri facta, an valeat iure Canonico. 302.b
Et quid ſi iuramentum acceſſerit. 303.a
Stipulationes pro liberis, & pro hæredibus differunt. 818.a
Stipulatur vnuſquiſque ſibi & ſuis hæredibus. 819.c
Stipulari alteri nemo poteſt, an habeat locum etiam in feudis. 914.d
Stipulari alteri in feudis an liceat. 931.c
Stipulatione Notarij an acquiratur ius abſenti ante ratificationem. 1106.b
Stipulatio vbi continet rem diuiduam, vno ex hæredibus contrauueniente, pœna committitur pro parte aduerſus eum ſolum qui contrauenit. 1311.c
Stipulatio amplius non agi, diuidua eſt. 1312.c
Stipulatori non ſatisfit, niſi plena ſit defenſio. ibid.d
Stipulatio de non offendendo omnino eſt perſonalis, nec ſui natura apta eſt tranſire ad hæredes. 1315.d
stipulationes pœnales multiplicantur ex perſonis ſingulorum hæredum. 1316.b
stipulatio rem reſtitui, indiuidua eſt ſolutione. 1319.d
stipulatio rem ratam haberi, non diuiditur niſi in perſonis hæredum. 1325.c
stipulatio ſeruitutum, & obligatione, & ſolutione indiuidua eſt. ibid.d
stipulatio de defendendo eſt indiuidua. 1328.d
stipulatio amplius non agi, eſt diuidua. 1329.a
stipulatio ire, agere licere, non tranſit ad hæredes, poteſt tamē ſui natura tranſire. 1331.a
stipulationes pœnales multiplicantur ex perſonis ſingulorum hæredum. ibid.c
stipulationes iter fieri, & per te non fieri, non ſunt duæ diſtinctæ ſtipulationes, ſed vnica, continens affirmationem & negationem. 1349.a
stipulatione dolum malum abeſſe, an eiuſdem naturæ ſit cū ſtipulatione per te non fieri, an vna potius cum ſtipulatione rem

rem ratam haberi. 1349.c
Stipulatio rem ratam haberi, eſt diuidua. ibid.
Stipulatio dolum malum abeſſe, eſt indiuidua. ibid.
Stipulatio requirit verba, ex quibus colligatur interrogationem præceſſiſſe; & reſponſionem ſubſecutam eſſe. 1351.a
Stupri uiolenti pœna quæ? 1255.c
Subrogatum ſortitur naturam eius in cuius locum ſubrogatur. 62.a.& 1340.b
Subſtitutio directa non poteſt fieri pagano poſt pubertatem. 408.d
Subſtitutio pupillaris tacita locum non habet matre exiſtente in medio. 439.a
Subſtitutio pupillaris tacitam matrem excludat, quoties filius ſubſtitutus eſt pupillariter. 440.c
Subſtitutio pupillaris expreſſa, matrem a legitima excludit. 441.d
Subſtitutio compendioſa impuberi filio facta a pagano verbis directis, an filio poſt pubertatem mortuo ualeat, ut fideicõmiſſaria. 446.c.& ſeq.
Subſtitutio compendioſa facta impuberi uerbis communibus matre exiſtente in medio, an ſit omni tempore fideicommiſſaria. 448.b
Subſtitutio facta in caſu quo filij naſcituri decedant abſque liberis, an locum habeat filiis non natis. 449.d.& ſeq.
Subſtitutionum gradus ſi plures ſint, & unus deficiat, bona reſtitutioni ſubiecta manere debent apud hæredem grauatũ cum onere reſtituendi ſequentibus ſubſtitutis. 451.a
Subſtitutus vulgariter in unum caſum, ut puta, ſi hæres eſſe noluerit, an ſuccedat in alium, puta ſi hæres eſſe non potuerit, uel contra. 474.a
Subſtitutio vulgaris an impediat tranſmiſſionem iuris deliberandi in hæredem inſtituti. 475.d.& ſeq.
Subſtitutio impedit ius tranſmiſſionis ex potentia ſuitatis. 476.c
Subſtitutio eſt potentior iure accreſcendi. 476.d
Subſtitutus vulgaris an ſuccedat filio repudiante hæreditaté, an uero pater. 478.d
Subſtitutio pupillaris hæreditate non adita uitiatur. 484.b
Subſtitutio vulgaris ſeparatim facta perſonis imparibus, an contineat tacitam pupillarem. 485.d
Subſtitutio vulgaris an contineat pupillarem, ſi duobus impuberibus ſubſtitutio fiat, uni vulgaris, & alteri pupillaris. 486.d
Subſtitutio vulgaris an contineat pupillarem, ſi verba in teſtamento accipienda ſint ad litteram. 487.b
Subſtitutio vulgaris an tollat ſuitatem. 488.a
Subſtitutio vulgaris pluribus facta copulatiuè, uno adeunte an expiret. 489.c
Subſtitutus vulgaris an admittatur minore adeunte hæreditatem, & aduerſus aditionem reſtituto. 491.d
Subſtitutio reciproca pupillaris, an cenſeatur facta inter filios impuberes, quando eorum ultimo morienti datus eſt ſubſtitutus in tota hæreditate, matre exiſtente in medio. 501.a
Subſtitutio directa non inducitur ex coniecturis. 501.b.& ſeq.
Subſtitutio reciproca non directa, ſed fideicommiſſaria, an prę ſumatur inter plures hæredes, quoties eorum vltimò morienti datus eſt ſubſtitutus in tota hæreditate. 502.a
Subſtitutio reciproca an præſumatur facta cum pluribus hæredibus inſtitutis, poſt mortem omnium teſtator aliquem ſubſtituit. 504.b & ſeq.
Subſtitutio reciproca an inducatur, cum pluribus hæredibus inſtitutis, poſt mortem omnium teſtator ſubſtituit, cum perſona adeſt magis dilecta teſtatori. 506.a.& ſeq.
Subſtitutio ſi fiat ſecundum hanc formam vulgariter pupillariter, & per fideicommiſſum, an ſit in electione ſubſtituti ſuccedere ex quacunque velit ſubſtitutione. 507.a
Subſtitutio vulgaris, & pupillaris non poſſunt ſimul concurrere. 507.b
Subſtitutio vulgaris, & fideicommiſſaria concurrere ſimul poſſunt. ibid.
Subſtitutione facta inter filios tam ex primo, quàm ex ſecũdo matrimonio, admittuntur fratres tam utrinque coniuncti, quàm ex uno latere tantum. 513.a
Subſtitutio interpretatur ex inſtitutione. 513.b
Subſtitui poteſt in particularibus legatis. 571.a
Subſtitutus pupillariter an teneatur probare inſtitutum in pupillari ætate deceſſiſſe. 735.b
Subſtitutus habet fructus inuentos in hæreditate; ergo non petit conſumptos, ſcilicet, a teſtatore. 1267.a
Subſtitutio debet interpretari vt ſit directa. 1274.c
Subſtitutio directa interdum trahitur ad obliquam. ibidem.
Subſtitutio vulgaris continet tacitam pupillarem. 1274.d
Subſtitutio compendioſa continet tacitam pupillarem. ibidem.
Subſtitutus an ſtatim admittendus, an expectata morte uiduę 1303.a
Subſtitutionis ius uendi poteſt, etiam uiuente pupillo. 1341.d
Subſtitutus a milite debet aliquid plus conſequi ex priuilegio militum, quàm cæteri ſubſtituti. 1361.b
Subſtituti per fideicommiſſum non capiunt fructus ante moram perceptos. ibid.
Subuaſallus feudum alienare uolens an requirere debeat conſenſum domini ſui immediati, an uero ſuperioris domini mediati. 907.a
Succeſſor prælati ſoluere tenetur debita prædeceſſoris pro neceſſitate eccleſiæ contracta. 258.c
Succeſſio regni & principatus ſit ne deferenda patruo uel nepoti ex filio primogenito. 679.b.latè.
Succeſſor epiſcopi inueſtientis aliquem de feudo, an & quando teneatur ratam habere inueſtituram a prædeceſſore factam. 869.b
Et quid ſi anteceſſor conceſſit cum conſenſu capituli. ibid.e
Succeſſor prælati non tenetur ex facto anteceſſoris, tendente in detrimentum eccleſiæ. 870.d
Succeſſor epiſcopi tenetur ſeruare, quæ facta ſunt a prædeceſſore cum conſenſu capituli, licet alioqui morte illius extinguerentur. 871.a
Succeſſor epiſcopi ratam habere non cogitur inueſtituram, niſi ille qui eam accepit miſſus ſit in poſſeſſionem feudi, & conſentiente eo qui detinet. ibi.c
Succeſſores ſi plures ſunt, an omnes fidelitatem domino iurare debeant. 908.c
Suitas, quid? 488.b
Sumptus cur non poſſint repeti in caſu l.1. C. de infantibus expoſitis. 69.d
Surdus, mutus, uel aliter imperfectus an ſit feudi capax. 878.a

V

Taciti & expreſſi eadem eſt virtus. 440.c.& 1271.d
Tacens conſentire uidetur: ſed contra. 1068.e
Tempus contractus celebrati inſpicitur in æſtimanda læſione 170.e
Tertius ueniens ad iudicium pro ſuo intereſſe, audiendus eſt; Et an retardare ac impedire poſſit iudicium inter priores litigantes cœptum. 9.d
Tertulliani ſententia de eo, qui fœtum humanum nondum natum necauit. 1.53.d
Teſtatoris uoluntas debet intelligi ſecundum tempus teſtamenti. 145.b
Teſtamentum imperfectum inter liberos ſeruandum eſt, ſola ſchedula comprehenſum, nullis teſtibus præſentibus. 379.a
Teſtamentum quo inter liberos bonorum diuiſio continetur, nullo opus habet teſte. ibid.
Teſtamentum inter liberos ſi confectum fuerit nullis teſtibus præſentibus, ſine ſeruandum. 379.a
Teſtamentum imperfectum an inter liberos naturales ſeruandum, & quid ſi legitimati ſint. 383.b
Teſtamentum imperfectum an ſit ſeruandum, quãdo ad pias cauſas conditum eſt. 384.b
Teſtamentum ad pias cauſas nullis teſtibus præſentibus, non ualet. 384.c
Teſtamentum ſi quis facere inceperit, & cum hæredibus primis inſtitutis, ſecundos cum ſcribere uellet morte impeditus non potuerit, non ualet. 385.a
Teſtamentum inter liberos, an ſeruandum ſit, quoties uoluntas imperfecta eſt. 385.a
Teſtatoris uoluntas imperfecta, quia conditiones, quas adſcribere uolebat non adſcripſit, an ſeruanda. ibidem b.

Teſtator ſi ſcripſit manu ſua teſtamētum inter liberos: deinde iuſſit, ut Notarius uocaretur, & ſimul etiam teſtes, & antequam accederent mortuus eſt, an ualeat diſpoſitio. ibi.d
Teſtamentum inter liberos confectum, ſi imperfectum ſit, licet ſeruandum ſit, tamen liberi ſuccedunt ab inteſtato. 386.b
Teſtatoris uoluntas ex teſtamento imperfecto, ſitne ſeruanda ab hæredibus in foro conſcientiæ. ibid.d
Teſtamentum coram uno vel duobus teſtibus tantum, iure canonico non valet. 388.d
Teſtamentum imperfectum pro nullo habetur. 389.a
Teſtamento poſteriori primum perfectum tolli, licet poſterius imperfectum ſit, quomodo accipiendum: Et quando locum habeat. ibi.d
Teſtamenta duo ad pias cauſas ſi condita ſint, quorum prius perfectum, alterum imperfectum ſit, an poſteriore tollatur prius. 390.d
Teſtamentum primū perfectum an tollatur per ſecundū imperfectum, quando in ſecundo inſtituti ſunt uenientes ab inteſtato, ſed non omnes. 39[illegible].a
Et quid ſi tam in primo, quàm in ſecundo fuerint inſtituti venientes ab inteſtato. ibid.
Teſtamentum prius ſolenne & perfectum, in quo liberi inſtituti ſunt in legitima, uel iuſtas ob cauſas exhæredati, an tollatur poſteriore teſtamento imperfecto, in quo filij hæredes inſtituti ſunt, ſecundum formam Nouell. de teſtam. imper. 391.d
Teſtamentum an reuocetur ex eo, quod teſtator declarauerit ſe velle illud reuocatum, ac ſe inteſtatum decedere. 394.d
Teſtamentum an reuocari poſſit ſi teſtator iurauerit ſe non reuocaturum. 395.d
Teſtamentum ex cauſa exhæredationis filiorum an ſit nullū. 396.b
Teſtamentum ſi nullum ſit ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis, utrum legatarius, uel fideicommiſſarius actio ex eo competat. 398.b
Teſtatus pro parte, & pro parte inteſtatus decedere poteſt aliquis ex poſt facto. ibi.d
Teſtamentum ſi nullum ſit ob præteritionem filij, uel inofficioſum ob exhæredationem, utrum filius, qui ab inteſtato vendicat hæreditatem, teneatur ſcriptis hæredibus reſtituere hæreditatem vigore clauſulæ Codicillaris teſtamento adiectæ. 399.a
Teſtamentum militis ſi non ualet iure communi, ualet iure ſpeciali. 401.a
Teſtator non præſumitur uoluiſſe alienam ſobolem ſuæ anteponere. ibid b
Teſtator qui ſuperuixit poſt teſtamentum conditum, & non mutauit, præſumitur uelle in eadem uoluntate decedere. 402.d
Teſtatoris uoluntatem executioni mandari, publicè intereſt. 412.c
Teſtamentum patris inter liberos an ualeat, ſi uni ex liberis legitimam relinquat abſque titulo inſtitutionis. 415.d
Teſtamentum an ualeat ſi pater dicat ſe pro legitima centum filio relinquere. 416.d.& ſeq.
Teſtatoris uoluntas præſumitur iuri conſentanea eſſe. 441.b
Teſtator præſumitur uelle hæredem facere id, quod ipſe ſi uixiſſet facturus fuiſſet. 453.a
Teſtator an poſſit Monaſterium, uel Eccleſiam excludere, ſi hæres factus fuerit Monachus, & proximiores uocare ac ſubſtituere. 466.d.& ſeq.
Teſtatori permiſſum eſt de rebus prohibitis diſponere. 467.d
Teſtatoris defuncti intereſt hæredem habere. 474.d
Teſtatus pro parte, & pro parte inteſtatus decedere nemo poteſt. 481.d
Teſtamentum uires aſſumit ex vulgari ſubſtitutione expreſſa 483.d
Teſtamentum an vires aſſumat ex tacita vulgari ſubſtitutione, ſi filius ante patrem teſtatorem deceſſerit. 484.c
Teſtatoris uoluntas magis ſpectanda eſt, quàm uerba. 490.c
Teſtator ſi filio hæredi inſtituto abſque liberis decedenti ſubſtituat, & alienationem prohibeat, antequam venerit ad 25 annum, utrum iudicetur alienationem permittere poſt 25. annum. 493.a
Teſtatoris diſpoſitio ita debet intelligi ne ſit inanis. ibid.d
Teſtatoris uoluntas interpretanda eſt ſecundum eius opinionem, non ſecundum ueritatem. 499.b
Teſtatoris uoluntas ſic interpretari debet, ut iuri ſit conformis. 509.b
Teſtari de feudo permiſſum non eſt. 597.b.& 757.d
Teſtamentum fratris, in quo turpis perſona eſt inſtituta ſi reſcindatur, an vigore clauſulæ Codicillaris ſcriptis hæredibus reſtituenda ſit hæreditas. 517.d.& ſeq.
Teſtamento fratris reſciſſo, in quo turpis perſona eſt inſtituta, utrum frater teneatur legata præſtare. 519.b
Teſtamentum quod clauſulam derogatoriam continet, non reuocatur per poſterius teſtamentum, licet fiat mentio ſpecialis clauſulæ derogatoriæ. 519.c
Teſtamentum ad alterius interrogationem factum an ualeat. 631.a
Teſtamentum poſterius factum ad alterius interrogationem, an tollat primum ſolemniter confectum. 632.a
Teſtamentum an ualeat hodierno iure, in quo filius inſtitutus eſt ſub conditione caſuali, uel mixta. 633.a
Teſtamentum an ualeat confectum non adhibitis ſolēnitatibus iuris, ſed loci duntaxat in quo eſt confectum a forenſe. 658.b
Et in effectum habeat, quoad bona alibi ſita. 660.b
Teſtamentum an ualeat coram quinque teſtibus factum tempore peſtis. 661.b
Teſtamentum primum, quod poſteriore reuocatum eſt, qua ratione reuiuiſcat, ſi poſterius irritum & reuocatum ſit a teſtatore. 662.c
Teſtandi facultas a S. Pontifice conceſſa perſonis Eccleſiaſticis, non eſt ad unum duntaxat teſtamentum reſtringenda. 670.a
Teſtandi facultas conceſſa perſonis Eccleſiaſticis morte S. Pōtificis non expirat. 671.c
Teſtamentum factum ante ingreſſum religionis, an per ingreſſum reuocetur. 694.d.& ſeq.
Teſtamentum factum ante profeſſionem, poſſitne monachus poſt profeſſionem reuocare. 697.a
Teſtator an poſſit legatariis ſtipulari. 774.a
Teſtator an poſſit inducere uſuras. 776.a
Teſtamentum militare an ſubiaceat querelæ inofficioſi. 779.d
Teſtamenta Clericorum an ſubiaceant querelæ de inofficioſo 781.b
Teſtamentum factum apud acta iudicis, an requirat teſtes. 795.d
Teſtamentum imperfectum inter liberos eſt ſeruandum. 1037.c
Teſtamentum metu factum, an ipſo iure ualeat. 1263.c
Teſtamentum eſt iuſta ſententia. ibid d.
Teſtamentum factum alterius interrogatione an ualeat? 1265.b
Teſtator debet nominare hæredem ore proprio. ibid.
Teſtamentum caducum quale? 1297.d
Teſtamentum, quo nepos inſtituitur ſecundum formam Galli Aquilij, præmoriente filio, quo pacto non fieret caducū. 1297 d
Teſtamentum rumpitur ſi agnaſcatur ſuus hæres præteritus. 1299.d
Teſtamentum non rumpitur ab eo qui non ſuccedit ab inteſtato. 1301.d
Teſtator reliquit mille in conſtructionem Eccleſiæ, & reliquit quatuor hæredes, utrum obligatio ſit indiuidua, ut ſinguli teneantur in ſolidum. 1320.c
Teſtis, & iudex in cauſa propria conſtituitur is, cui iuramentum defertur. 32.b
Teſti unico credendum non eſſe. 1003.b
Teſtis nullus eſt idoneus in cauſa propria. 1026.d
Teſtis domeſtici teſtimonium improbatur. 1218.d
Teſtis ſi contraria depoſuerit in iudicio, an ſit credendum priori uel poſteriori depoſitioni. 1219.a
Teſtis ſi contrarium dixerit in iudicio, eius quod extra iudicium dixerat, cui ſit fides adhibenda. 1220.a

Teſti-

Teſtimonium ſocij criminis, an faciat indicium ad inquiſitionem, in caſibus non exceptis. 1244.a
Teſtes in teſtamento debent eſſe rogati. 1264 a
Theſaurum ſi emptor inuenerit in re empta, an ſit habenda eius ratio in æſtimatione læſionis ultra dimidiam. 170.d
Titulus pro hærede in ſuis hæredibus, an proficiat ad uſucapionem. 691.a
Titulum ſuæ poſſeſſionis nemo cogitur exhibere. 991.a
Titulus ad præſcriptionem neceſſarius, ex longi temporis poſſeſſione an ſit præſumendus. 1022 a
Titulus ex longo tempore præſumitur in multis caſibus. ibid.
Tormentis reus ſubijciendus non eſt, niſi ad inueſtigandam ueritatem, & non ex probabilibus argumentis, & indicijs. 45.b
Tormentis, verberibus & igne fatigati quod dicunt, ueritas ipſa dicere uidetur. ibi.a
Tortura an purget veras, & legitimas probationes. 1243.b
Traditio dominium transfert, ſi iuſta cauſa ſubſit, ſaltem in potentia. 136.b
Traditio nuda dominium non transfert. ibid.
Tranſigere an liceat: & quare de criminibus capitalibus. 14.c.& ſeq.
Tranſactio non liberat prorſus delinquentem. 15.b
Tranſigere an liceat de priuatis criminibus, quæ pœnam ſanguinis non irrogant. 16.c
Tranſigere licet in priuatis criminibus, ubi ciuiliter agitur; ſecus ſi criminaliter. 16 d
Tranſigi poteſt de crimine falſi. 17.b
Tranſactionem eſſe promiſſam de crimine falſi, quomodo ſit accipiendum. 18 a
Tranſactione facta de crimine reus accuſari, & puniri an poſſit pœna ſanguinis. 18.d
Tranſactio fit aliquo dato uel retento. 21.d
A Tranſactione non licet recedere. 22.a
Tranſigi non poteſt de his, quæ pendent ex teſtamento, niſi inſpectis, & cognitis verbis teſtamenti. 67.a
Tranſactio retractatur prætextu teſtamenti nouiter reperti. ibidem.
Tranſactio an reſcindi poſſit propter enormem læſionem. 184 b.& ſeq.latè.
Tranſactio & iuramentum æquiparantur. ibi.d
Tranſactio & res iudicata æquiparantur. 185.a
Tranſactio dolo interpoſito reſcinditur. 186.a
Tranſactio de alimentis futuris teſtamento relictis, an ualeat iuramento accedente. 305.a
Tranſactio ex falſa cauſa corruit. 1354.a
Trebellianica nunquid hæres priuetur ob inuentarium non confectum. 435.b.& ſeq.latè.
Trebellianica an poſſit detrahi cum legitima eſt ſemis. 551.c
Trebellianica poſſitne prohiberi à teſtatore. 552.a
Trebellianica poſſitne prohiberi liberis primi gradus. 553.d
Trebellianica an dicatur eſſe prohibita ex prohibitione alienationis. 554.b
Trebellianicam an fideicommiſſarius reſtituens alteri fideicommiſſario detrahere poſſit. 555.a
Trebellianica detractio ſitne facienda ex tota hæreditate defuncti: an uerò ex eo, quod ſupereſt deductis legatis. 556.a.& ſeq.
Trebellianica deducitur ex uniuerſis bonis, & ex legatis, quoties hæreditas deductis legatis reſtituenda eſt. 557.a
Trebellianica non poteſt minui per legata. 558.d
Trebellianica locum habet in fideicommiſſis. 563.a.& ſeq.
Trebellianica an locum habeat in fideicommiſſis ad pias cauſas. 571 d
Tutor uel curator, an cogi poſſit ad reddendam pecuniam pupilli uel adulti ante redditas rationes. 1059.b

V

VAgabundus an debeat remitti ad locum delicti. 1163 b
Vaſallus feudo priuatur ob certas cauſas, non tamen ipſo iure ſed per ſententiam. 113.c
Vaſallus committens crimen feudi priuatione dignum, reſtituere tenetur fructus, quos ante ſententiam priuationis latam percepit. 115.b
Vaſallus poteſt conſtituere ſeruitutem in feudo, quoad ſui præiudicium. 236.b
Vaſallo delinquente extra perſonam domini, quomodo feudum ad agnatos pertineat, & ad quos. 853.d
Vaſallo delictum committente aduerſus dominum, cui feudum aperiatur. 855.d
Vaſallus ſi non petierit intra annum & diem inueſtiturã, amittit feudum; & ad quem pertineat. 863.c
Vaſallus ſi de feudo alium ſubinfeudauit, deinde mortuus eſt, an dominus teneatur admittere ſubinfeudatum, ſi ei ſeruire uoluerit. 904.d.& ſeq.
Vaſallus an teneatur præſtare iuramentum fidelitatis omnibus ſucceſſoribus domini ſui, an vero vni tantum. 909.c
Vaſallus non poteſt agnatis præiudicare etiam cum conſenſu domini. 914.c
Vaſallus an poſſit inuito domino feudum refutare. 916.b
Vaſallus inueſtitus Caſtro cum iuriſdictione, mero & mixto Imperio, an habeat ius confiſcandi, hoc eſt, compendium ipſius confiſcationis. 926.e
Vaſallus an poſſit uſumfructum feudi alteri cedere. 935.e
Vaſallus cui dominus feudum alienandi poteſtatem conceſſit, poſſitne partem feudi alienare. 937.d
Vaſallus an poſſit feudum alienare ſine conſenſu domini, quando ei conceſſum eſt feudum, & quibus dederit. 938.b
Vaſallus feudum ſi alienauerit abſque conſenſu domini, & incontinenti recuperauerit, utrum caducitatis pœnam euadat. 940.a
Vaſallus alienans fęudum ſine licentia domini & conſtituens ſe nomine emptoris illud poſsidere, non facta reali traditione, an incidat in pœnam. 942.a
Vaſallus an feudo priuandus, ſi cenſum annuum domino præſtare ceſſauerit. 943.b
Vaſallus feudo priuandus ob feloniam, an teneatur reſtituere fructus perceptos ante ſententiam. 952.a
Vaſallo mortuo & feudo agnatis aperto, quomodo fructus ſunt diuidendi. 956.a
Vaſalli duo ſi contendant de feudo, quolibet dicente ad ſe pertinere, quis ſit iudex competens. 959.a
Vaſallo feloniam committente ob quam ipſo iure feudo priuatur, an dominus poſſit ſucceſſoribus eius feudum adimere, licet uaſallo uiuente non fuerit conqueſtus. 962.b
Vaſallus poteſt feudum alienare in agnatum ſuum, etiam irrequiſito domino. 1305.d
Vaſallus an in ius uocare dominum poſſit ſine uenia. 1360.a
Vaſallus æquiparatur liberto. ibi.b
Vaſalli nulla fit mentio in titulo de in ius uocando. ibi.c
Vaſallus non ita domino obſtrictus, ac libertus patrono. ibid.d
Vaſallo dominus reciproca fide tenetur. ibid.
Vbi quid fieri ſtipulamur, ſi non fuerit factum, pecuniam dari oportet. 1334.a
Vectigal ſi unus ex hæredibus pluribus non ſoluat, non tota res incidit in commiſſum. 129.d
Venatio an prohiberi poſſit a Principibus, & ſub quibus pœnis, & quibus ex cauſis. 1.a.& ſeq.latè.
Venantes ſæpius contra edictum Principis, grauius ſunt puniendi. 5.a
Venantes ſemel contra Principis prohibitionem nõ ſunt morte mulctandi, nec membri abſciſſione, ſed pœna carceris, uel pecuniaria. 5.a.& ſeq.
Venantes ſæpiſſimè contra principis edictum, in eius contemptum, morte ſunt mulctandi. 5.d
Venditionis ſubſtantia conſiſtit ex re & pretio. 127.a
Venditio facta eo pretio, quod in arca habeo, uel pretio iuſto, uel pretio æſtimando a peritis æſtimatoribus eligendis ab utraque parte, an ualeat. 127.a
Venditio iuſto pretio facta, non ualet. 129.b
Venditione facta cum pacto redimendi intra certum tempus; ſi ante lapſum temporis pretij pars ſoluta fuerit, & poſt lapſum temporis reſiduum offerat, Vtrum res redimi poſſit. 134.d.& ſeq.latè.
Venditio eſt perfecta, nec pœnitentiæ locus, licet totum pretium non ſit ſolutum. 135.a
Quomodo hoc accipiendum ſit. ibi.d
Vendere ſi quis promiſerit, & rem pretio accepto tradiderit, nulla alia uenditione facta, utrum dominium rei in accipientem tranſtuliſſe intelligatur. 136.a.& ſeq.

Vendita re cum pacto reuendendi, an incrementum alluuionis pertineat ad eum, qui uendidit, vel ad eum qui emit. 137.a & ſeq.
Venditio vbi eſt perfecta, commodum & incommodum ſpectat ad emptorem. 137.c
Venditione reſoluta, omne commodum interea contingens ad venditorem pertinet. ibid.
Venditio cum pacto reuendendi dicitur eſſe perfecta, dominium transferens, & acquiſitionem fructuum. ibid.d
Venditionis verbo emptio etiam continetur. 159.b
Venditio facta uiliore pretio non eſt donatio, ſed damnoſus contractus. 167.a
Venditio facta cum decreto iudicis, an reſcindi poſſit ex l.2. C. de reſcind. venditione. 168 d. & ſeq.
Venditione reſciſſa ex l 2. C. de reſciod. vendit. an reſoluatur hypotheca medio tempore contracta. 180.b. & ſeq.
Venditione reſciſſa ex remedio l.2. C. de reſcind. vend. an uenditori reſtituenda ſit res cum fructibus perceptis. 181.d. latè.
Venditio ab infirmo facta medico, an reſcindatur, ſi læſio interuenerit non ultra dimidiam. 183.b. & ſeq.
Venditor læſus citra dimidium iuſti pretij, an in foro Eccleſiaſtico habeat aliquod remedium. ibid.
Venditio ad corpus, & ad menſuram quæ? 186.d
Venditione ad corpus facta ſi maior ſit menſuræ modus, quid iuris? & ſimiliter quid iuris, ſi ſit minor menſuræ modus, quàm dictum ſit. 187.a. & ſeq. latè.
Venditione facta datis arris, ſi alter ex contrahentibus promiſſa non exequatur, quid iuris? 189.b
Venditio facta per procuratorem an reſcindi poſſit ob læſionem citra dimidiam. 190.b. & ſeq. latè.
Venditor an teneatur præcisè rem tradere, ſi facultatem habeat tradendi. 191.c. latè.
Venditor an conueniri poſſit, ut realiter rem tradat, ubi conſtituit ſe nomine emptoris poſſidere: & quid ſi precario nomine. 193.b. & ſeq. latè.
Venditor an poſſit abſque uſuræ labe conuenire cum emptore, ut donec ei pretium ſoluatur, ſingulis annis certi aliquid præſtetur. 195.b. & ſeq. latè.
Venditio an probetur, ſi teſtes de certo pretio non teſtificantur. 197.c
Venditor denuncians emptori litem ſibi motam inſerere debet in denunciatione acta ipſius litis. 199.c
Venditor qui nouit litem motam, & inſtrumenta pertinentia ad cauſam apud ſe habeat, an teneatur, etiam non requiſitus, emptorem defendere. 201.b
Venditor ab emptore denunciatus emptoris iudicem ſequi debet. 204.b
Venditor tenetur emptorem defendere in lite mota ſuis ſumptibus. 205.d
Venditor ſi ex pacto non obligatus ſit de euictione, tenetur nihilominus ad reſtitutionem pretij. 207.d
Venditor aduerſarium emptoris cogere poteſt ad compromittendum uigore ſtatuti. 209.b
Venditor reſcindi non poteſt ob quamcunque læſionem, licet emptor in foro conſcientiæ ſit obligatus. 388.c
Vendens rem alienam ſcienter, furtum committit. 943 a. & ſeq.
Venditor hæreditatis retinet iura directa. 1252.d
Venditio inſolidum eſt defendenda, cuius indiuiſa eſt natura. 1311.d
Vendita una parte hæreditatis, an contineatur in uenditione alia pars hæreditatis, quæ per ius accreſcendi aduenit. 1339.a
Venditor hæreditatis repræſentat perſonam defuncti, & directas actiones habet. 1340.b
Venditor hæreditatis ipſam hæreditatem dicitur poſſidere. 1341.b
Venditio pignoris ſub conditione legis commiſſoriæ, ſi pecunia tempore conuento non ſoluatur, uſu recepta eſt, & valet. 1346.b
Vendicationis uerbum quandoque impropriè ſumitur. 1034.d
Ventre inſtituto hærede, an is filius, qui ex ea natus eſt uxore, quæ erat tempore teſtamenti, inſtitutus eſſe intelligatur, an uerò, qui ex alia uxore natus erit. 516.a. & ſeq.
Venter dicitur, qui prægnans eſt. ibid.
Verba, *ſi quis*, tam fœminam, quàm maſculum comprehendunt. 23.a
Verba, *ſi quis*, vniuerſitatem quoque continent. 24.a
Verba ſunt accipienda ſecundum materiam ſubiectam. 128.a. & 822.c
Verba perpetuum tempus ſignificantia non reſtringuntur ad tempus 30. annorum. 155 b
Verba directa & obliqua in uenditione cum pacto reuendendi, quæ dicantur. 157.d. & ſeq.
Verba contractus non debent eſſe ſuperflua. 188.a
Verba directa quandoque trahuntur ad fideicommiſſum. 447.c
Verba, *Tunc*, &, *in caſu* quid operantur. 450.c
Verba teſtatoris ubi ſunt clara, non eſt habenda uoluntatis quæſtio. 500.a
Verba debent accipi eo modo quo prolata ſunt. 557.d
Verba præſtationi legati adiecta non faciunt actum conditionalem. 581.b
Verba propriè ſunt accipienda. 592.d
Verbum pertinere latiſſimam habet ſignificationem. 626.a
Verba iſta, *Nolo adire hæreditatem*, an inducant repudiationem 740.b
Verbum, *Hæredes*, in feudis ſignificat deſcendentes, & liberos. 817.b
Verba generalia debent intelligi ſecundum ſubiectam materiam, & ad habiles reſtringi. 822.b
Verba ſequenda ſunt, niſi in contrarium ſit uoluntas. 823.a
Verba contra eum interpretantur, qui poterat apertius legem dicere. 841.a
Verba in contractibus propriè ſunt accipienda. 950.d
Verba generalia legis de idoneis ſunt accipienda. 1037.d
Verba ambigua contra ſtipulatorem ſunt interpretanda. 1114.b
Verba in dubio debent referri ad teſtatorem non ad hæredē. 1268.a
Verba debent intelligi ſecundum conditionem perſonæ. 1273.d
Verba ſunt intelligenda in potentiori ſignificatu. 1274.a
Verba ſunt exaudienda ſecundum communem uſum loquendi. 1277.c
Verba indefinita æquipollent uniuerſalibus. 1295.c
Verba ſtrictè ſunt accipienda in materia odioſa. 1348.b
Verbum, *conuenit*, in ſcriptis redactum an importet ſtipulationem. 1350.d
Verbum, *promiſit*, importat ſtipulationem. ibi.
Verbum, *conuenit*, commune eſt omnibus pactis, & contractibus: at uerbum, *promiſit*, ſtipulationis eſt propium. 1352.a
Verbum, *Vtrò*, in l.1. §. interdict. ff. uti poſſidetis, quomodo intelligendum. 1356.b
Verba vbicunque poſſunt referri ad teſtatorem & ad hæredē, in dubio, referenda ſunt potius ad teſtatorem, quàm ad hæredem. 1362.d
Verba legis, in dubio, referenda potius ad teſtatorem, quàm ad hæredem. ibi.
Verba legis ita ſunt interpretanda, ut interpretatio non mereatur reprehenſionem. 1363.c
Veritate manifeſta, cedat conſuetudo ueritati. 1028.a
Veritas debet vincere nimiam ſubtilitatem. 1272.d
Vicarius Epiſcopi ex mandato reſignationem beneficij recipere poteſt, ſed non propterea beneficium reſignatum alteri conferre. 275.a
Victus victori condemnatur in expenſis, niſi uictor fuerit abſens, & contumax. 54.a
Victus victori an ſit condemnandus in expenſis, quando iuſtam habet cauſam litigandi uſque ad certum tempus, & poſtea non. ibi. d
Victus in cauſa appellationis an ſit in expenſis condemnandus, cum in prima inſtantia uictor fuerit. 55.c. & ſeq.
Victus victori in cauſis criminalibus ſiue condemnandus in expenſis. 46 a. & ſeq.
Victus probare poteſt ſententiæ iniuſtitiam ad euitandam pœnam. 1365.d
Vidua an poſſit petere uſuras dotis mora commiſſas ab hæredibus uiri. 1276 a
Vidua non ſuſtinet onera matrimonij, ſicut maritus. ibid.d
Viduas dotem habere dicere ſolemus. 1280.d
Vidua dicitur in eodem matrimonio perdurare. ibid.
Vidua eſt miſerabilis perſona, & proinde ſub protectione Eccleſiæ. 1290.d
Vis publica an ſit, cū quis armatus alium aggreditur. 1244.b
Vis publica eſt cum armis: vis priuata, ſine armis. ibi.c

Vis

Vis publica quæ? ibid.& ſeq.
Vis priuata, facta à perſona priuata. 1255.a
Vitiatio expreſſa vitiatur & tacitum. 484.b
Vna & eadem res parere non poteſt liberationem & repetitionem. 113.a
Vna & eadem res non debet diuerſo iure cenſeri. 1274 c
Vna pars hæreditatis non eſt ſequela alterius partis, nec acceſſoria. 1341.d
Vniuerſitas minori vigintiquinque annis comparatur. 24 a
Vniuerſitas ſuſtinet vicem perſonæ. ibid.
Voluntas & conſenſus facto etiam declaratur. 136.d
Voluntatis coniectura recta eſt, quæ ex verbis ſumitur. 823.a
Voluntatis quæſtio facienda non eſt, vbi nulla eſt in verbis ambiguitas. 919.a
Voluntas ex verbis colligitur. ibid.b
Vſucapio veritatem ſpectat, non opinionis errorem. 1030.d
Vſufructuarius tenetur reſtituere fructus, quo percepit finito vſufructu. 115.a
Vſufructuarius omnium bonorum teſtamento relictus, an teneatur æs alienum ſoluere. 483.a
Vſumfructum an pater habeat, vel auus paternus, dum ſuccedit filio vel nepoti in portione matris vel aui materni. 578.c.& ſeq.
Vſufructu domus legato, eo onere adiecto, ne altius tollatur, vtrum relicta proprietas videatur. 603.b
Vſufructu prædij relicto ea conditione ne alienetur, vtrum proprietas relicta videatur. 604 c
Vſufructo prædij relicto cum poteſtate alienandi, an relicta proprietas cenſeatur. 605.a
Vſufructu prædij relicto ea conditione, vt poſt mortem ſuam legatarius alteri reſtituat, an relicta proprietas videatur. ibid.c
Vſusfructus vxori relictus liberis extantibus, quid importet. 607.a
Vſusfructus cedi non poteſt; ſed ius percipiendorum fructuũ 693.a
Vſufructuarius relinquere poteſt vſumfructum, & eo relicto non tenetur onera præſtare. 917.b
Vſufructuarius vtrum naturaliter poſſideat. 1005 d
Vſufructuarius ſi ſatiſdare nõ poſſit, an ſufficiat iuratoria cautio. 1038 d
Vſufructuarius earum rerum, quæ vſu conteruntur, qualẽ præſtare debeat ſatiſdationem. 1040.a
Vſufructuarius an poſſit opus nouum nunciare, & quomodo. 1051.a.& ſeq.
Vſufructus amittitur ceſſione in iure facta. 1307.d
Vſufructus eſt diuiduus, vſus verò indiuiduus. 1524.c
Vſusfructus eſt pars dominij. ibid.
Vſufructus quartæ partis bonorum, an vxori inopi debeatur, ſi mortuus ſit vir filijs ſuperſtitibus, qui poſtea defuncti ſunt. 1345.a.d.a.e.
Vſuras ſoluere promittens cum iuramento, cogitur eas ſoluere, ſed repetere poteſt. 13.b
Vſuras precij non ſoluti venditor an ſoluere teneatur, ſi libera res ei non tradatur, vel fideiuſſor euictionis nomine non detur, vel ſi res ſit ſterilis. 194.c.& ſeq.
Vſura in mutuo permiſſa eſt, propter damnũ emergens & lucrum ceſſans. 196 b
Vſuræ ſunt licitæ in dote, vt ſcilicet donec ſoluatur, certi quid præſtetur. ibid.d
Vſuram committere an is dicatur, qui pecuniam fœnore acceptam, alij fœnori dederit. 229.b
Vſuras an reſtituere teneãtur inſtitores, & alij miniſtri & procuratores vſurariorum. ibid.c
Vſura centeſima quæ? 565.c
Vſuræ veniunt in conſequentiam contractus bonæ fidei poſt moram. 913.d
Vſurarum crimen an ſit merè Eccleſiaſticum, an verò mixti fori. 1170.a
Vſuræ etiam iure ciuili prohibitæ ſunt. 1171.a
Vſuræ iure canonico ſunt prohibitæ, etiam pro redemptione captiuorum. 1256.c
Vſuræ donationis propter nuptias, an poſt mortem viduæ debeantur. 1257.a
Vſuræ dotis longo tempore non exactæ, an præſumantur remiſſæ. ibid.c
Vſura eſt ſimilis pœnæ. 1318.d
Vſuræ ex mora in bonæ fidei iudicijs præſtantur. 1321.d
Vſura partis ſolutionem impedit, nam ſimilis eſt pœnæ. 1313.d
Vſuræ non debent excedere duplum. 1335.c
Vſurarum non coaceruatio, ſed ſingulorum annorum præſtatio conſiderari debet. 1335.d
Vſurarum ſumma vltra ſortem quando exigatur. 1336.a
Vſus poſſeſſionis pro traditione accipitur in ſeruitutibus. 1023.c
Vſus inoleuit intimandi domino litis tenorem ſententiæ ad verbum per publicum inſtrumentum. 1369 b
Vtilis actio quæ dicatur? 280.b
Vtilitas publica præferenda eſt priuatæ. 1067.a

INDEX
CANONVM ET LEGVM
QVAS AD GENVINAM QVAESTIONVM AC TRACTATVVM INTELLIGENTIAM,

Author Controuerſiarum Iuris vel accuratiùs enodat, vel ingenioſa interpretatione paſſim illuſtrat.

Ex Iure Canonico.

INtellectus c. Ad noſtram. de Iureiurando. 13.a
c. Ad noſtram. de Empt. & vendit. explicatur. 151.b. & ſeq. & 152. c. & ſeq.
c. Cum Canonicis. de Cenſibus. explicatur. 145.d. & ſeq.
c. vlt. de Præſcription. explicatur. 81.b. & ſeq. latè.
c. penult. de Fideiuſſor. & c. 1. de Solutionib. explicantur. 257.c. & ſeq.
c. Tanta. Qui filij ſint legitimi. explicatur. 330.b
c. Calumniam. de Pœnis explicatur. 54.b
c. Nauiganti. de Vſuris explicatur latè. 219.b. & ſeq.
c. Quamuis. de Pactis. lib. 6. an locum habeat in filia renũciante, & monaſterium ingreſſura. 305.b
c. Quamuis. de Pactis. lib. 6. an locũ habeat in filia renuntiante nulla dote accepta. 307.b
c. Vnicum. §. 1. de Diſpenſatione impuber. lib. 6. explicatur. 315.a
Extrauagantes Martini & Calixti titu. de Emptione & venditione explicantur. 111.c
c. Filius. de Teſtament. explicatur.
c. Raynutius. de Teſtam. latè defenditur aduerſus Franciſcum Hotomannum. 537.a
c. Cum eſſes. de Teſtam. latè explicatur. 737.a. & ſeq.
c. Cum tibi. de Teſtam. explic. 617.b
c. Si pater. de Teſtam. in 6. explic. 448.b. & ſeq.
c. Redintegrandæ. 3. q. 1. expenditur. 998.b. & ſeq.
c. Plerunque. de Reſcriptis. declaratur. 1069.d
c. Verumtamen. de condition. appoſ. explic. 1105.d
c. vltim. de Ordine cognition. explic. 995.d
c. Significaſti. de Diuortijs expenditur. 994.a
c. 1. de Homicidio. explicatur.
c. In literis. de Reſtitut. ſpoliator. 993.c
c. 2. de Delictis puerorum. 1184.a
c. Licet cauſam. de Probation. 991.b
c. Sæpe. de Reſtitutione ſpoliator. 997.a
c. Quamuis de Pactis. lib. 6. an locum habeat cum filia renunciat fratribus, non autem patri. 1074.c
c. 1. de Præſcription. lib. 6. declaratur. 1013.c
Extrauagans de Emptione & vendit. defenditur aduerſus Franciſcum Hotomannum. 976.a. & ſeq.
c. Suam. de Pœnis. videtur pugnare cum Legibus Cæſareis ſed non pugnat. 1334.b
Pij V. Conſtit. ſuper annuis Cenſibus. 1339.b
Ad Extrauag. Ambitioſæ. de Rebus Eccleſ. non alienandis. 1364.c

Ex ff. Veteri.

Lex. Si conuenerit. ff. de Iuriſdict. omnium iudicum. explicatur. 79.a. & ſeq.
L. Vtiles. ff. de petitione Hæreditatis: explicatur. 70.a. & ſequentib.
Intellectus. L. Is à quo. ff. de rei vendicatione. 10.B
L. Seruum quoque. §. Publicè. ff. de procurat. explicatur. 36.b
L. Si quis nec cauſam. ff. ſi certum petatur. explicatur. 248.a. & ſeq.
L. Quod te. ff. ſi certum petatur. explic. 249.c. & ſeq.
L. 5. §. At cum do. ff. de præſcriptis verbis. explic. 105.b
L. 1. ff. ex quibus cauſſis maiores in integrum reſtituuntur. explicatur. 88.d
L. Singularia. ff. ſi certum petatur. explicatur. 253.a
L. Vinum. ff. ſi certum petatur. explicatur in illis verbis: *quanti tunc fuiſſet, cum petitum eſſet.* 254.d. & ſeq. latè.
L. Principalibus. ff. ſi certum petatur. explicatur. 259.a
An comprehendat Rectores perpetuos, & Rectores Ciuitatum, vel Prouinciarum, ex quibus ſunt oriundi. ibid.
Et an comprehendat Rectores palàm & bona fide negotiantes, etiam finito officio. 260.c & ſeq.
L. 2. ff. ſi certum petatur. explicatur. 221. & ſeq. latè.
L. Certi condictio. ff. ſi certum petatur. latè explicatur, variæque proponuntur quæſtiones de certi condictione. 270.a. & ſeq. latè.
L. Ciuitas. ff. ſi certum petatur. explicatur. 256.a
L. ſi duo. §. 1. ff. de Iureiurando. explicatur. 90.d
L. Si fundus. §. vlt. ff. de pignoribus. explicatur. 129.c
L. Fructus. ff. de Vſuris. explicatur. 73.d
L. Fiſtulas. §. Frumenta. ff. de Contrahenda emptione. explicatur. 106.a. & ſeq.
L. Si vendita. ff. de periculo & commodo rei venditæ. explicatur. 107.b
L. Naturalis. §. Sed ſi ſcyphos. ff. de præſcriptis verbis explicatur. 252.a. & ſeq.
L. Naturalis. §. 1. ff. de præſcriptis verbis. cõciliatur cum l. vlt. ff. de cauſa data. 235.b. & ſeq.
L. Si mulier. §. Ex aſſe. ff. de Iure dotium. explicatur. 149.c
L. Qui ſcit. §. vlt. ff. de vſuris. explicatur. 77.a. & ſeq.

L. Quod

L. Quod autem. §. ſi vir, ff. de donationibus inter virum & vxorem explicatur. 358.c
L. Iuriſgentium. §. ſi paciſcar, ff. de Pactis. 612.a
L. Ait prætor, §. ſed Papinianns, ff. de minorib. 490.d
L. Cum mater, ff. de inoffic. teſtam. 404.b
L. Proculus, ff. de vſufructu. 603.b
L. ſi duo patroni, ff. de iureiurando. 526.d
L. Si ſponſus, §. ſi quis rogatus, ff. de donationibus inter virum & vxorem. 555.e
L. penult. ff. de vſufru. accreſcendi. 610.e
L. Nequicquam, §. vbi decretum, ff. de offic. Proconſ. 1238.a
L. 1. ff. de offic. eius cui mandata eſt iuriſd. 1236.a
L. 3. ff. de iuriſd. omnium iudic. 1231.b
L. Diuus, ff. de offic. præſidis 1138.d
L. 3. ff. de iuriſd. omn. iud. an contineat definitionem meri Imperij. 1230.a
L. Si de vi, ff. de iudicijs. 989.e
L. In fundo, ff. de rei vendic. 921.d
L. Item ſi verberatum, §. 1. ff. de rei vendicatione & l. Lucius, ff. de euict. declarantur. 1066.d
L. De eo, §. ſi poſt iudicium, ff. ad exhibendum. 1123.e
L. Sed etſi leg. §. ſcire, ff. de petit. hæredit. quomodo accipienda. 1021.d
L. Si cum exceptione, §. ſed etſi non culpa. 1118.c
L. Foramen, ff. de ſeru. vrb. præb. 1011.c
L. 9. ff. de conditione furtiua. 1142.a
L. Quæro, ff. de iure dotium. 1084.d
L. Cum dotis, ff. de iure dotium. 1086.d
L. Si vnus, §. pactus. de pactis. conciliatur cum l. Stichū, §. naturalis, ff. de ſolution. 1367.d

Ex ff. Infortiato.

L. Intercidit, ff. de conditionibus & demonſtrationib. explicatur. 52.c. & 53.b
l. 1. & vlt. & l. ſequens, ff. de rebus eorum, explicatur. 133.d
l. 1. §. filio qui mortis, ff. ad Tertullianum. explic. 52.c
l. cum certum, ff. de auro & argento legato, explicatur. 148.d
l. ſi alienam. §. Marcellus, ff. de donat. cauſa mortis, 582.a
l. 4. §. eadem conſtitutio. ff. de fideicommiſſarijs libertatibus. 705.d
l. fideicommiſſaria. 46. ff. de fideicom. libertat. 619.b
l. placet. ff. de liber. & poſthumis. 516.c
l. quoties, §. ſi duo, ff de hæred. inſtit. 407.a
l. ſi quis. 66. ff. de hæred. inſtit. 528.d
l. Lucius ff de vulg. 439.d
l. vltima, ff de hæred. inſtit. 441.a
l. quoties, 9. §. tantundem, ff. de hæred. inſtit. 386.c
l. iam hoc iure, ff. de vulg. & pupil. 486.a
l. Mæuio, 32. de lega. 2. 528.d
l. huiuſmodi, §. ſi Titio, de leg. 1. 425.c
l. 1. de legat. 1. latè explicatur. 590.b
l. filiusfamil. §. diui de leg. 1. in illis verbis, *neq; fiſco fraudiſſe*, explicatur. 458.a
l. cum filii fam. de leg. 1. 615.d
l. communi de bonis libert. 527.a
l. re coniuncti. de leg. 3. 528.b
l. vltima, §. vlt. de leg. 2. 588.b
l. ſi quis. in princ. de leg. 3. 519.d
l. Titia, §. Imperator. de leg. 2. quomodo accipienda. 794.d
l. cum ita, § in fideicom. de leg. 2. 508.d
l. planè, §. ſi coniunctim, de leg. 1. 524.d
l. Titia, §. Seia, ff. de auro & arg. leg. 710.d
l. codicillis, ff. de vſufr. leg. 504.d
l. ſi quis ita, ff. de auro & arg. leg. 630.b
l. 1. §. ad municipium, ff. ad leg. Fald. 572.a
l. ſpecies, ff. de auro & arg. leg. 606.a
l. in quantum, ff. ad l. Falc. 566.a
l. ſi hæres, §. item ſi Reipub. ff. ad legem Falcidiam. 565.c
l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione, ff. ad legem Falcidiam. 601.b
l. vltima, ff. ad Trebellianum.
l. cum auus, ff. de cond. & demonſtrat. an locum habeat, cum filius hęres inſtitutus filios habuit tempore conditi teſtamenti. 471.c
l. nonnunquam, ff. de cond. & demonſtrat. conciliatur cum l. 1. de leg. 1. 618.e
l. debitor, ff. ad Trebel. explicatur. 717.c. & ſeq.
l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de cond. & demonſtr. expenditur. 609.e
l. mulieri & Titio, ff. de condit. & demonſtr. latè exponitur. 529.c. & ſeq.
l. cum auia, ff. de condit. & demonſtrat. latè exponitur. 469.b
Et an pertineat ad filios adoptiuos. 471.a
l. pen. § teſtamento, ff. de bon. poſſeſſ. ſecund. tab. latè exponitur. 675.a. & ſeq. latè.
l. ſi ſequens, ff. ad Syllan. explicatur. 480.d
l. per procuratorem, 89. ff. de acquir. hæred. expenditur. 804.a. & ſeq.
l. 3. §. ſi pupillus, ff. de tutelis. 1060.e
l. domos. de leg. 1. 951.b
l. centurio, de vulg. & pupil. ſubſtit. ſenſus illorum verborum, *cum fructibus inuentis in hæreditate.* 1266.b
l. Gallus, ff. de liber. & poſthu. 1294.d
ad §. & quid ſi tantum, l. Gallus, de liber. & poſthu. Controuerſiæ omnes. 1298.b
ad l. Centurio. de vulg. & pup. circa verba illa, *cum fructibus inuentis in hæreditate.* 1261.a

Ex ff. nouo.

L. bonæfidei, ff. de acquirendo rerum domin. in verbo, *Interim.* explicatur. 77.a
l. bonæfidei, ff. de acquir. rerum dom. explicatur. 76.a
bonæfidei, §. in contrarium, ff. de acquir. rerum domin, explicatur. 74.b. & ſeq.
L. adeo, §. ex diuerſo, ff. de acquirendo rerum dominio, explicatur. 70.a
l. ſi ita quis, §. Seia cauit, ff. de verbor. obligationib. explicatur. 135.b
l. moſchis, ff. de iure fiſci explicatur. 219.a
l. ſi mater, ff. de exceptione rei iudicatæ explicatur. 66.c
l. puberes. 101. ff. de verbor. obligat. conciliatur cum l. ſi curatorem habens, C. de in integrum reſtitutione minorum. 292.d
l. miles qui, §. ea quæ, ff. de l. Iul. de adulter. explicatur. 37.b
l. certum, §. in pupillo, ff. de confeſſis. explicatur. 93.b
l. vlt. ff. de crimine ſtellionatus, explicatur. 27.a
l. vlt. ff de appellationibus recipiendis, explicatur. 96.d & ſeq.
l. penult. §. ad crimen ff. de publicis iudicijs, explicatur. 36.a
l. diuus. ff. de cuſtodia reorum, explicatur. 47.a
l. 1. §. permittitur, ff. de aqua quotidiana & æſtiua. explicatur. 125.b
l. 1. § 1. ff. qui, & a quibus appel. explicatur. 98.a. & ſeq.
l. 1. ff. an per alium cauſæ appellationis reddi poſſint? in illis verbis: *Sed etſi ea cauſa ſit, &c.* explicatur. 39.a
l. 4. ff. ad Turpilianum an ſit corrigenda. 18.b
l. filius. ff. de iure fiſci, expenditur. 703.d. & ſeq.
l. 1. ff. de iure fiſci expenditur. 703.d. & ſeq.
l. qui Romæ, §. ſi duo fratres, ff. de verbor. oblig. expenditur. 577.a
l. lege obuenire, ff. de verb. ſignif. & l. 3. §. de illo, ff pro ſocio. explicatur. 728.e
l. 3. §. 1. 2. ff. de oper. noui nunciat. 1046.a

L. ſi

l.ſi prius,ff.de oper.no.nunc, 1047.b
l.de pupillo,§.ſi plurium,ff.de op.no.nunciat. 1046.a
l.quæſitum.15.ff.qui & à quibus manumiſſi.
l.vnica,ff.de remiſſionibus. 1050.c
l.& habet.15.§.1. ff.de precario conciliatur cum l.6 eod. tit. 1004.d
l.quemadmodum,ff.de acq. poſſeſſ. conciliatur cum l.3. §.in amittenda,ff.eodem. 1008.c
l.naturaliter,§.nihil commune,ff.de acq.poſſeſſ. latè expenditur & declaratur, 987.a,& ſeq.
l.1.§.qui à me,ff.de vi & vi armata, 994.b
l.græcè,§.illud,ff.de fideiuſſor. 1051.d
l.5.ff.ad l.Iuliam de vi publica. 989.b
l.ſi diutino,ff.de pœnis. 1180.b
l.1.ff.de effractoribus, conciliatur cum l.in eos, ff.de cuſtod.& exhibit.reorum. 1207.b
l.1.ff.ad l.Iuliã maieſtatis,in verbo,*Securitatem*. 1202.d
l.in eos,ff.de cuſtod.& exhib.reor, 1206.b
l.quæ legata.de reg iuris. 953.b
Conciliantur l.& ideo. de verb.obliga.cum l.maritus.ff. locati, & l.mora, §.penult. ff.de vſuris, cum l.penult. ff.de duob.reis. 1321.b
l.4.§.Cato.de verb.obligat.diſcutitur, 1347.d
Idem §.Cato.vlterius examinatur, 1348.c
Is ipſe §.Cato.tertiò cribratur. 1349.a
l.qui Romæ.§.duo fratres, de verb.oblig. conciliatur cũ l.reſcriptum,§.ſi pacto,ff de pactis. 1354.d
ad l.naturaliter, §.nihil commune, de acqu. poſſeſſ. concluſiones ex Bartoli combinationibus. 1356.b

Ex Codice.

l.pen.C.de pactis,explicatur. 20.a
l.certum,C.de rei vendic.explicatur. 74.b,& ſeq.
l.pactum quod dotali.C.de pactis,explicatur: & diſſeritur an locum habeat in pacto iurato, & an conſuetudine, vel ſtatuto fieri poſſit, vt pactũ valeat: Et quid ſi pater inteſtatus deceſſiſſet;an filia vigore pacti æqualiter ſucceſſiſſet. 283.b,& ſeq.
l.cum mota, C.de tranſactionibus, quomodo conciliandã cum l. ſi inſtituta, ff. de inofficioſo teſtamento. 19.b
l.tranſigere, C. de tranſact. quomodo ſit accipienda in illis verbis: *Excepto adulterio*. 16.c
l.tranſigere, C. de tranſact. quomodo ſit accipienda, in illis verbis: *Citra falſi accuſationem*. 16.c
l.ſi quis maior, C. de tranſact. pœnæ an habeant locum contra hæredem tranſigentis. 25.a
l.ſi quis maior, C.de tranſact.an comprehendat vniuerſitatem tranſigentem. 23.d
l.ſi quis maior, C. de tranſact. an locum habeat in promiſſione facta fide data. 24 c,& ſeq.
l.ſi quis maior, C.de tranſact. nimis ſeuera eſt & rigida, & ideo non habet locum in praxi. 25.c
l.ſi quis maior, C.de tranſact. an mulierem comprehendat. 22.d
l.2.ſi quis maior, C.de tranſact. vt locum habeat, requiritur dolus. 22.c
l.ſi quis maior, C. de tranſact. an habeat locum in omni contractu iurato. 21.b,& ſeq.
l.quoties, C.de rei vendicatione, an locum habeat in perſonis Eccleſiaſticis vendentibus. 196.d
l.in bonæ fidei, C. de rebus creditis, & iureiurando, explicatur. 27.d
l.generaliter, C.de rebus creditis,explic. 29.c,& ſeq.
l.ſi curatorem habens, C.de in integrum reſtitutione, declaratur. 285.a,& ſeq.
l.properandum, §.ſin autem ex geſtis, C.de iudicijs, explicatur latè. 53.c,& ſeq.
l.fœminæ,C.de ſecundis nuptijs, an locũ habeat in muliere nubente cum conſenſu filiorum, vel cũ cõſenſu Principis;vel in minore vigintiquinque annis. 343.a
l.hac edictali, C. de ſecundis nuptijs, an locum habeat vbi minus relictum eſt filiæ fęminæ a ſtatuto excluſę. 344.c,& ſeq.
l.curabit,C.de actionibus empti.an locum habeat,cum emptor ex re empta nullos percepit fructus, quia erat ſterilis. 194.a,& ſeq latè.
l.curabit,C.de actionibus empti, an locum habeat,quãdo venditor non tradidit emptori rem liberam, vbi tenebatur. 194.d,& ſeq.
l.contractus, C.de fide inſtrumentorum, explicatur. 279.b
l.vlt.C.ad l.Iuliam repetundarum,explicatur. 261.b
l.aſsiduis, C. qui potiores in pignoribus habeantur. latè explicatur. 372.a,& ſeq.
l.vbi adhuc,C.de iure dotium,explicatur. 375.d
l.ſi vnquam, C. de reuocandis donationibus, an locum habeat in re donata particulari, vel in parte bonorum modici momenti donata. 365.b
l.ſi ſtatus,C.de euictionib.explic. 205.d,& ſeq.latè.
l.vlt.vnde vi,explicatur. 85.d
l.vnica,C.de ſententijs,quæ pro eo quod intereſt,explicatur. 62.d,& ſeq.
l.ſi vnquam, C. de reuocandis donationibus, an poſſit renunciari. 362.c
l.ſi vnquam, C. de reuocandis donationibus, an locum habeat in donatione remuneratoria. 366 c
l.ſi vnquam, C.de reuocãdis donationibus,an locum habeat ſi liberi nati ante parentem obierint. 366.c
l.ſi vnquam, C. de reuocandis donationibus, an locum habeat extra illam ſpeciem patroni donantis liberto. 363.b
l.ſi vnquam, C. de reuocandis donationibus, an locum habeat in donatione Eccleſiæ facta. 364.a
l.ſi vnquam, C. de reuocandis donationibus, an locum habeat, cum donans donationis tempore liberos habebat,ſi inde alios ſuſceperit. ibid.b
Authentica. Bona damnatorum,C.de bonis proſcriptorum & damnatorum,explicatur. 47.d,& ſeq.
l.1.C.qui pro ſua iuriſdictione,explicatur. 62.a
l.1.C.qui pro ſua iuriſdictione,explicatur. 98.d
l.2.C.de reb. cred. explicatur.
l.2.C.de iure emphyteutico,explicatur. 115.b,& ſeq.
l.2.de rei vendicatione,explicatur. 70.a,& ſeq.
l.3.C.de accuſationibus,explicatur. 35.d
l.2.C.de reſcindenda venditione, an locum habeat contra ſingularem ſucceſſorem, & an locum habeat re perempta. 163.a,& ſeq.latè.
l.2. C.de reſcindenda venditione, an locum habeat vbi eſt adiecta clauſula.*Et ſi quid plus valet,donat*. 164.d
Et quomodo læſio tunc ſit dijudicanda. 165.a
l.4. C. de reſcindenda venditione, an locum habeat in venditione facta præcedente ſubhaſtatione. 174.a
l.2. C. de reſcindenda venditione, an locum habeat in venditore ſciente iuſtam rei æſtimationem. 171.a
l.2 C.de reſcindenda venditione,an locum habeat,quãdo inter contrahentes pactum interceſsit, vt ob læſionem vltra dimidiam reſcindatur,quaſi prouiſio hominis faciat ceſſare prouiſionem legis. 168.d,& ſeq.
l.2.C.de reſcindenda vẽditione,an locum habeat in maiore viginti quinque annis venditore, qui iuraverit ratam ſe habiturum venditionem. 160.b,& ſeq.
l.2.C.de reſcindenda venditione, an habeat locum in locatione & conductione. 175.d,& ſeq.latè.
l.2.C.de reſcind.vẽdit. an locum habeat in emphyteuſi. 176.c,& ſeq.latè.
l.2. C. de reſcindenda venditione, an locum habeat in permutatione beneficiorum Eccleſiaſticorum. 177.d
l.2. C.de reſcindenda venditione, an ſit extendenda ad omnes contractus ſtricti iuris. 179.b
l.2. C. de reſcindenda venditione, an locum habeat in læſo emptore vltra dimidiam, & quomodo læſio ex parte eius conſideranda. 159.a,& ſeq.latè.

l.2.

L.a. C. de reſcindenda venditione, an locum habeat in datione inſolutum. 174.c
L.2.C.de reſcindenda venditione,an locum habeat, vbi conſenſus eſt geminatus. 175.a
l.1.C.de imponenda lucratiua deſcriptione, explicatur, 111. C. & ſeq.
l.1.C.ſi de momentanea poſſeſſione, explicatur. 96.c
l.1.C.de infantibus expoſitis,explicatur. 69.a.& ſeq.
l.1 C.de prędijs decurionum,lib.10.explicatur, 169.c
l.3.C.de iure fiſci lib. 10.explicatur. 205.a.& ſeq.
l.ſi quis Decurio. C. de Decurionib li. 10. explic, 329.d
l. ſi quis ad declinandam, C.de epiſcop.& cleric. expenditur. 572.a
l.filium quem habentem,C. famil. herciſcund,latè explicatur. 772 c.& ſeq,
l.filiæ,C. famil.herciſc, explic. 762.a.& 382.b. & ſeq.
l.ſi pater puellæ,C.de inoffic.teſtam.an ſit correcta,ex l. quoniam in priorib.eod.tit. 587.b
l.1.C.vt act.ab hęred.& cont.hæred.expenditur, 651.a
l.1,C.qui admitti,expenditur. 638.d
l.qui ſe patris,C.vnde liberi,an ſit correcta, 768.b
l.ſi donatione,C.de collat. explicatur, 762.a
l.pen.C.de collat.explicatur. ibid.
l.vlt.de collat.quomodo accipienda. 647.d
l.vlt.C.de collat.an extendatur ad filios emancipatos, 764.d
l.vlt.§.donec,C.de iure deliberandi expenditur. 711.d
l.ſi pater,C.de inſtit.& ſubſtit.an ſit correcta. 633.a
l.precib. C.de impub. & alijs ſubſtit. conciliatur cum l. Centurio.ff.de vulg.& pupil. 443.d.& ſeq.
l.vlt §.licentia,C.de iure deliberandi explicatur. 478.b
l.vlt.C.de neceſſ.ſeruix hæred.inſtit.explicatur, 478.b
l.8.C.de teſtamentis.expenditur: 661.b
l.eam quam.C.de fideicommiſſ.latè explicatur. 805.e
l.precibus.C.de impub.& alijs.ſubſtit.ibi *: nam non eſt incerti iuris*.explicatur. 439.a
l.quamuis.C.de impub.& alijs ſubſtitut.expenditur. 489.d
l.vlt.§.etſi.præfatam.verſ.ſed & à legatarijs.C.de iure delib. explicatur. 438.a
l.vnica,§.vbi autem,C.de cad. toll. quomodo accipienda ſit. 526 a
l.filia legatorum,C.de legat.expenditur. 615.b
l.ſi infanti,C.de iure deliberandi, expenditur. 688.c
l.pen.C.qui teſt.fac.poſſ. expenditur. 664.a
l.qui ſe patris, C.vnde liberi.explicatur latè. 766.c
l.hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, an locum habeat in teſtamento nuncupatiuo. 381.b
l.naturalib.C.de confir.tut.explicatur. 383.d
l.vlt.C.de bonis, quæ lib.quomodo accipienda. 478.d
l.cum oportet,C.de bon.quæ lib. expenditur. 638.b
l.3.C.de bonis,quæ liberis expenditur. 685.b
l.vlt.§.ſi autem æs alienum, C. de bon. quę lib. expenditur. 727.b
l.3.C.de bonis maternis explicatur. 730.a
l.vlt.§. vbi autem in unum,C.de bon.quæ lib.quomodo accipienda. 726.a
l.hac conſultiſſima, §.ſi quis autem, C.de teſtam.an locum habeat,ſi quis teſtamento facto extraneos hæredes inſtituerit: deinde quinque teſtibus adhibitis ſe inteſtatum decedere velle declarauerit. 394.a
l.iubemus, C.ad Trebell.expenditur. 550.b
l.iubemus,C.ad Trebel.in §.vlt.expenditur. ibid.
l.non iuſtam,C.ad Trebel.expenditur. 600.c
l.de emancipatis,C,de legit.hæredib.quomodo accipienda. 686.a.& ſeq.
l.nihil,C.de hærede, quomodo accipienda.
l.2.§.nemo, C.de annal.excep. quomodo accipienda.
l.vlt.C.de euiction. expenditur. 576.b
l.inter Claras,C.de Summa Trin.& fide Catholica,defenditur aduerſus Franciſcum Hotomannum.965.a & ſeq.
l.1.C.de ſacroſ.eccleſijs, latè exponitur. 1036.b
l.vlt.C.de ſacroſan.eccleſijs,quomodo accipiēda. 978.b
l.vlt.C.de ſacroſan.eccl.an vnum vel tria priuilegia contineat. 1034.b
l.3.C.fin.regundor.& l.5.eod.tit. 1031.b
l.maioribus, 3. C.communia vtriuſque iudicij. 1032.b
l.penul.C de arbitris. 1112.a
l.nullum,C.de teſtib. & l.Diuus.31. ff. ad l. Corneliam de falſis. conciliantur. 1164.d
l.vltima,C.rerum amotar. 1142.b
l.vet.C.de donationibus propter nuptias. 1071.c
l.quoties, C.de rei vendic.an locum habeat in feudis. 875.b
l.filiæ cuius, C.famil.herciſc.expenditur & ratio eius affertur. 900.b
l.1.C.de donat. cauſa mortis. 1103.b
l.1.C.de dot.promiſ. explicatur & cōciliatur cum l.cum poſt §.Gener.ff.de iure dotium. 1082.d
l.1.C.de appellationibus. 989.c
l.ſi vltra,C.de fideiuſ.& l.rogatus,ff.mandati,explicantur. 1052 d
l.3.C.de acquir.poſſeſſione explicatur. 1006.d.& ſeq.
l.ſi non conuicij,C.de iniurijs, declaratur. 1144.d
l.vnic C.vti poſſidetis, explicatur. 999.b
l.vlt C.de præſcript.longi temp. explicatur. 1013.a
l.cum notiſſimi,§. vlt. C.de præſcrip.30.vel 40.anno. expenditur. 1116.b.& ſeq.
l.6.C.de malef.& mathemat.in fine,explicatur. 1229.c
l.vnic.C.de famoſis libel.expenditur. 1148.c
l.ſancimus,C.de pœnis, non corrigit l.quiſquis, C.ad l. Iul.Maieſt. 1173.c
l.quoties,C.de donation.quæ ſub modo explic. 1102. d
l.1. C. de precario & Saluiano interdicto, declaratur. 1107. d
l. 3 C. de bonis damnatorum, quomodo accipienda. 1193.a
l.2. C.de bonis damnat. conciliatur cum l.ſi mandauero tibi.§.is cuius ff.mandati. 1194.b. & ſeq.
l.cum quis, C.de iuris & facti ignor. 1259.b
l.petens, C.de pactis. 1261.C.
l.ſi ſuperſtite, C.de dolo. 1263.a
l.2.C.de his qui metusve cauſæ fiunt. 1264 b
l.vlt.C de dotis promiſſ.an locum habeat vbi filia renunciauit maternis & paternis bonis,& quando pater dedit illi dotem computato omni eo,quod habere debet ex maternis bonis. 1292.e
Ad l.cum a matre,C.de rei vendic. vtrū filius hæres pro patre matris vendentis rem ipſius,eam vendicare poſſit. 1313.d
l.vſuræ,C.de vſuris, explicatur de vſura centeſima, quæ ſit? 1336.c
l.Vendicantem,cum l.ſeq.C.de euiction. 1352.a
Ad titul. C.de in ius vocando, Controuerſię quædam. 1358.d

Ex Authenticis.

Authent.Hoc niſi.C.de ſolution.an locum habeat in debitore qui iurauit. 1334.c
Authent. ex cauſa C.de liber.præter.an locum habeat in præteritione paterna filij in poteſtate:& in corpore vnde ſumitur. 1342.a
authent. Præterea. C. vnde vir & vxor, annotatio. 1346.a
§.hinc nos,in Authenticis de nuptijs explicatur. 341.b

Ex Nouellis.

Nouell.de hæred.& Falc.§.ſancimus explicatur. 436.c
Nouel.de hære.& Falc.§.illud.expenditur,779.a.& ſeq.
Nouel.vt ſponſalitia largitas ſpecialis ſit contractus. expenditur. 554.b.& ſeq.

Nouel.

Nouel. vt liceat matri & auiæ, expenditur. 586.a
Nouel. 131. de eccleſ. tit. §. ſi autem hæres expenditur. 572.d
Nouel. de triente & ſemiſſe, explicatur. 420.b
Nouel. de teſtamentis imperf. an locum habeat in teſtamento nuncupatiuo, & quando filij ſunt inſtituti ex portionibus non æquis. 383.a
Nouel. vt cum de appel. cognoſcitur, §. aliud, an locum habeat in præteritione paterna filiorum, qui ſunt in poteſtate. 784.a. & ſeq.
Nouel. vt cum de appel. cog. §. aliud. iterum explicatur. 786.c
Nouel. vt cum de appel. cognoſ. §. aliud quoque capitulum, latè explicatur. 396.c
Nouel. de hæred. ab inteſt. venient. latè expenditur in §. ſi igitur defunctus. 681.d. & ſeq.
Nouel. Iuſtinian. de reſtitut. explicatur. 613.d. & 531.a. & ſeq.
Nouel. 159. expenditur. 531.c
Nouel. quibus modis natur. effic. ſui. 677.b
Nouel. 17. §. oportet explicatur latè. 48.b. & ſeq.
Nouel. 9. ut ecclesia 100. annor. præſcriptione gaudeat explicatur. 982.c
Nouella de alienatione & emphyteuſi, §. licentiam, explicatur. 981.a. & ſeq.

Ex Conſtitutionibus Feudalibus.

Cap. 1. §. quinetiam. Epiſcopum vel Abbatem. latè expēditur. 894.b
Cap. 1. qui ſucceſſores dare teneantur. explicatur in illis verbis. *Niſi ille, qui &c.* 871.d
Cap. 1. Titius, ſi de feudo defuncti contentio ſit inter dominum & agnatos vaſalli, quomodo accipiendū. 828.a. & ſeq.
Cap. 1. de alienatione feudi explicatur. 830.c
Cap. 1. de eo qui ſibi & hæredibus ſuis maſculis vel fœminis, &c. explicatur. 890.b
Cap. 1. §. ſed etiam res, per quos fiat inueſtitura, explicatur. 830.d
Cap. 1. an ille qui interfecit fratrem domini ſui, quomodo accipiendum. 857.d. & ſeq.
Cap. 1. §. licet, de alienatione feudi paterni, explicatur. 831.b
Cap. 1. an agnatus vel filius, &c. quomodo accipiendum. 820.b
Cap. 1. §. his conſequenter. Hic finitur lex Corradi, explicatur. 953.d
Cap. 1. §. ſimiliter, de capitaneo qui curiam vendidit latè expenditur. 893.b
Cap. 1. §. vlt. quæ fuerit prima cauſa beneficij amittendi, explicatur. 858.c
Cap. 1. de natura ſucceſſionis feudi, explicatur. 865.a. & ſeq.

Ex Inſtitutionibus.

§. certè. Inſtit. de rerum diuiſione. 70.d
§. ſi quis à non domino. Inſti. de rerum diuiſ. explicatur. 74.a
§. ſi ead. Inſtit. de legat. expenditur. 527.d
§. Sed quia. Inſtit. de fideicommiſ. hæred. expenditur in verſ. *Ex ſingulis quoque rebus.* 563.b. & ſeq.
§. Quod autem. Inſtit. de bon. poſſeſſ. explicatur. 634.d

ANDREAE FACHINEI
I· C· FOROLIVIENSIS·
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER PRIMVS·

CAPVT PRIMVM.

Vtrum venatio prohiberi à Principibus poſſit eorum ſubditis, & de iuſtis cauſis, & pœnis.

VENATIONEM à Principibus prohiberi non poſſe, multa eaque præclara argumenta demonſtrant. Quorum illud primum eſt, quod ipſa venandi poteſtas iure diuino data ſit hominibus, vt habetur Geneſ. 1. *Faciamus hominem ad imaginem & ſimilitudinem noſtram, & præſit piſcibus maris, & volatilibus cœli, & beſtijs vniuerſis*, &c. & Geneſ. 9. *Creſcite, & multiplicamini*, &c. *Terror veſter, ac tremor ſit ſuper cuncta animalia terræ, & ſuper omnes volucres cœli*, &c.

B Secundum argumentum, quia, vt Ariſt. in Politic. tradit, homini naturaliter conceſſus eſt dominatus in belluas, ideoque eas venãdo capere poteſt. Et Caius noſter in l. 1. ff. de acquiren. rer. dom. *Quarundam rerum*, inquit, *dominium nanciſcimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes gentes peræquè ſeruatur*. & poſt pauca. *Omnia igitur animalia, quæ terra, mari, cœlo capiuntur, id eſt, feræ, beſtiæ, volucres, piſces, capientium fiunt*, & in l. 3 ff. eod. tit. *Quod enim nullius eſt*, inquit, *id ratione naturali occupanti conceditur. Nec intereſt, quod ad feras, beſtias, & volucres, vtrum in ſuo quiſque fundo capiat, an in alieno?* Idem docet Imperator Iuſtinianus in §. feræ igitur. in Inſtit. de rer. diu. & Iſidor. in c. ius na- C turale. 1. diſtin.

Tertium argumentum eſt ex l. iniuriarum 13. §. vlt. ff. de iniurijs. Vlp. *Et ſæpiſſimè* (inquit) *reſcriptum eſt, non poſſe quem piſcari prohiberi; ſed nec aucupari, niſi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi poteſt*.

Atque ita reſponderunt Anton. Butr. Hoſtien. & Io. Andr. in capit. non eſt, de decimis. Dec. in conſilio 197. num. 1. & 271. num. 1. Iaſ. in conſi. 119 lib. 4. Auguſt. Berous in conſ. 81. nu. 30. lib. 1. Thom. Grammat. deciſ. 67. num. 9. Bartol. Caſſan. in conſuet. Burgundię, rubt. 13. §. 7. numero 4. Gul. de Benedict. in cap. Raynu. de teſt.

A in verbo, *Vxorem nomine Adelaſiam*, in quinta deciſio. num. 313. Boſſi. in titu. de regal. numero 42. Purp. in conſil. 535. & 392. lib. 1. Franciſc. Marc. deciſ. 530. num. 16. in 1. par. Tiraquel. de nobil. capit. 37. num. 149. Natta in conſil. 375. Rolan. à Valle in conſil. 9. lib. 2. Hieronym. Schuiph. conſil. 1. cent. 1. Kirchou. commu. opin. cent. 4. c. 99. Iacob. Menoch. in conſ. 298. num. 18. lib. 3. Crauetta in conſi. 643. lib. 4. & 945. lib. 5. Iacob. Cuiac. libro 4. obſeru. cap. 4.

Quibus tamen non obſtantibus, eorum ſententiã magis probo, qui exiſtimant, Principes, iuſta cauſa ſubſiſtẽte, venationes prohibere poſſe, quę ſanè ſententia non B paucos, neque obſcuri nominis authores habet. In primis tredecim, quos refert, & ſequitur Didac. Couar. in relectione cap. peccatum. de reg. iur. par. 2. §. 8. & pręterea Nattam in conſi. 604. Hyppolitum Riminal. conſi. 35. num. 15. lib. 1. & in conſi. 68. nu. 25. eod. lib. Franciſ. Zoanet. ad l. 2. C. de pact. int. emptor. & uendit. nu. 145. vſque ad numer. 192. & nouiſſimè Sebaſtianum Medicem in tractatu de Venatio. Piſcatio. & Aucupio. in 5. quæſt. 1. partis.

Probatur autem hæc ſententia. primum ex cap. nemo retia. in tit. de pace tenenda, & eius uiolatoribus, in nſibus feudorum. *Nemo retia*, inquit Federicus Imperator, C *aut laqueos, aut alia qualibet inſtrumenta ad capiendas venationes tendat, niſi ad vrſos, apros, vel lupos capiendos*. Quibus uerbis patet, uenationem à Federico prohibitam fuiſſe, pacis ſeruandæ gratia: ſicuti adnotarunt ibi, Mar. Laudenſis, & cæteri Doctores.

Secundo probatur ex argumẽto, quo uſus eſt Couar. loco ſuperius annotato. *Licet iure naturæ*, inquit, *omnia ſint communia, poſſunt tamen à Republ. & Principibus, qui eorum, quæ in nullius bonis ſunt, diſpenſationem habent, quædam priuatis ita concedi, vt in poſterum, ea priuata, non communia ſint. §. ſingulorum. inſtitut. de rer. diu. l. 1. ff. de acquir. rer. dom. & ſicut occupatio rerum, quæ nullis ſunt*

priuatim, iure naturali efficit illud, quod prius commune erat, proprium ipſius occupantis: ita ipſe Reſpub. eius ve Rector poterit, quæ communia prius erant, nulliusq; in bonis habebantur, in priuatum iure dominij, transferre. Iure ſi quidem naturali omnia fuere ab initio communia, & tamen humana lege facta eſt rerum diſtinctio inter priuatos: poſt quam diſtinctionem non licet cuiquam occupare diſtinctam rem, & alicui priuatim lege humana addictam, ſicut eleganter tradit Corrad. de contract. quæſt.10. & ſeq. His accedit, quòd humana lex vel Princeps facere poteſt, vt dominium rei priuatæ, abſque traditione transferatur in alterum, &c. ergo earum rerum, quæ nullius ſunt, & Principis diſpenſationi ſubiacent, poterit Princeps dominium abſque apprehenſione corporali in priuatum transferre. Hinc etiam cōſtat, Principem poſſe harum rerum, quæ communes ſunt, ex cauſa, occupationem priuatis interdicere, & ſic venationem prohibere. Hactenus Conar.

Qui eodem in loco reſpondet ad illud argumentum, quo dicitur, venandi poteſtatem iure naturali, vel gentium, hominibus eſſe conceſſam, ac proinde à Principibus prohiberi non poſſe. *Reſpondetur*, inquit, *feras, volucres, & cætera animalia iure naturæ non eſſe communia poſitiuè, & affirmatiuè, quia omnium propria ſint, communis dominij cauſa, ſed negatiuè, quia nullius ſunt, & iure naturali nulli ſint applicata; ſecundùm D. Thomam 1. 2. quæſt. 94. art. 5. Idcirco lex humana poteſt vni potius quàm alteri, ex cauſa, concedere. Ex quibus infertur, venationem iure naturali omnibus permiſſam, ex varijs cauſis poſſe per Principes prohiberi. Hæc denique collectio, ſeu argumentatio parum valida eſt. Hoc iure naturali permiſſum eſt, ergo per legem humanam prohiberi non poteſt: cum multa ſint iure naturæ licita, quæ inſpecta Reſpub. vtilitate, & iuxta æquiſſimum communitatis regimen, per legem humanam prohiberi poſſunt. Quod ſi ita argumentemur. Hoc eſt iure naturæ prohibitum, ergo lege humana permitti non poteſt; valida omnino eſt, & firmiſſima probatio.* Hæc ferè Couaruuias. Ex cuius dictis, clara patet reſponſio ad omnia argumenta prioris ſententiæ. Etſi enim Deus animalia ſubiecerit hominum poteſtati ac imperio, eoſdem tamen homines, Regum & Principum poteſtati ſubiecit: quibus cum iuſte imperantibus obedire cogantur, ſequitur eiſdem obtemperandum eſſe venationes prohibentibus, iuſtas & legitimas ob cauſas.

Sunt autem ex communi omnium ſententia iuſtæ cauſæ ſeptem potiſſimum. Prima, cum ex conſuetudine antiqua poteſtas ipſa venandi ſolis Principibus conceſſa eſt. Nam tunc meritò alijs interdicere poſſunt venationea, quemadmodum in Germania obſeruatur. Vide Guidonem Papam, deciſ. 514. Franciſ. Marcum, deciſ. 530. num. 14. verſ. Veruntamen in talibus. Purpuratum in conſil. 534. num. 8. lib. 2. Hippol. Riminal. in conſ. 35. num. 57. lib. 1. Zoanet. in d. l. 2. C. de pact. int. emptor. & vend. num. 174.

Secunda eſt cauſa. Vbi ea poteſtas Principi ab Imperatore conceſſa eſt in inueſtitura ipſa Ducatus, Comitatus, vel Marchionatus. Vide Iacob. de S. Georg. in trac. Feudor. in verbo, Et cum venatio. nu. 9. & Zoanet. loco proximè citato, ante num. 70.

Tertia eſt cauſa, cum ſubditorum conſenſus adeſt, qui prohibitioni à Principe factæ acquieſcunt, & longum tempus prætetlabitur. Vide Iacob. loco annot. proximè, & vide text. in l. ſi quiſquam, ff. de diuerſ. præſcription. Franciſ. Marcum, & Caſſaneum locis ſuperiùs allegatis.

Quarta eſt cauſa, ſi temporis vetuſtas adſit, cuius initij memoria non extet, ex quo Principes venationem ſubditis ſuis prohibuerint. Tanta enim temporis diuturnitas pro iure, & cauſa ſufficeret, tametſi ius non probaretur, argument. l. 2. & l. vlt. ff. de aqua pluuia arcen. Vide Zoanet. loco citato, nu. 165. Decium in conſ. 271. Ruyn. conſ. 28. lib. 1. & Balb. de præſcript. 4. par. 5. part. princ. quæſt. 6.

A Quinta eſt cauſa. Si Principes quædam loca ſibi eligant, in quibus venationes exerceant, cæteris eam interdicendo, hanc eſſe cauſam iuſtam; vt ſe Principes recreare poſſint, quibus maximæ curæ circa Reſpub. adminiſtrationem incumbunt: tradunt Tiraquell. de Nobil. cap. 37. num. 139. Dominic. Sot. de iuſt. & iu. lib. 4. quæſtio 6. artic. 4. Sebaſt. Medice. in d. tract. de Venatione, in 1. part. quæſt. 5.

Sexta eſt cauſa, ſi prohibeatur venatio à Principe, ne Agricolæ, Artifices, Mercatores, Operarij, & Mercenarij, venandi ſtudio nimis dediti, Agriculturam, & cætera officia, & miniſteria deſerant, quibus ciuitates, populi magnoperè iuuantur, & conſeruantur. Tale immoderatum venandi ſtudium olim in Germania extitiſſe ex Tacito, & Suetonio conſtat. Et huic ſententiæ ſuffragatur, quòd iure noſtro videmus interdici quibuſdam officia, & exercitia, alioqui iuſta, & honeſta, quò magis proprio officio, & artificio vacare poſſint, vt

B in tit. C. ne ruſtici ad vllum officium deuocentur, & in titul. C. negotiatores ne militent. & in l. penultima, & vltima, C. de cohortalibus, libro 12. Vnde Tiraquell. loco annotato, numero 150. & Gul. de Benedict. in cap. Raynut. in verbo, *Et vxorem nomine Adelaſiam*, deciſ. 5. num. 338.

Septima eſt cauſa, ne prætextu venationis arma ſubditi ferant, rixæ excitentur, homicidia & latrocinia committantur, atque ideo publica pax turbetur. Vide tex. in d. c. nemo tetia, in tit. de pace tenenda, & eius violatoribus. Gulielmum Benedictum loco proximè citato, vbi multa in hanc ſententiam affert.

Supereſt, vt de pœnis, quibus affici contra Principis edictum operam venationi dantes iure poſſunt, breuiter diſſeramus. Etenim variè hac de re prudentes reſpondiſſe conſtat. Iacob. Aluarot. in d. c. nemo teria, eos eſſe puniendos, tanquam pacis violatores, dixit Guido Papa deciſ. 218. pœnis corporalibus affici conſueuiſſe teſtatur.

C Dominicus Sotus lib. 4. de iuſt. & iu. quæſtio 6. artic. 4. pœnas eſſe moderandas, docet. Mart. Nauarr. non eſſe mulctandos morte, aut membri abſciſſione, ſemel delinquentes reſpondit, in Manual. Confeſſor. capit. 17. §. 11. num. 221. Alfon. à Caſtro, libro 1. de poteſt. legis pœnalis, capit. 6. Tyrannos appellat Principes eos, qui morte mulctari iubent quenquam ex leuiſſima cauſa, vt puta, quia ceruum in ſylua ſua incluſum occidit; pluris ceruum, quàm hominem æſtimantes. Varias denique conſtitutas fuiſſe pœnas contra venatores à Regibus, & Principibus Galliarum, teſtis eſt Gulielmus de Benedictis, in d. capit. Raynutius, verbo, & vxorem, deciſ. 5. numero 353. Et author eſt Valer. Max. lib. 6. tit. de ſeueritate, Domitium Prætorem Romanum olim Siciliæ Rectorem, cùm ad eum eximiæ magnitudinis aper allatus eſſet, duci ad ſe paſtorem iuſſiſſe, à quo eſſet interfectus, & poſteaquàm inuenit eum venabulo vſum eſſe, mandaſſe eum crucifigi: quia ipſe ad exturbanda latrocinia,

D quibus prouincia vaſtabatur, ne quis telum haberet, edixerat.

Ego hanc diſputationem quinque concluſionibus expediri poſſe commodè exiſtimo. Quarum prima hæc eſt. Venantes ſemel aduerſus Principis edictum, morte mulctari non poſſunt. Hæc concluſio eſt Dominici Soti, & Nauarri, necnon Alfonſi à Caſtro, locis proximè citatis: & probatur, quia licet ſcriptum ſit libro primo Regum, capit. 14. & in capit. 2. de maioritate & obedientia, *Qui Principi non obedierit, morte moriatur*: & idem ferè in l. vniuerſæ, C. de veteris numiſm. poteſtate, libro 11. hæc tamen eſt ab omnibus recepta ſententia, illud eſſe accipiendum, cum in re magni momenti, ac præiudicii, vnde ſcilicet, & Deus, & Reſpub. magnoperè offendatur, mandatum Principis negligitur. Cæterùm ſi de leuioribus cauſis agatur, pœna mortis locum non habet, ſed alia mitior iudicis arbitrio, perſonarum, & rerum circumſtantijs

conſi-

conſideratis, ſtatuenda eſt: vt declarant optimè Menoch. de Arbitr. Iud. Caſu 365. Proſper Farinatius, commu. concl. & quæſt. criminal. titu. de delict. & pœnis. quæſt. 59. nu. 22.

Secunda eſt concluſio. Semel venantes contra Principis edictum membri abſciſſione mulctandi non ſunt. Hæc concluſio eſt Nauarri, & Soti, locis proximè citatis: confirmari poteſt ex eo, quod pœna abſciſſionis membri grauiſſima reputatur. Vide Alexandr. conſil. 13. numer. 18. & in conſil. 55. numer. 4. libr. 7. & in l. tranſigere, C. de tranſactio. & Alciat. ibidem numer. 42. quare huic delicto, quod non adeo graue eſt, & Reipubl. pernicioſum, haudquaquam conuenire videtur tam grauis pœna.

Tertia concluſio. Venantibus primo contra Principis edictum in decend. eſt pœna carceris, vel pecuniaria, aut alia ſimilis. Hæc concluſio eſt ex mente Nauarri, & Soti, locis ſupradictis, & probatur eo argumẽto, quod cum pœna mortis, aut abſciſſionis membri locum habere non poſſit, neceſſe eſt, vt aliqua alia leuior ac mitior adhibeatur ex his quæ dicta ſunt. Vnde Eſdræ capit. 7. in fine dicitur: *Omnis qui non fecerit legem Regis diligenter, erit iudicium in eo, ſiue in mortem, ſiue in exilium, ſiue in condemnationem ſubſtantiæ eius, vel certe in carcerem.*

Quarta concluſio. Venantibus contra Principis edictum non ſolum ſemel, ſed etiam iterum, & ſæpius, pœna grauior eſt infligenda, non ſolum pecuniaria, aut relegationis, ſed etiam corporalis, ſi ita facti, & perſonarum qualitas exigat. Hæc concluſio non repugnat traditis à Martino Nauarro loco ſuperiùs annotato. Dum enim negat ſemel peccantem ea pœna coerceri debere, ſatis affirmare videtur, coercendum eum, qui ſæpius peccauerit. Ab eadem ſententia facit, quod tradit Sebaſtian Medicæus d. tract. part. 1. q. 5. num. 7. & quod legibus noſtris paſſim conſtitutum eſt: nempe crimina iterantem, ac frequentantem grauiori animaduerſione dignum eſſe, l. 3. C. de epiſcopali audientia. l. capitalium, §. ſolent, & §. graſſatores ff. de pœnis l. 3. verſic, ſi plures, ff. de re militari, l. ſeruos; C. ad l. Iul. de vi.

Cæterum illud in quæſtionem vocari poteſt, ſitne neceſſe eum qui ſemel deliquit, punitum fuiſſe, vt ſi iterum delinquat, atque iterum, grauius ac ſeuerius puniri poſſit. Et quidem Franciſcus Herculanus in tractat. de ciuritione de non offendendo, cap. 39. num. 10. illud exigere videtur, vt ſemel ſit punitus authoritate Decij, & Cagnoli in l. bona fides, ff. de reg. iur. qui hoc non dicunt. Quamobrem contrariam ſententiam probabiliorem eſſe iudico, quia leges, quæ ob frequentiam & conſuetudinem delinquendi, ſeueriores pœnas inducunt, hanc circumſtantiam non requirunt, vt reus ſemel pœna affectus ſit; Atque ita docent Anton. Gomeſ. comment. iur. ciuil. tom. 3. cap. 6. tit. de furto, nume. 9. & Proſper Farinatius commun. opin. & quæſt. crim. q. 23. nu. 9. & 10. Quibus aſſtipulantur, qui docuerunt ſeueriori animaduerſioni locum eſſe ob delicti frequentiam & iterationem, vbi is, qui primo delictum perpetrauit, eius a Principe indulgentiam obtinuerit. Vide Caſs. in conſuet. Burgund. in rubr. 1. § 5. verſ. Simplex, nu. 20. Couar. lib. 1. variar. reſol. cap. 10. nu. 2. Menoch. de Arbitr. Iud. caſu 195. num. 19.

Quinta & poſtrema concluſio. Venantes contra Principis edictum, non ſolùm ſemel, verum etiam ſæpius, ita vt Principem contemnere videantur, & incorrigibiles, vt vulgo loquimur, facti ſint, pœna capitali plecti poſſunt. Hæc concluſio probatur ex alia communi ab omnibus approbata ſententia, eum ſcilicet, qui ſæpiſſimè delictum aliquod committit, capitali pœna afficiendum, licet delictum per ſe capitale non ſit, ſcilicet propter maximum contemptum Principis. Vnde locum habet hoc in caſu, quod dicitur, *Qui Principi non obedierit, morte moriatur.* Facit ab hac ſententia text. in l. prima, C. de ſuperexactionibus, libro 10. in illis ver-

A bis: *Capitali periculo cupiditas eius amouenda & prohibenda eſt, ſi in iiſdem ſceleribus perſeueret.* Vide Grammat. in conſil. 17. nume. 16. Marſil. ſing. 378. Ioſeph. Maſcard. de probatio. vol. 2. conclu. 838. num. 4. Proſper. Farinat. commun. opin. & quæſt. crim. quæſt. 23. num. 2. & ad rem noſtram Nauar. loco ſuprà citato, quatenus dicit, pœnam mortis & mutilationis membri non eſſe pro prima vice, vt ipſe loquitur, ſtatuendam; quia huiuſmodi ſeueritas inquit, non eſt exercenda niſi in ſolitos id facere, & contumaces.

CAPVT II.

Quomodo ſit accipiendum quod dicitur, Principem legibus ſolutum eſſe; ad interpretationem l. princeps, ff. de legibus.

B QVatuor hac de re Doctorum ſententias animaduerto. Prima eſt Ioannis Coraſij lib. 2. Miſcell. c. 25. & Ferdinandi Vaſquij controuerſ. illuſtr. lib. 1. c. 26. num. 15. Principem iis legibus ſolutum eſſe, quæ ad iuris ſolennia pertinent, puta in contractibus, teſtamentis, & ſimilibus. Cæterùm, iis legibus, quæ bonum publicum reſpiciunt, & ex iure naturali, vel gentium proficiſcuntur, veluti fidem eſſe obſeruandam, contractus obligationes parere ac ſimiles, nequaquam ſolutum eſſe. Huius rei argumento eſt l. ex imperfecto, C. de teſtam. ibi. *Licet enim lex imperij ſolemnibus iuris Imperatorem ſoluerit*, &c. Neque enim Populus Romanus, qui in Imperatorem omnem contulit poteſtatem, eundem ſoluere legibus naturalibus ac iuris gentium potuit.

Secunda eſt interpretatio ac ſententia, Iacobi Cuiacij lib. 15. Obſeru. cap. 30. hoc, quod dicitur, Principem legibus eſſe ſolutum, non generaliter accipiendum eſſe,
C ſed referendum ad leges caducarias, nempe Iuliam & Papiam. Cuius rei argumento eſt inſcriptio ipſius legis: Sic enim habet Vlpianus lib. 14. ad legem Iuliam & Papiam. *Nam & lege Falcidia ſolutum non eſſe Principem, demonſtrat l. 4. C. ad legem Falcid.* & lege Glicia non eſſe ſolutum, patet ex l. Papinianus, §. ſi Imperator, ff. de inoffic. teſtam.

Tertia eſt ſententia Gulielmi Budæi, in annotatio. ad Pandect. quem & Zaſius ſecutus eſt in Commen. huius legis. Is ex Ariſt. lib. 3. Polit. docet, in Rep. bene conſtituta, ciues quadam æqualitate teneri, & ut regant, & ut regantur. Cæterùm, ſi unus ſit, vel plures, qui virtutis præſtantia alios antecellant, Heroaſque æquare, aut debeant, aut credantur, manifeſtum eſt, legibus in ciues, hoc eſt, in populum latis, ſacroſanctos homines non teneri, anguſta illa dignatione eximios. Ad hæc cum inter patrem & liberos, dominumque & familiam, nullum ius ciuile intercedat, & eadem ratio ſit inter Prin-
D cipem & populum, ſequitur Principem legibus non teneri.

Quarta & poſtrema eſt ſententia D. Thomæ, q. 96. artic. 5. in 1. parte Soti, de Iuſt. & iure, lib. 1. q. 6. art. 7. & Didaci Couar. in Relect. c. alma mater, par. 2. §. 1. nu. 4. Principem legibus eſſe ſolutum, quoad vim coactiuam, quia videlicet eum nemo cogere poteſt ad leges obſeruandas; ſed non quantum ad vim directiuam, quia tenetur eas ſeruare. Hanc eandem ſententiam nouiſſimè ſecutus eſt R. P. Gregorius de Valentia, huius Vniuerſitatis Ingolſtadianæ, immo totius Catholicæ eccleſiæ ſplendor maximus, quem honoris cauſa nomino in 2. Tomo Comment. Theol. Diſput. 7. quæſtio. 5. par. 4. Et hæc quoque mihi videtur probabilior expoſitio & ſententia.

Probatur primò ex l. digna vox, C. de legib. vbi Theodoſius, *Digna vox Maieſtate regnantis, legibus alligatum ſe profiteri, & reuera maius Imperio eſt, ſubmittere legibus*

Principatum. Vide hic vim directiuam. Vim autem coa A
ctiuam habes ex d.l.princeps.ff.de legib.

Secundo ex l.ex imperfecto, ff. de legat. 3. ibi. *Decet enim tanta Maieſtatis, eas ſeruare leges, quibus ipſe ſolutus videtur.*

Tertio ex l. 3. C. de teſtam. ibi. *Nihil tamen magis proprium eſt Imperij quam legibus viuere.*

Quarto ex §. vlt. in Inſtit. quib. mod. teſtam. infirmentur. *licet*, inquit, *legibus ſoluti ſimus, legibus tamen viuimus.* hic habes vim vtramque.

Quinto probatur ex cap. 3. D. Matthæi, vbi reprehenduntur a Chriſto illi, qui dicunt, & non faciunt, & imponunt alijs onera grauia, ipſi autem nec digito volunt ea mouere.

Sexto probatur authoritate Platonis. lib. 4. de legibus, ita dicentis: *Paratum exitium illi ciuitati video, in qua non lex Magiſtratibus, ſed legi Magiſtratus præſunt: ſalutem vero pro illis vbi lex ſeruientibus Magiſtratibus dominatur.* Probatur & alijs argumentis, quæ diligentiſſimè B
affert R.P. Gregorius loco annotato. Cæteræ expoſitiones videntur mihi magnoperè incommodæ; nam prima docet Principem ſolutum eſſe legibus, quantum ad ſolẽnia iuris: non rectè, quia ſolutus eſt quoad omnia, ſi ſpectes vim coactiuam. Secunda verò ſententia, leges claras & generales, quibus dicitur, Principem legibus non teneri, ad leges caducarias, non rectè reſtringit. Tertia nimis liberum & ſolutum Principem facit, cùm tamen ipſe lubens ſe ſubijciat, & maius Imperio exiſtimet, ſubijcere legibus Principatum. Vide hac de re etiam Connanum lib. 1. Comment. Iuris, cap. 16.

CAPVT III.

Quomodo accipiendum ſit, quod dicitur, æquitatem præferendam eſſe rigori, ad interpretationem l. Placuit. C. de iudicijs. C

PLacuit in omnibus rebus præcipuam eſſe æquitatis, quam ſtricti iuris rationem. Ita ſcriptum reliquit Cõſtantinus, in l. 8. C. de iudicijs. Neque enim illud verbum, *æquitatis ſcriptæ* quod in pleriſque codicibus habetur agnoſcũt amplius viri docti, vt patet ex Antonino Auguſt. li. 4. Emend. c. 8. ex Connano, li. 1. Comm. Iuris, capit. 11. & alijs pleriſque, quos ſciens prætereo. Cæterum hæc ſententia legis in dubium reuocatur, nec immeritò. Nam imprimis pugnare videtur cum. l. 1. C. de legib. vbi idem Conſtantinus: *Inter æquitatem*, inquit, *& Ius ſcriptum interpoſitam interpretationem, nobis ſolis & oportet, & licet inſpicere.* Deinde contrarium reſpondit Vlpianus, in l. proſpexit, ff. qui & à quibus, ibi, *Per quam durum eſt*, inquit, *ſed ita lex ſcripta eſt.* Tertio aduerſatur Sanctus Auguſtin. diſtinct. quarta, cap. 3. dum reſpondet: *Poſtquam leges conſtituta ſunt, non de ipſis iudicari oportere, ſed ſecundum ipſas.* Quarto D
Ariſtot. libro 1. Rhetor. capit. decimotertio, vbi hanc inter arbitrum, & iudicem differentiam eſſe ſtatuit, quod Iudex legem ſcriptam ſequi debeat, arbiter vero æquitatem. Poſtremò & Cicero in Oratione pro Ligario, vbi dicit, Populo, & Senatui permiſſum eſſe, non autem iudicibus, a verbis legis recedere. Contra vero, æquitatem eſſe amplectendam, & ſequendam, præter Conſtantinũ, hoc in loco reſponſa extant Iuriſconſultorum frequentiſſima, vt in l. in omnibus, ff. eodem titulo, in l. & ſi quis, §. idem Labeo, ff. de religioſis, & ſumpt. fun. in l. quod Epheſi, §. interdum, ff. de eo quod certo loco in. l. ſi ſeruum, §. ſequitur, ff. de verb. oblig. in l. ſi me, & Titium, ff. ſi certum petatur, & alijs ſexcentis locis. Tractant hanc quæſtionem ac controuerſiam præter interpretes claſſicos, ſanctus Thomas, 2. 2. quæſt. 120. art. 1. Franciſcus Connan. libr. 1. Comment. Iur. cap. 7. & Illuſtriſſimus Cardinalis Bolognettus, in A
ſuis doctiſsimis ac elegantiſsimis Commentarijs, de Lege, iure, & æquitate, cap. 34.

Ego hanc rem explicare ſoleo tribus Concluſionibus quarum prima hæc eſt. Vbi verba legis adeò clara ſunt, vt ſalua ratione recti ſermonis recipere nequeant interpretationem, quæ ex bono & æquo adhiberi poteſt, ſeruanda eſt lex, quantumuis dura eſſe, & æquitati repugnare videatur. Atque huc Vlpiani reſponſum pertinet in d. l. proſpexit: nam in ea ſpecie verba legis erant ſatis clara, vt perpendit ibi Vlpianus, dicens: *Quia ita verba faciunt, vt ne eum quidem ſeruum, qui extra miniſterium eius mulieris ſuit, vel in agro, vel in prouincia, poſſit manumittere, vel alienare.*

Secunda Concluſio. Vbi verba legis non ſunt adeò clara, atque adeo generalia, vt excludant interpretationem ex bono & æquo, tunc ea interpretatio valere debet, ac ſtricto iuri præferenda eſt. Ita ſunt accipiendæ leges ſuperius commemoratæ, quibus potiorem æquitatis, quam ſtricti iuris rationem habendam eſſe demon- B
ſtratur. Sanè, exemplis ab Ariſtotele & D. Thoma allatis, hanc ſententiam illuſtrare poſſem, ſed ſuperſedeo, cum libri ſint vulgares, & omnibus in promptu eſſe poſsint.

Tertia eſt Concluſio. Quoties verba legis tam clara & præciſa non ſunt, vt interpretationem ex æquo & bono reſpuant, veruntamen non adeo certum & expeditum eſt, quid bonum, quid æquum exiſtat, tunc Princeps conſulendus, & adeundus eſt, atque ita accipienda eſt l. 1. & vlt. C. de legibus, & ſi quæ aliæ ſunt, vel leges, vel authoritates, quibus eſt Iudicibus prohibitum, ne a verbis legis recedant. Neque enim Iudicibus recedere permiſſum eſt abſque Principis reſcripto & cõſilio. Non ignoro, aliter hanc rem interpretatum fuiſſe Illuſtriſſimum Cardinalem Bolognettum, ſed mihi magis probatur quod dixi, & niſi fallor, magis communiter receptum eſt. C

CAPVT IV.

De petitione hæreditatis contra titulo poſſidentem intentanda, Controuerſia vna.

INter omnes conuenit, eum regulariter petitione hæreditatis teneri, qui pro hærede, vel pro poſſeſſore poſſidet, l. regulariter, ff. de petit. hæred. Quare, ſi quis bona fide, & iuſto titulo rẽ poſſideat, nequaquã tenetur. Cæterum, ſi titulum conſecutus ſit ab eo qui a petitione hæreditatis conueniri poterat, vtrum eo in caſu conueniri poſſit, non eſt eadem omnium ſententia. Sunt enim qui affirmant conueniri poſſe, eo argumento, quod abſurdum eſſe videtur, eum, qui in alterius ius ſuccedit, plus Iuris habere, quam authorem ſuum, ut in l. ſi mulier, §. 1. ff. ad Velleianum. Ita reſponderunt Bartol. D
in l. cogi, C. de petit. hæredit. & in l. Neratius, ff. eod. tit. Angel. & Imola, in l. ſi is, qui bonis, ff. de acquirend. hæredit. Caſtr. in l. vlt. ad fin. C. de edicto D. Hadriani tollendo. & ibid. Iacob. de S. Georgio, idem Caſtr. in conſil. 138. num. 4. libr. 2. Alex. in conſil. 184. colu. 2. lib. 5. Iaſon. in l. 1. nu. 10. C. de inoffic. teſtam. Oſaſcus deciſ. Pedemont. 55. vbi alios citat: quibus accedant Ruin. in conſil. 54. col. vlt. libro 4. Dominus meus Ceph al. in conſil. 386. libro 3. Pancirola, in conſil. 119. Marzat. de fideicommiſſ. quæſt. 60. Vrſill. ad Afflictum, Deciſ. 228. Angel. Aret. in conſil. 93. in fine, Corne. in conſil. 207. lib. 1 D. Menoch. de adipiſcenda poſſeſſ. remed. 1. nu. 62.

Alij vero docuerunt, eum teneri petitione hæreditatis, qui titulum conſecutus eſt ab eo, qui conueniri ea actione poterat, ſi lite pendente titulum conſecutus fuerit, alias ſecus. Talis enim titulus lite pendente acquiſitus, videtur eſſe iniuſtus, l. 5. ff. de petit.
hære-

hæreditat. l. alienationes, ff. familiæ herciſcundæ. & tradit optimè Bart. in l. 3. §. opus, ff. de alienatio. iudicij mutandi cauſa facta. Ita docuerunt Alexan. ad l. vlt. col. penult. C. de edict. D. Hadri. toll. Franciſc. Aret. in l. Is, qui bonis, colum. vlt. ff. de Acquir. hæred. Corn. in conſi. 201. lib. 1. Iaſ. in §. actionum, nu. 220. in Inſtit. de actio. Vbertinus Zuchardus, in d. l. vlt. num. 218. Couuar. practic. quæſt. cap. 12. Natta in conſil. 15. Hierony. Gabriel. conſi. 31. nu. 45. Rota Bononienſ. apud Petrum Benintendium deciſ. 35.

Hæc poſterior ſententia videtur mihi veriſſima, authoritate. l. etiamſi putauit, 35. §. 1. ff. de petit. hæredit. vbi Iuriſconſultus reſpondit de hac ipſa facti ſpecie, cùm ſcilicet titulum quis habet ab eo, qui petitione hæreditatis tenebatur, & ait, eum, qui titulum acquiſiuit, duobus caſibus poſſe conueniri, ſi videlicet hæreditatis venditor non extet, vel modico pretio vendiderit; ex quo argumentum ſumitur, in alijs caſibus ſecus eſſe ſtatuendum. B Reddam ipſius Iuriſconſulti verba: *Quod ſi quis* inquit, *hæreditatem emerit, an vtilis in eum petitio hæreditatis debeat dari, ne ſingulis iudicijs vexetur? Venditorem enim teneri certum eſt* (hic ergo titulus acquiritur ab eo, qui tenebatur) *ſed finge non extare venditorem, vel modico vendidiſſe, & bonæ fidei poſſeſſorem fuiſſe, an porrigi manus ad emptorem debeant? & putat Caius Caſſius dandam vtilem actionem*, &c.

Solidius mihi videtur hoc argumentum, quam contrariæ ſententiæ, ex ea regula deſumptum. Succeſſorem melioris conditionis eſſe non poſſe, quam authorem, vt in l. Si mulier, vlt. §. 1. ff. de petit. hæredit. quoniam argumenta ex huiuſmodi regulis generalibus valde ſunt periculoſa. In ſpecie quidem d. l. Si mulier, regula ſibi locum vendicat ſumma ratione, nempe, mulierem pignora repetere poſſe per interceſſionem data, nõ ſolùm ab ipſo creditore, verum etiam ab emptore. Meritò: nam plus iuris emptor non habet, quam creditor haberet. C Nec ex eo, quò pignora vendita fuerint, mulier actionem amittit. An in ſpecie, de qua noſtra eſt di putatio, is, qui titulum iuſtum & bonam fidem habet ante litem inſtitutam, plus iuris habet, quam author eius, neque enim titulum is habuit, & cum nec pro hærede, nec pro poſſeſſore poſſideat, conueniri hæreditatis petitione non poteſt.

CAPVT V.

De tertio ad Iudicium veniente, Controuerſia vna.

CVm inter duos litigator de rei alicuius dominio, vel poſſeſſione, ſi tertius ad Iudicium veniat, ac petat ſibi rem adiudicari, atque ita ſe litigatoribus opponat, conſtat inter omnes, eum admittendum eſſe, & audiendum, ex l. Bona fides, ff. Depoſiti, & ex alijs legibus permultis. D Cæterum, illud eſt controuerſum, An Iudicium inter priores litigatores inchoatum, impedire ac retardare poſſit, ita ut Iudex debeat vna ſententia omnium trium perſonarum controuerſiam ac litem dirimere. Etenim Alexat. in d. l. Bona fides, reſpondit, vna ſententia omne negotium terminandum, authoritate Baldi, in cap. 1. §. ſi duo, De pace tenenda, & eius violatoribus, vbi Baldus ita docet, authoritate Innocentij, in cap. Veniens, 2. de teſtib. & ſequuntur Alexand. ad Bartol. in l. is, à quo, ff. de rei vendic. Felyn. in cap. Cum ſuper, num. 11. in 3. limitat. de ſententia & re iudicata, & ibi etiam Imola, necnon Afflict. in d. §. ſi duo, Vrſillus ad Afflictum, Deciſ. 235. Nouiſſime D. Iacob. Menoch. in conſ. 488. lib. 5. vbi euſdem ſententię alios authores commemorat, nempe Bar. in l. ſi quis libertatem, nu. 1. ff. de petit. hæredit. Petrum Anton. Anguſſolam, in conſi. 62. & Vincentium de Anna Neapolitanum, in Allegat. 76. num. 6. lib. 2. affirmantem, ſic obſeruatum fuiſſe in cauſa Illuſtriſſimorum fratrum de Gonzaga. & ibid. Menoch. multa præclare, & erudite diſputat, ad conſultationem ſuam pertinentia; in qua quidem cauſa ego aliquando iudex fui Placentię. Vertebatur enim coram Placentino Conſilio, cui & ipſe vnà cum alijs aſſidebam; Sed quod attinet ad punctum quęſtionis, eo vtitur potiſſimum argumento, quòd cùm tertius, qui ſe opponit, impediat eum, qui primo egit, quò minus rem, ſeu poſſeſſionem conſequatur, meritò impedire quoque proceſſum cauſæ debet: Sed non eſt mihi animus ea confutare, quæ vir præſtantiſſimus deducit, pręſertim, cum mihi conſtet, eam cauſam & litem, nondum eſſe definitam. Illud duntaxat hic admonendum putaui, nec mihi, nec alijs Conſiliarijs ſupradictam Doctorum ſententiam probari potuiſſe: exiſtimo enim, tertium comparentem, ac ſe opponentem, audiendum quidem, & admittendum eſſe, & ſi meliorem cauſam habuerit, rem illi adiudicandam fore. Cæterùm, ſi poſt inchoatum iam iudicium ſit admiſſus, nihil proponi ûideo, cur proceſſum iam inchoatum retardare poſſit, & expectare iudex debeat, vt & ipſe cauſam inſtruat, antequam ſententiam inter priores litigantes proferat. Etenim, quid in tali ſpecie Iudicem ſeruare oporteat, præclare docet Iuriſconſultus, in l. is a quo, ff. de rei vendic. & in l. penult. ff. de petit. hæred. nempe, vt priori, qui actionem inſtituit, per ſententiam res adiudicetur, ea cautione præſtita, vt ſi alter fundum euincat, illum reſtituat. Legis verba hæc ſunt: *Is, à quo fundus petitus erat, ab alio euſdem fundi nomine conuentus eſt: Quærebatur, ſi alteri eorum fundum iudicis iuſſu reſtituiſſet, & poſtea ſecundum alterum petitorem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret. Reſpondi, vt priori Iudex adiudicaret, eum oportere ita petitori fundum reſtitui iubere, vt poſſeſſori caueret, vel ſatiſdaret, ſi alter fundum euiciſſet, eum præſtare.*

Reſpondet D. Menoch. loco annotato, hanc legem loqui, quando agitur de ſententiæ executione, ex And. Gel. lib. 1. Obſeru. capit. 70. num. 15. Sed tanti viri pace, non recte, quia repugnant legis verba, ibi: *Quærebatur, ſi alteri eorum fundum iudicis iuſſu reſtituiſſet*, &cæt. *Reſpondi, vt priori iudex adiudicaret*, &cæt. Hæc verba indicant ſententiam proferendam, non autem executionem ſententiæ latæ, prout & ſequentia. *Eum oportere ita petitori fundum reſtitui iubere*, &c. quæ quidem verba conueniunt ſententiæ dictioni, non autem executioni.

Atque ita hanc rem interpretati ſunt repudiata priore ſententia, Anton. Butr. Belamera. Felyn. & Angel. quos refert, & ſequitur Couuar. practicar. quæſt. cap. 14. nu. 4. Rota, Deciſ. 4. tit. de Iudicijs, in antiquis, incipiente: *Tres venerunt ad cauſam*. Ioſephus Ludouicus, Deciſ. Peruſina 26. numero 26. Ioann. Marc. Aquilin. in l. Naturaliter, §. Nihil commune, nu. 84. in 1. parte, ff. de acquiren. poſſeſ.

Quæ verò afferuntur pro contraria opinione, facile confutari poſſunt, quia etſi tertius admittendus ſit, & audiendus, non tamen ſequitur, eum impedire ac retardare poſſe cauſæ prius inſtitutæ exitum. at impedit reſtitutionem rei ipſius. Concedo, ſi de iure ſuo docuerit, antequam ſententia a Iudice proferatur inter priores litigatores: nam ſi tarde ad Iudicium venerit, non eum expectare, donec cauſam inſtruat, Iudex iubetur, ſed petitori rem adiudicare cautione præſtita. Alia hic argumenta contrariæ opinionis non commemoro, neque refello, quia nullum animaduerti, quod ſpeciem probabilitatis pręſeferat, nititur enim ea ſententia, ſola Innocentij authoritate, ita docentis, ex quadam textus Canonici interpretatione, quam nec ipſe ſecutus eſt, nec alij.

CAPVT VI.

Vtrum compenſatio locum habeat, vbi quantitas ex vna parte debetur, ex altera verò quantitas debetur, quæ ſe habet ad inſtar ſpeciei.

CVm certum corpus nummorum deſignatur, veluti centum, quæ in arca habeo, quantitas videtur deberi tanquam ſpecies quædam, vnde in controuerſiam venit, An ſi talis quantitas ex vna parte debeatur, compenſatio locum habeat cum quantitate ſimpliciter debita ex altera parte; & locum habere, affirmarunt Vltramontani Doctores, quos Bartol. Alexand. Corn. Iacopin. Socin. Iaſ. & quidam alij ſecuti ſunt, in Commentar. ad l. cum fundus, §. ſeruum tuum imprudens, ff. ſi certum petatur. Quorum illud eſt argumentum, quod compenſationi hoc in caſu obſtare non poſſit, quòd ex vna parte quantitas debeatur, ex altera vero quodammodo ſpecies, ſicuti aliàs regulariter obſtat, vt in l. ſi conuenerit, ff. de pignoratitia actio. nam ideo obſtat ſpeciei, quòd in eam cadit affectio, propter quam creditor ad compenſandum compelli non poteſt. Cæterum in nummis affectio conſiderari non poteſt, l. nummis, ff. de in litem iurando. Conſequenter, nullum eſt impedimentum, quò minus compenſationi ſit locus. Huc accedat, quòd in depoſito ſpecialiter conſtitutum eſt, vt compenſatio locum non habeat, l. vlt. C. de compenſat. & tamen pecunia depoſiti nomine reſtituenda, videtur conſideranda, non ut ſimplex quantitas, ſed vt ſpecies, quia idem corpus nummorum reddi debet. Hoc igitur argumentum eſt in cæteris caſibus, in quibus hoc modo quantitas vtrinque debetur, compenſationi locum eſſe, alioquin iure conſtituto in depoſiti cauſis opus non erat.

Secunda eſt ſententia: Compenſationi locum eſſe, ſi quantitas ſit deſignata & expreſſa, quamuis ſub certo nummorum corpore, ſi vero expreſſa non ſit, locum non eſſe authores huius ſententię commemorantur ab Alex. & Aret. in d. §. ſeruum tuum. Pro cuius ſententiæ confirmatione nihil allatum inueni.

Tertia eſt ſententia Tyndari, in tract. de compenſationibus, colum. 5. Vt ſiquidem pecunia, quæ debetur vt ſpecies, extet, locus compenſationi non ſit, quia debitor præcisè cogitur ad eam ſoluendam, ſi vero non extet, ſecus.

Quarta & poſtrema eſt ſententia, quæ mihi omnium veriſſima videtur, compenſationem non admitti in propoſito caſu. Authores ſunt Accurſius, Aretinus, Ludouicus Romanus, & Decius, in d. §. ſeruum tuum imprudens.

Affertur pro hac ſententia text. in d. § ſeruum tuum, quatenus ibi Iuriſconſultus docet, peculiares nummos vendicari poſſe, licet is, qui vendicat, deberet quantitatem, quaſi peculiares nummi certam ſpeciem conſtituere videantur, quæ proinde cauſa ſit impediendæ compenſationis. Sed mihi magis hanc ſententiam probat text. in l. ſed ſi certos, de legat. 1. vbi Iuriſconſultus: *Sed ſi certos nummos, veluti quos in arca habet, aut certam lancem legauerit, non numerata pecunia, ſed ipſa corpora nummorum, vel res legata continentur, neq; permutationem accipiunt, & exemplo cuiuslibet corporis æſtimanda ſunt.* Hactenus Iuriſconſultus. Si permutationem non accipiunt tales nummi, & vt certum corpus æſtimandi ſunt, ergo compenſatio locum habere non poteſt.

Reſpondet Alexander, id non eſſe generaliter accipiendum, ſed in illis tantum caſibus locum habere, de quibus in præcedenti lege, non recte, quia Iuriſconſulti reſponſum generale eſt, nec verba adeò generalia, ita ſunt coarctanda contra eorum proprietatem & naturam.

A Nec prioris ſententiæ fundamẽtum eſt ſatis ſolidum, quia in nummis affectio non conſideratur, quantum ad hoc, vt iuramentum in litem deferatur, pro eo quod intereſt, certa eſt enim nummorum æſtimatio, vt inquit Iuriſconſultus in d. l. Nummis; Sed quoad alios effectus, ad excludendam ſcilicet compenſationem, ſeu permutationem, quin affectio conſiderari queat, negari non poteſt, vt patet ex d. l. Sed ſi certos.

Quod verò dicitur, in depoſito ceſſare compenſationem quodam iure conſtituto, & ſpeciali, & conſequenter in alijs ſecus eſſe ſtatuendum, nihil obſtat: quia in depoſito ceſſat compenſatio, quomodocunque fiat, ſiue nummi deponantur vt certum corpus, ſiue vt certa quãtitas: cum tamen alias regulariter debita quantitas, compenſationem cum alia debita quantitate ſimili recipiat.

Porro illa diſtinctio, vtrum certa deſignetur quantitas, nec ne: confutatur ex l. planè, 34. §. 7. de legatis. 1. ibi:
B *Si non certum nummorum corpus ſit ſæpius relictum, vt puta centum, quæ in arca habet, ſæpius legauit. Tunc enim fundo legato eſſe comparandum credo.*

CAPVT VII.

Vtrum debitor, qui iurauit ſe ſoluturum, obijcere compenſationem poſſit.

IVratus debitor compenſationem obijcere an poſſit, vulgaris eſt controuerſia. Sunt enim qui affirment, ſunt qui negent, nec deſunt, qui diſtinctione vtantur. Affirmant Bart. in l. amplius, ff. rem ratam haberi. Bal. & Panormitan. in cap. ad noſtram, de iureiuran. & alij, quos refert Oſaſcus, Deciſ. Pedemont. 92. Couarr. in capit. Quamuis, de pact. lib. 6. in 2. parte. § 4. numero 9. Negant vero Innocent. Ioan. Andr. Hoſtien. & Imol.
C in dicto capit. ad noſtram, & alij quos commemorant Couuar. & Oſaſc. locis annotatis. Et latius Seraphinus Senenſ. de priuilegijs Iuramenti, priuil. 74. numero 36. Denique hac diſtinctione vtuntur Panormita. in dicto cap. ad noſtram, numero 3. & alij a Seraphino & Oſaſco citati, vt ſiquidem ante iuratam obligationem illud debitum contractum fuerit, quod in compenſationem deducitur, tunc nequaquam locus ſit compenſationi, ſi vero poſtea contractum ſit, compenſatio locum habeat.

Prioris ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum, ex l. 4. §. ſoluiſſe, ff. de re iudic. vbi Iuriſconſultus: *Soluiſſe*, inquit, *accipere debemus, non tantum eum, qui ſoluit, verum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus eſt.* Sed is, qui compenſat, liberatur, l. ſi ambo, ff. de compenſat. Ergo is, qui compenſat, ſoluit. Exceptio autem ſolutionis proculdubio opponi poteſt, ergo & exceptio compenſationis.

D Secundum argumentum eſt ex l. 2. C. de compenſatio. vbi is, qui Iudicati conuenitur, pecuniæ ſibi debitæ compenſationem implorare poteſt. Si locum habet compenſatio, vbi debitum eſt ex re iudicata, ergo locum etiam habere dabet, vbi deſcendit ex obligatione iurata, quia res iudicata, & iuramentum æquiparantur, l. 2. ff. de iureiuran. l. poſt rem iudicatam, ff. de re iudic.

Tertium eſt ex l. ſi debitor, ff. qui potiores in pignor. habeant. ibi: *Nec enim intereſſe, ſoluerit, an penſauerit.*

Quartum argumentum eſt huiuſmodi: Inutilis eſt actio eius, qui in cauſa eſt, vt quod ſibi debetur, non ſoluatur, l. potior, §. vlt. ff. qui potior. in pignori habeant. Sed creditor hoc in caſu, eſt in cauſa, quia ipſe non ſoluit creditori ſuo, eidemq; debitori, ergo inanis eſt actio, & compenſatio locum habet.

Quintum argumentum eſt ex l. dediſſe, ff. de verborum

bonum ſignific. ibi: *Dediſſe intelligendus eſt, qui compenſauit.* A

Sextum argumentum: Quod ſub conditione debetur, compenſari poteſt, l. ſi peculium, §. de illo, ff. de ſtatu liber. l. Iulianus, ff. de conditio. & demonſtrat. & tamen conditiones in forma impleri debent, l. Mæuius, l. qui hæred. ff. eodem titu. ergo ſimiliter id compenſari poteſt, quod iureiurando intercedente, debetur.

Poſtremum argumentum: Iuramentum ſequitur naturam actus ſuper, quo interponitur, c. quemadmodũ, de iureiuran. Sed compenſatio regulariter locum habet in omni debito, l. 2. ff. de compenſat. ergo locum habet etiam in debito iurato.

Negantis autem ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum ex c. ad noſtram, de iureiuran. vbi fructus ex pignore percepti, in ſortem debitam nõ imputantur, quia debitor iureiurando obſtrictus erat.

B Secundum eſt ex c. debitores, eod. tit. vbi patet, debitorem qui iurauit vſuras ſe ſoluturum, ad eas ſoluendas cogi, licet ſolutas repetere poſſit.

Tertium argumentum: Nemo poteſt iuramentum commutare authoritate propria, etiam in melius, capit. peruenit, 2. de Iureiuran. ergo qui iurauit, compenſare non poteſt, quia videretur iuramentum commutare.

Quartum argumentum: Iuramentum ſeruari debet, vbi abſque diſpendio ſalutis æternæ ſeruari poteſt, capit. cum contingat, de Iureiuran. ergo ſeruandum eſt etiam hoc in caſu, & ſic debitori ſoluere debet.

Quintum argumentum: Compenſatio locum non habet in cauſa depoſiti, l. penult. C. Depoſiti, l. vlt. C. de compenſat. Ergo nec locum habere debet in cauſa debiti iurati, quia maior eſt ratio.

C Fundamentum autem tertiæ opinionis, quæ diſtinguit, illud eſt: quoniam omnis promiſſio debet intelligi rebus ſic ſtantibus, capit. quemadmodum, de iureiur. l. quod Seruius, ff. de condict. indeb. ergo is, qui ſe ſoluturum iurauit, intelligitur iuraſſe rebus ita ſtantibus, non autem, ſi poſtea ipſemet etiam creditor efficiatur alterius.

Ego exiſtimo priorem ſententiam æquiorem, & probabiliorem eſſe, authoritate Iuriſconſulti, in l. 2. ff. de compenſat. *Vnuſquiſque*, inquit, *creditorem ſuum, eundemq; debitorem repellit, ſi paratus eſt compenſare.* Id ratio ipſa æquitatis ſuadet, quia noſtra intereſt potius non ſoluere, quàm ſolutum repetere, l. 3. ff. eodem titu. Iuramentum autem iniquitati fauere non debet, neque ſolet, ſed æquitati, vnde hanc recipere debet interpretationem, quæ ex ipſa lege, & æquitate deducitur, vt ſcilicet is, qui iurauit ſe ſoluturum, compenſare poſſit; & compenſationem implorando, creditorem ſuum, eundemque debitorem repellere. Quod ſi debitum hinc inde ſit liquidum & clarum, nec res altiorem indaginem requirat, dolo facere videtur is, qui D petit, quod poſtea reſtituturus eſt. l. dolo facit, de [illegible]

Ad primum argumentum contrariæ opinionis reſpondeo, in ſpecie d. capit. ad noſtram, non illud quæri, an debitor poſſit compenſare, fructibus in ſortem imputatis, ſed vtrum iuramento non obſtante, res oppignoratas vindicare poſſit, antequam ſoluat. Ratio dubitandi erat, quia creditor ex re pignorata fructus perceperat. Ratio decidendi, quia nondum tot fructus perceperat, qui deductis expenſis ſortem æquarent, id patet ex illis verbis text. *Licet autem de poſſeſſionibus illis & redditibus, nondũ ſortem deductis expenſis receperit*, &c. Aliam affert reſponſionem Couuar. loco annotato, ſed mihi hæc planior videtur.

Ad ſecundum ex capit. debitores, reſpondeo: Nil agi eo in loco de compenſatione, ſed debitor iuramen- A tum ſeruare tenetur, nec poteſt illud authoritate propria contemnere, quanquam Eccleſiaſtica authoritate compelli poſſit creditor ad vſuras reſtituendas.

Ad tertium reſpondeo: Authoritate legis id fieri, non propria ipſius debitoris, quia lex compenſationem inducit ex æquitate, ne quis cogatur ſoluere, & poſtea repetere.

Ad quartum reſpondeo: Iuramentum hoc in caſu ſeruari, quia is, qui compenſat, legis interpretatione ſoluere dicitur.

Ad poſtremum argumentum reſpondeo, negando conſequentiam; Licet enim in depoſito ſpecialiter conſtitutum ſit, vt locum non habeat compenſatio, ob certas quaſdam cauſas, nempe, propter ſingularem fidem, quam depoſitum requirit, in alijs tamen obligationibus aliter eſt conſtitutum.

B

CAPVT VIII.

Ad interpretationem l. Tranſigere, C. de Tranſact. Controuerſia dua.

TRanſigere, vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt, in alijs autem publicis criminibus, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem. Ita Diocletianus & Maximianus, in l. 18. C. de tranſact. Ad cuius legis interpretationem diſcutiendæ ſunt nonnullæ controuerſiæ in hoc & in ſequenti capite. Prima eſt, quomodo verum ſit, quod primo loco dicitur, de crimine capitali prohibitam non eſſe tranſactionem, cùm & publicæ vtilitatis ratio, quæ, vt delicta puniantur, exigit, & Senatuſconſulti Turpiliani authoritas repugnare videantur, quo tranſigentes, & paciſcentes de criminibus, grauiſſimè puniuntur. Secunda, quomodo ab hac C regula crimen adulterij excipiatur, cum inter capitalia recenseri tempore legis conditæ non potuerit, exceptio autem debeat eſſe pars regulæ? Tertia, quid de criminibus priuatis ſtatuendum ſit, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, an ſit de illis tranſactio permiſſa? Quarta, quis ſit ſenſus verborum illorum textus: *Citra falſi accuſationem.* Poſtrema, vtrum is, qui tranſigit de crimine capitali, accuſari & puniri poſſit, tranſactione non obſtante? Priores duas hoc in capite tractabimus, tres poſteriores in ſequenti.

Quod igitur ad primam attinet, quidam Doctor ita ſe expedit, vt exiſtimet verba textus ſic concepta olim fuiſſe ab Imperatoribus: *Tranſigere, vel paciſci de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt*; ſed nouam legem ille condit, non antiquam interpretatur. Repugnat omnium Codicum fides & teſtimonium, cui vir doctus acquieſcere debuit.

Accurſius, ex parte rei, exiſtimat prohibitam non D eſſe tranſactionem, vt is, quomodocunque poſſit, ſanguinem ſuum redimat, quod permiſſum eſſe patet ex l. 1. ff de bonis eor. qui mor. ſibi conſciue. & ex l. vlt. ff. de præuaricatorib. Cæterum, ex parte actoris, ſecus exiſtimat, propter Senatuſconſulti Turpil. prohibitionem, l. ab accuſatione, l. in Senatuſconſult. ff. ad Turpilian. Quæ ſententia ſatisfacere non poteſt, cùm verba legis conueniant tàm reo, quàm actori: nam ſi actor tranſigere non poſſet, reus autem poſſet, id ſanè reticendum non erat, ſed exprimendum ab Imperatoribus.

Bartolus, Caſtrenſis, & Alexander, ita hanc rem explicant, vt in ſumma velint, reum impunè tranſigere poſſe, actorem verò non adeo impunè, ſed ita tamen, vt pœnam talionis euadat, quæ illi perperam accuſanti imminere ſolet, vt in l. vltim. C. de accuſationib. Quæ ſententia ſimiliter ſatisfacere non poteſt, quia tranſactio ſimul eſſet prohibita, & non prohibita: non prohibita

hibita quidem, vt in hac lege, prohibita verò propter pœnam in actorem tranſigentem conſtitutam, licet capitalis non eſſet.

Alciatus & Iaſon in ea ſunt ſententia, vt exiſtiment, tranſactionem eſſe permiſſam, tàm Reo, quàm Accuſatori, nec aliquem ex eis alicui pœnæ obnoxium eſſe; quæ videtur mihi veriſſima interpretatio; Nam quod legitimè fit, pœnam non meretur, l. quarta, C. ad legem Iuliam de adulter. & qui permiſſu Principis ab accuſatione deſiſtit, non punitur, l. deſtitiſſe, ff. ad Turpilianum. Ergo nec is punitur, qui authoritate legis tranſigit.

Ad argumentum verò, quod ex Senatuſconſulti Turpiliani authoritate ſumitur, & ex his legibus, quibus dicitur, Priuatorum pactiones de his tantum valere, quæ ad rem familiarem pertinent, non autem de his, quæ publicam continent læſionem, l. Iuriſgentium, §. ſi paciſcar, l. ſi vnus, §. pacta, ff. de pactis. Reſpondeo, non obſtare: quia Turpiliani authoritas, hoc in caſu locum habere non poteſt, in quo iuſtas ob cauſas eſt tranſactio permiſſa; & læſionis publicæ ratio hic habenda non eſt, cùm omnis ratio honeſta ſit expediendæ ſalutis, nec prorſus is, qui delictum admiſit, tranſactione facta liberatur, imò verò & accuſari ab alio, & puniri poteſt à iudice, l. Qui cætu, §. vlt. ff. ad legem Iuliam de vi publica, vt & inferiùs dicetur in poſtrema Controuerſia ſequentis capitis.

Venio ad ſecundam, in qua illud difficultatem facit, quod Diocletiano & Maximiano imperantibus, adulterium non erat capitale, vt patet ex l. Si quis viduam, ff. de quæſtionibus, & tradunt Alciat. lib. 5. Paradox. c. 8. Cuiacius, Modernus Doctor Gallus, & Balduinus, in §. Item lex Iulia, in Inſtit. de publicis Iudicijs. Briſſonius libro ſingulari ad legem Iuliam de Adulterijs, in verbo: *Qui ſtuprum, adulteriumve.* Couuar. in Epitome de ſpõſalib. par. 2. c. 7. nu. 16. & optimè omnium Cuiac. lib. 21. Obſeru. cap. 17.

Reſpondet Antonius Faber lib. ſecundo, coniectur. Iuris, capit. 20. illa verba; *Excepto adulterio*, addita fuiſſe ab imperito interprete, ad id reſpiciente, Adulterij crimen ſanguinis pœnam irrogare, neque tamen de illo tranſigere, aut paciſci licere, nec animaduertente, Diocletiani, & Maximiani temporibus capitale non fuiſſe.

Verum obſtat elegantiſſimo Doctori, non ſolùm authoritas omnium Codicum Latinorum, verùm etiam Græcorum, nam & in Baſilicis, & apud Conſtantinum Hermanopulum totidem verbis hæc lex habetur, ſicuti teſtatur præcitatus Modernus Doctor Gallus, d. q. 23.

Mihi hæc interpretatio probatur, quam & Iacobo Cuiacio lib. 6. Obſeru. capit. 11. & lib. 19. cap. penult. probari video, nempe Tribonianum ea verba poſuiſſe, ad poſteriores leges reſpicientem, quod & aliàs eum factitaſſe conſtat ex traditis à Franciſco Duareno, Anniuerſariarum diſputationum lib. 2. cap. 9. Immò, in hac ipſa ſpecie, de qua agitur, textum habemus in Inſtitutionibus, de publicis Iudicijs, §. Item lex Iulia, de Adulterijs, vbi dicitur, Temeratores alienarum nuptiarum lege Iulia gladio puniri; quod ſanè dictum accipi debet, ſecundum leges poſteriores, nempe Cōſtātini, l. Quamuis, C. Ad legem Iuliam de Adulterijs: non autem ſecundùm legem Iuliam, quæ, vt dictum eſt, pœnam capitis non imponebat.

Sed & illa interpretatio mihi non improbatur, Adulteros ſæpe olim capite plexos fuiſſe, & idcirco inter capitalia crimina adulterium hic eſſe relatum. Adulteros, autem capite fuiſſe non rarò mulctatos, conſtat ex his, quæ refert Iacobus Cuiacius lib. 20. Obſeru. capit. 18. & Iacobus Menoch. de Arbitr. Iudic. caſu 419. num. 40. Cuius ſententiæ acerrimus propugnator eſt Ioãnes Corraſius, lib. 2. Miſcellaneor. cap. 1.

At his replicat Antonius Faber, adulterium omnino excipiendum à Triboniano non fuiſſe, ſed potius crimen Raptus, quod eo tempore erat capitale; Nam cùm ex poſterioribus legibus adulterium factum ſit capitale, ratio poſtulare videtur, vt etiam de eo, ſicut de alijs capitalibus tranſigere liceat. Ita olim in adulterij crimine abolitioni locus non erat abſque permiſſu Præſidis, l. abolitionem, C. Ad legem Iuliam de Adulterijs; vbi verò factum eſt capitale, ſimul eſt permiſſum, vt qui de adulterio accuſant illud, ſi voluerint, abolitione compeſcant, l. Quamuis, 30. C. eod. tit.

Reſpondet Iacobus Cuiacius lib. 6. Obſeru. cap. 11. in hæc verba: *Cæterum*, inquit, *adulterio capitali effecto, conſequens eſt, de eo tranſigi poſſe, quod tamen nequaquam dicemus. Nouæ enim conſtitutiones ſtrictius accipiendæ ſunt, adeo vt & neceſſariò ex eis conſequentia contra ius vetus admittenda non ſint, niſi exprimantur. Cuius rei innumera exempla ſuppeditant, Nouella Iuſtiniani, & mores ſingularum Ciuitatum. Olim adulterium capitale non fuit, hoc abrogatum eſt nominatim. Olim de adulterio tranſigi non potuit, l. de crimine, C. de adulterijs, hoc abrogatum non eſt nominatim, manet igitur. Quod intelligens, volensq́, Tribonianus, adiecit rectè, excepto adulterio.* Hactenus ille, qui idem docet, quod ſcholaſtici Doctores tradunt in Authent. quas actiones, C. de ſacroſanctis Eccleſijs, licet verbis paulò rudioribus, correctionem legis inducendam non eſſe ex identitate, vel etiam ex maioritate rationis, ita enim ipſi loquuntur, nec ideo ſunt ridendi, quia res ornari negat, contenta doceri.

CAPVT IX.

Tractantur tres aliæ Controuerſiæ ad interpretationem eiuſdem l. Tranſigere, C. de Tranſact.

Controuertitur præterea, An de priuatis criminibus, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, tranſigere liceat; & licere, docuit olim Ioãnes antiquus interpres, Iacob. Buttrigarius, & alij, quos commemorat Albericus hoc in loco. Argumenta ſunt iſta.

Primum eſt; ex eo, quòd lex dicit, de publicis criminibus, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, tranſigere non licere, ergo de priuatis ſecus videtur.

Secundum argumentum illud eſt; quia publica crimina ſeverioribus pœnis vindicantur, & omnibus eſt permiſſa accuſatio; quæ ratio facit, vt tranſactio permiſſa non ſit: vnde cùm in criminibus priuatis ceſſet, videtur etiam tranſactio permittenda.

Tertium argumentum; Nam in priuatis criminibus, videtur eſſe in poteſtate noſtra, ne actio oriatur, vt patet in crimine iniuriarum, §. vlt. in Inſtit. de iniurijs. Ergo, & vbi actio competit, permiſſum eſſe videtur, eam tranſactione auferre & extinguere.

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, quæ etiam magis communiter recepta eſt, vt ſcilicet de priuatis criminibus prohibita ſit tranſactio, vbi criminaliter agitur, ſecus autem, ſi ciuiliter. quæ diſtinctio ciuilis, & criminalis Iudicij, optimè declaratur à Duareno, lib. 1. Anniuerſ. diſputat. c. 34. atque ita docent Accurſ. Bartol. Iaſ. Alciat. & alij. Quæ ſententia probatur ex l. Si quis repetere, ff. ad Turpil. vbi patet, eum, qui deſiſtit ab accuſatione in cauſa furti, ſtellionatus, & ſimili, officio Iudicis puniri; & deſiſtere dicitur, qui cum aduerſario ſuo tranſigit, vt in l. ab accuſatione, ff. eod. tit. Quod ſi ciuiliter agatur, permiſſam eſſe tranſactionem, patet ex l. interdum, §. qui tutelam, ff. de furtis, ex l. poſt deciſionem, C. eod. titu. ex l. ſi pro fure, ff. de condictione furtiua, & alijs ſimilibus.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo; non rectè colligi ex d. l. tranſigere, permiſſam eſſe tranſactionem de priuatis criminibus, ex eo, quòd de publi-

publicis prohibita ſit, quia publicum & priuatum crimẽ non ita inuicem opponuntur, ut quod de uno negatur, de altero affirmari uideatur.

Ad ſecundum, licet maior ratio ſit prohibendi tranſactionem de publicis criminibus, non tamen efficitur, de priuatis tranſigi poſse, quia & in priuatis criminibus publicæ vendictæ ratio poſtulat, ut legitimis pœnis uindicentur, non autem, ut tranſactionibus & pactionibus aboleantur.

Ad tertium argumentum, licet in poteſtate noſtra ſit, actionem iniuriarum, & ſimiles paciſcendo remittere, quatenus ea res priuatum noſtrum commodum concernit, non tamen ſequitur, id etiam nobis licere, ut criminalem inſtitutam accuſationem paciſcendo deferamus.

Altera eſt controuerſia; Quis ſit ſenſus uerborum illorum, *Citra falſi accuſationem*. Veterum interpretum communis eſt expoſitio ac ſententia, his uerbis crimen falſi exceptum eſſe, ita ut ſententia legis ſit, de crimine falſi tranſigi poſſe: Adſtipulantur huic interpretationi Iacob. Cuiac. libro 6. obſeruat. iur. cap. 11. & Anton. Gouean. lib. 1. uariar. lection. cap. 30. quibus & ipſe lubens ſubſcribo, & idem ſentit Connanus lib. 5. c. 7.

Probatur autem de crimine falſi tranſigi poſſe, ex l. penult. C. de tranſact. ex l. 7. C. ad legem Corneliam de falſis, & ex l. 2. C. de his, quibus vt indig. Porrò illud verbum (*Cura*) idem aliquando valere, quod præter, ſatis patet ex l. vlt. ff. de calumniator. & ex l. vnica, §. exter. neum C. de rei vxoriæ actione.

Cæterùm, ab hac communi ſententia diſceſſerunt Anton. Faber, lib. 2. coniectur. cap. 20. & Alciat. in Comment. huius loci, qui exiſtimant, ſenſum eſſe, neminem tranſigere poſſe de publicis criminibus, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, ſine accuſatione falſi, quia ſcilicet de falſo accuſari poterunt. Illud verbum (*Cura*) idem aliquando ſignificare quod (*Sine*) probat, l. 2. C. ſententiam reſcindi non poſſe, l. 6. ff. de curat. furioſ. & ſatis notum & certum eſt. Porrò, calumnia & præuaricatio, quæ ex tranſactione detegitur, falſi ſpeciem habere videntur, l. 1. §. 1. & §. præuaricatorem, ff. ad Turpil. & lex fallaciter accuſantes hos appellat, l. vlt. C. de Abolitionibus.

Pro confirmatione autem huius ſententiæ Anto. Fab. affert hæc argumenta.

Primum, quia falſi crimen dicitur eſſe capitale, l. prima, & l. 5. C. ad legem Corneliam de falſis. Vnde inter crimina non capitalia, hoc in loco recenſeretur, ſi prior expoſitio valeret, quia videlicet exciperetur crimen falſi ab alijs criminibus non capitalibus, quod cum abſurdum ſit, nec bona videtur eſſe illa prior expoſitio.

Secundum argumentum eſt ex, l. 1. §. an accuſationem, verſic. atquin Papinia. ff. ad Turpil. vbi mulier ad falſi accuſationem non admittitur, quæ ſuam, vel ſuorum iniuriam non perſequitur, etſi deſiſtat, non tamen punitur. Ergo, ſi ad accuſationem admitteretur, punienda eſſet, ſi deſiſteret, iuxta, l. ſi fœmina, C. eod. tit.

Tertium argumentum ex l. quæſitum, ff. ad Turpil. vbi is, qui minatus eſt ſe falſi crimen obiecturum, etſi poſtea non obijciat, non punitur. Ergo a contrario ſenſu, ſi obijciat, & poſtea deſiſtat, puniendus eſt.

Ad leges, quæ afferuntur ad probandum de crimine falſi permiſſam eſſe tranſactionem reſpondet Faber, eas loqui cùm de falſo inſtrumento agitur, hoc eſt ciuiliter, non autem cum de crimine falſi, ſcilicet criminaliter. Ad quam reſponſionem ita Cuiacius loco annotato: *Circumſcribor*, inquit, *niſi ſubueniant ſynceri Iudices. Quid ſit de falſo tranſigere intelligo. Quid ſit de inſtrumento dubiæ fidei tranſigere, ſi hoc non eſt de falſo inſtrumento tranſigere, ſane non intelligo.* Cui Faber. *Reprehendendi*, inquit, *ſunt, qui ſcribunt ſe non intelligere,*

A *quid ſit de crimine falſi tranſigere, ſi aliud ſit, quam de falſo inſtrumento tranſigere*, & paulò poſt, *aut ſi hæc differentia non ſunt, ego plane non intelligo quid ſit illud, quod ſcriptum eſt in l. de fide, C. de falſis, et qui de fide inſtrumenti quærat, duplicem litigandi viam tribui eam eſſe, per accuſationem, & per priuatam diſceptationem.*

Reſpondeo, hæc argumenta non obſtare. In primis enim, vt dicebat Cuiacius, iure non probatur, eum de falſo accuſari poſſe, qui de crimine tranſigit, quòd ſi accuſari poſſet, cur non & puniri? An puniri tales trãſigentes pœna falſi nullibi cautũ videtur. Vnde planior eſt prior expoſitio. Nec obſtat id, quod dicitur, leges, quibus tranſactio de crimine falſi permittitur, loqui, cum ciuiliter agitur, quia etiam accuſatio criminalis per tranſactioné tollitur, vt patet ex d. l. 7. C. de falſis, ibi, *Facta igitur trãſactione, difficile eſt, vt is, qui prouinciam regit, velut falſum, cui ſemel acquieuiſti, tibi accuſare permittat.* Illud verum eſt, calumniatores, tergiuerſatores, & præ-
B. uaricatores, fallaciter agere, nec ſyncera, vt decet, fide, ac mente crimina tractare, & accuſationes inſtitutas. Cæterum, eos de falſo accuſari poſſe hanc ob cauſam, haud facile demonſtrari poteſt.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis reſpondeo, falſi crimen capitale non eſſe, eo ſenſu, quo capitale accipitur in hac lege, nempe, cum pœna mortis infligitur. Etenim pœna falſi eſt deportationis, & publicationis bonorum, l. 1. §. pœna falſi, ff. ad legem Corneliam de falſis, nec mortis pœna locum habet, niſi magnitudo rei id exigat, vt in l. vbi crimen, 22. C. eodem titu. & in l. prima, ff. ad legem Cornel. de Sicar. & ſimilibus.

Ad ſecundum reſpondeo, non poſſe illud argumentum a contrario ſenſu rectè ſumi, quia repugnat text. in l. 4. ad Turpilianum, vbi expreſſe dicitur: Mulierem, quæ propriæ iniuriæ cauſa falſi crimen denunciauit, deſiſtentem, Turpiliano Senatuſconſulto non teneri. Ex
C quo argumentum aliùd ſumitur, tranſactionem de crimini falſi valere.

Reſpondet Faber, textum dictæ l. 4. corrigendum eſſe, deeſſe enim illi negationem, quia ſcilicet Papiniani lex eſt, quę à Martiano in d. l. 1. verſ. at quin Papinianus, in eam ſententiam citatur, Mulierem deſiſtentem non puniri, ſi falſi accuſationem non iniuriæ propriæ, nec ſuorum cauſa inſtituerit. Verum huic emendationi repugnat fides omnium librorum, & quæ aduerſus eam emendationem latè diſputat Robertus Aurelianus, Receptæ iuris Ciuilis lection. lib. 1. cap. 25.

Non obſtat text. in dicta l. ſi fœmina, C. ad Turpilian. quia non loquitur de crimine falſi, ſed de fœmina, quæ ſuam, vel ſuorum iniuriam accuſatione proſequitur.

Ad tertiũ reſpondeo, licet textus in l. quæſitum, iſtud velit, vt qui minatus eſt ſe crimen falſi obiecturum, deinde non obiecit, non pertineat ad Senatuſconſultum
D Turpilianum, non tamen infertur, iſtud quoque velle, vt qui illud obiecerit, & poſtea tranſegerit, ad illud Senatuſconſultum pertineat, quia huic interpretationi & argumento, leges omnes aduerſantur, quibus de crimine falſi tranſigi poſſe conſtitutum eſt.

Tertia eſt controuerſia. Vtrum facta tranſactione de crimine, reus accuſari, & puniri poſſit pœna ſanguinis. Etenim Bartol. in d. l. tranſigi, numero 7. id negare videtur, necnon Curt. iun. num. 29. Sed in contrarium ſe habet communis Doctorum ſententia. Vide Clarum, in §. fin. q. 58. verſic. ſed pone. Anton. Gomeſ. de delictis, c. 3. num. 55. & nouiſſime Farinatium lib. 1. comm. quæſt. criminal. q. 4. nu. 54.

Probatur hæc communis ſententia ex l. qui cœtu. §. vlt. ff. ad l. Iuliam, de vi publica, ibi. *Et ſi Pater iniuriam ſuam precibus exoratus remiſerat, tamen extraneus ſine quinquennij præſcriptione reum poſtulare poterit*, & ex l. 2. C. de abolition. ibi. *Redempta miſerationis vox minimè*

nie admittatur, ſed aduerſus nocentem reum, inquiſitione facta, competens pœna ingeratur.

Vnum autem hoc afferri poteſt argumentum pro cõtraria ſententia: Cùm tranſactio de crimine capitali ſit permiſſa, eam potiſſimum ob cauſam, vt ſanguinem ſuum quis redimere poſſit, conſequens eſſe videtur, tranſactione facta, pœnam ſanguinis euitari, alioquin fruſtra facta eſſe videbitur.

Reſpondeo, hoc non ſequi ſimpliciter, & abſolute, ſed eo duntaxat in caſu, quo nemo alius de crimine inquireret & accuſaret: nam, tranſactio facta ad hoc valet, vt primus accuſator, qui tranſegit, nec proſequi ſemel inſtitutam accuſationem, neque nouam inchoare poſſit, obſtat enim ei tranſactio. Cùm itaque non ſemper accuſatores noui reperiantur, nec ſemper ex officio iudex inquirere poſſit maleficia, non rarò accidet, vt ad euadendam ſanguinis pœnam plurimum tranſactio pro futura ſit, cum ſcilicet nullus alius erit accuſator, nec iudex inquiſierit ex officio.

CAPVT X.

De conciliatione l. cum mota, C. de tranſactionibus, cum l. ſi conſtituta, ff. de inoffic. teſtamen. & an ex tranſactione oriatur actio.

S*I inſtituta de inofficioſo teſtamento accuſatione, de lite pacto tranſactum eſt, nec fides ab hærede tranſactioni præſtatur, inofficioſi cauſam integram eſſe placuit.* Sic Vlpianus. At contra Imp. Alex. *Cum mota inofficioſi querela*, inquit, *Matrem veſtram cum diuerſa parte tranſegiſſe, ita vt partem bonorum ſuſciperet, & à lite diſcederet, proponatis inſtaurari quidem ſemel omiſſam querelam per vos qui Matri hæredes extitiſtis, iuris ratio non ſinit. Verum ſi fides placitis præſtita non eſt, id, quod intereſt, diuerſam partem rectè conuenietis.*

C Prima eſt ſolutio nonnullorum interpretum, Vlpianum loqui de eo, qui tranſigit, vt nempe querelam inſtaurare poſſit, ſi tranſactionis fides non ſeruetur. Alexandrum verò de tranſigentis hærede. Quæ ſolutio non ſatisfacit, quia ex perſona hæredis conditio non mutatur obligationis, l. 2. §. ex his, ff. de verb. oblig.

Secunda eſt ſolutio, in ſpecie de qua loquitur Vlpianus, tranſactionem factam fuiſſe ſub conditione, ſi ſcilicet id, quod promiſſum erat, ſolueretur: Ideo ſi non præſteiur, integra manet actio. In ſpecie verò Alexandri, non ſub conditione factam fuiſſe, ſed ſub modo, ideo querelam inſtaurari non poſſe, licet quod promiſſum eſt, non detur.

Non mihi probatur hæc ſolutio, quia meram continet diuinationem.

Tertia eſt ſolutio. Vlpiani legem correctam eſſe ab Alexandro, quæ ſolutio minus eſt probabilis; tum quia Vlpianus à conſilijs Alexandri Cæſaris fuit, ſicuti author eſt Lampridius; tum quia non eſt inducenda legum correctio, niſi exprimatur, l. præcipimus, in fine, C. de appellationibus. D

Quarta eſt ſolutio Alciati, lib. 5. Parador. c. 6. Vlpianum loqui de tranſactione facta nudo pacto, vt patet ibi, *de lite pacto tranſactum eſt*. Alexandrum vero loqui de tranſactione, quæ renunciationem continet, vt patet ex illis verbis: *Et à lite diſcederet*. Videtur autem efficacior eſſe renunciatio, quam nudum pactum, vt notatur in l. poſtquam liti, C. de pactis.

Hæc ſolutio non videtur mihi ſolida, quia omnis tranſactio, etiam nudo pacto interpoſita, hoc efficit, vt a lite diſcedatur, & ſic renunciationem continere videtur. Quare Angelus a Sancto Ioanne, merito in antiparadox. hanc ſolutionem impugnat.

Quinta ſolutio deduci poteſt ex diſtinctione Duareni, in Commen. ad tit. C. Si aduerſus venditionem. *Cum*

A *quæritur*, inquit, *qua actione ſubueniatur actori, ſi reus tranſactionem nolit, diſtinctionem ſeruandam eſſe, quæ eſt in l. ſiue apud, & l. vt reſponſum, & in l. Cum mota, C. de tranſact. Aut enim acceptilatione actio ſublata eſt, & tunc ſi aduerſarius nolit conuentis ſtare, non ideo poteſt actor agere actione veteri per acceptilationem extincta, quia in perpetuum ſublata obligatio reſtitui non poteſt; ſi verò pactum ſit, ne peteretur ſine acceptilatione, ſi debitor nolit conuentis ſtare, tunc actor poteſt agere prima actione.* Itaq. ſic dicere poſſumus, Vlpianum loqui, cùm nudo pacto facta eſt tranſactio, quod veriſſimum eſt, Alexandrum verò cùm tranſactio facta eſt interueniente acceptilatione.

Cæterum, vt non prorſus huic expoſitioni aſſentiar, illud efficit, quòd nullum verbum obſeruare licet apud Alexandrum, quo ſignificetur in ea ſpecie acceptilationem interpoſitam fuiſſe.

Poſtrema igitur ſolutio, quæ mihi cæteris probabilior B videtur, eſt Hieronymi Tornielli, ad Rubr. de Verbor. oblig. nu. 144. quam & Angelus à S. Ioanne loco annotato excogitaſſe videtur, nempe, in ſpecie Vlpiano propoſita, ita fuiſſe tranſactum & conuentum, ut à querela inofficioſi teſtamẽti recederetur, aduerſarius vero aliquid daret; ſed in ſpecie Alexandro propoſita, cõuentum fuiſſe, vt certa bonorum pars tranſigenti, & querelam remittenti, daretur, de quibus agebatur in accuſatione inofficioſi teſtamenti, ideo hoc poſteriori caſu querela inſtaurari non poteſt: Nam querela ipſa inofficioſi teſtamenti, quæ vniuerſa bona vindicabat per tranſactionem factam, reſciſſa eſt, ac diuiſa in hunc modum, vt. ſ. pars bonorum debeatur querelam remittenti, altera uero pars poſſeſſori cedat. Quare, ſi accuſatione inſtaurata, omnia bona peterentur, pacti obſtaret exceptio, ex quadam æquitate, quemadmodum in l. ſi maior, 36. C. de tranſact. habetur, Exceptionis æquitatẽ proficere, vt nil amplius peti poſſit, quam quod tranſactionis placito promiſſum C eſt; quæ ratio in priore caſu locum non habet. Etenim, vt Torniellius dicebat, in ſpecie iſta, is, contra quem inofficioſi querela fuit inſtituta, promittendo actori partem bonorum, de quibus agebatur, aliquid actori præſtitit, quia iam non amplius exceptionibus ſuis vti quo ad illam partem poteſt, & ideo actor debet eum conuenire, vt partem bonorum promiſſam tradat, non autem ipſam tranſactionem infringere. At in ſpecie d. l. ſi inſtituta, nihil reus conuentus præſtitit, ideo dicta ratio ceſſat, & ibi tranſactio reſcindi poteſt.

Porrò Alexander dicit, *ad id, quod intereſt, actionem præſcriptis verbis competere, ſi tranſactioni verborum obligatio ſubiecta non eſt*, quod quemadmodum conſiſtere poſſit, ſumma ratione controuertitur, ſiquidem ex tranſactionis placito actionem non competere, procul dubio ſit ex l. cum proponas, 21. C. de pact. & ex l. ſiue apud acta, C. de tranſact.

Reſpondet Bart. in d. l. ſiue apud acta, tranſactionem D actionem parere ex parte rei conuenti, vt ſi quid ei promiſſum fuerit, actionem habeat ad illud conſequendũ: ex parte vero Actoris, actionem non competere, quia non adimpleuit contractum ex parte ſua, etſi enim tranſigendo promiſerit ſe amplius non acturum, agere tamen ſemper poteſt, ſaltem de facto. Si dicatur: immò ipſi actori datur actio in ſpecie d. l. cum mota, & in l. ſi pro fundo, C. eod. tit. reſpondet Bartol. primo, actionem illam datiuam eſſe, non natiuam; quæ ſolutio nihil valet, vt bene explicat Alciat. in d. l. cum proponas, ad fidem, C. de pactis. Secundo reſpondet, eas leges intelligendas eſſe, cum actor tranſigendo aliquid promittit, quod perfecte adimpleri poteſt, ut puta, ſi promittat reũ liberare, & eum liberet.

Sed nihil valet hæc ſolutio, aut ego fallor, nec enim habenda eſt ratio eius, quod de facto fieri poteſt, & quãtumuis actor reum liberauerit, poteſt ſemper de facto agere, & meram continet diuinationem iſthæc expoſitio.

tio. Quare ſic ego reſpondendum iudicarem, ex tranſactione quidem actionem regulariter non dari, ſed excipiendum eſſe ab hac regula hunc caſum, cum ſcilicet actor ad primam, & veterem actionem redire non poteſt, vt in ſpecie d. l. cum mota. Ratio euidentiſſima eſt; quia ſi actionem non haberet ad petendum id, quod ſibi tranſactione facta promiſſum fuit, omni prorſus remedio deſtitutus eſſet, ipſeq́; tranſactioni ſtare cogeretur, & aduerſarius nil omnino ſeruaret, nec enim actione veteri conueniri poſſet, nec actione vlla ex placito tranſactionis compelli ad ſtandum tranſactioni, quæ quidē eſſet maxima iniquitas, & iniuſtitia: iure igitur hoc in caſu ex tranſactione ad id quod intereſt, agitur.

CAPVT XI.

Controuerſiæ duæ ad interpretationem l. ſi quis maior, C. de tranſactio.

NOn leuis neque parui momenti controuerſia eſt, an quod in l. ſi quis maior. C. de tranſactio. conſtitutum eſt, in omni contractu locum habeat.

Affirmant autem locum habere in commēt. d. l. Bart. Alexan. Iaſ. Iacob. & Corn. quorum fundamentum eſt, quia textus non ſolùm de tranſactione loquitur, verum etiam de omni alia pactione, vt patet ex illis verbis: *Si quis maior*, &c. *aduerſus pacta, vel tranſactiones*, &c. Item ex illis: *Reſtituta pœna quæ pactis probetur inſerta*. Item ex illis: *Careat emolumento, quod ex pactione, vel tranſactione fuerit conſecutus*. Item ex illis: *Qui nomina noſtra placitis inſerentes*, &c. Omni autem contractui pactum ineſſe videtur, quia nihil aliud eſt, niſi duorum pluriumve in idem placitum & conſenſus, l. 1. ff. de pact. Huc accedat rationem legis ad omnem alium contractum extendi, illa enim eſt ratio, quia veniens contra tranſactionem iureiurando confirmatam, periurus eſt, atque adeò infamis, & conſequenter omnibus pęnis in lege expreſſis obnoxius. Quæ ratio ſimili modo obtinere debet in cæteris contractibus, in quibus iuſiurandi religio contemnitur, & violatur.

Sed contrariam ſententiam ſecuti ſunt Riminal. Purpurat. & Alciat. in comment. eiuſdem loci, ſequentibus argumentis.

Primum, quia lex odioſa eſt, & pœnam continet valdè grauem, vnde ad tranſactionem, de qua principaliter loquitur, reſtringenda eſſe videtur. Odia enim reſtringi oportet, & fauores ampliari, cap. Odia de reg. iur. libro ſexto, & interpretatione legum pœnæ molliendæ ſunt, non autem exaſperandæ, l. interpretatione, ff. de pœnis.

Secundum argumentum. Lex intelligenda eſt ac interpretanda, ita vt titulo congruat ſub quo eſt poſita, l. Imperatores, ff. de in diem addictio. Sed hæc lex poſita eſt ſub titulo de tranſactionibus. Ergo de tranſactione accipienda eſt, non autem de alijs contractibus.

Tertium argumentum eſt ex eo, quod inter cæteras pęnas in eum à lege conſtitutas, qui contra tranſactionem fecerit, illa connumeratur, vt ea, quæ accepit, reſtituat. Hæc autem pœna tranſactioni potiſſimum conuenire videtur, quæ ſemper fit aliquo dato, vel retento, l. tranſactio. C. de tranſact.

Quartum argumentum eſt ex l. penultima, C. de dignitatibus, libro duodecimo, vbi patet eum, qui contra iuramentum fecit, in pecuniarijs cauſis infamiæ pœnam non incurrere, quam tamen incurreret, ſi locum haberent pœnæ huius legis in omni promiſſione iurata.

Quintum argumentum eſt ex eo, quod in tranſactione quædam ſpecialis ratio ſuadere videtur, vt locus ſit huiuſmodi pęnis, vt ſcilicet pœnarum metu, tranſactio-

A num placitis ſtetur. Nullus enim erit litium finis, ſi à tranſactionibus bona fide interpoſitis, cœperit facilè diſcedi. l. fratris, C. de tranſact.

Ego hac in re non ignoro, ſententiam priore loco relatam frequentioribus doctorum ſuffragijs receptam eſſe, vt patet ex notatis à Matheſilano, ſingul. 50 ab Alexandr. conſil. 85. libro primo, Decio 452. Corneo 40. libro quarto, Guido. Papa, conſilio trigeſimoprimo, & ſingul. 620. Ruyn. conſilio 198. libro primo. Caſſiodor. deciſ. ſecunda, tit. de iureiurando. Roland. à Valle in conſi. 31. lib. ſecundo, Hippol. Riminald. in conſil. 124. & alijs paſſim.

Cæterum, in acerrima diſputatione crediderim poſteriorem ſententiam fortioribus argumentis nixam eſſe. Aut enim hanc conſtitutionē ad cæteros contractus porrigendam eſſe exiſtimamus, quia verba id ſuadeant, vtpote cæteros contractus amplectentia; aut verò, quia ratio legis id à nobis exigat. Primum vix demonſtrari poterit, quia verbum, pactionis, cuius in textu frequens eſt mentio, ſua natura omnem contractum non
B complectitur, ſed ſolam ipſam tranſactionem, nudamq́ue conuentionem ſignificat, non autem eam, quæ in ſpeciale nomen contractus tranſit. Id tam luculenter demonſtrat Duarenus in comment. ad l. primā, ff. de pactis, & lib. ſecundo Anniuerſariar. Diſputat. cap. 8. vt cæteris id demonſtrandi facultatem præripuerit. Vnde ad omnem contractum illud verbum pertinere non poteſt, ſed ad tranſactionem tantum, vt & in l. vbi pactum, C. eod. titu. ſi verò ipſam legis rationem conſideremur, nihil minus cogitandū nobis videbitur, quàm de ea ad cæteros contractus omnes extendenda, ſiquidem lex dura eſt, perquàm ſeuera, & pœnalis, vt vocant, & ideo non ita temerè in conſequentiam trahenda. Adde, quòd Alciatus commemorat, ſumma ope legum authores niti, ut tranſactiones ratæ ſint, ne lites finitæ ſuſcitentur, ut nihil mirum ſit, ſi tot propoſitis
C pœnis ad eas implendas, ac ſeruandas homines inducendos procurauerint, præſertim iureiurando accedente. Quod verò in alijs contractibus & cauſis eædem ſint pœnæ conſtitutæ aduerſus iuriſiurandi cōtemptam religionem, nec in legibus noſtris adnotaui, nec adduci poſſum ut credam, propter elegantem, & præclaram cōſtitutionem l. 2. C. de reb. cred. & iureiur. & l. ult. ff. de crimine ſtellionatus. Quibus ita ſe habentibus, argumenta contrariæ ſententiæ refutatione particulari opus non habent, ut patet.

Secunda eſt controuerſia. Vtrum ea conſtitutio mulieres quoque tranſigentes comprehendat? Negant Fulgoſ. in comm. huius legis, & alij quos commemorat Gabrielius commun. concluſ. titu. de tranſact. concluſ. prima, nume. 3. quia ut locum habeat hæc lex, dolus requiritur, ſecundum communem omnium ſententiam. Nam periurium non committitur abſque dolo: ream enim linguam non facit, niſi rea mens. cap. homines
D cap. ult. §. epiſcopus, 22. quæſtio. 2. cap. 2. ead. cau. c. quæritur. §. item opponit, ead. cau. & quæſt. omnes autem pœnæ propter periurium ab ipſa lege conſtitutæ ſunt. A dolo autem præſumpto mulier excuſatur, l. prima, §. ult. ff. de edendo. Cum itaque dolus requiratur, & in muliere non præſumatur, ſequitur dicendum, eam lege iſta non comprehendi. Huc accedat, quòd iuris ignorantia excuſat à dolo, l. ſed ſi lege, §. ſcire autem, ff. de petit. hæred. l. ſi quis in graui. §. ſi quis ignorans, ff. ad Syllam. Mulier autem præſumitur ignorare iura, l. regula, ff. de iuris & facti igno. Caſtr. in conſil. 132. lib. 1. Decius in conſil. 351. in fine. Menochius de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 3. Denique mulier propter ſexus fragilitatem plerumque mitius quàm vir punitur, l. ſacrilegij ff. ad legem Iuliam peculatus, Tiraquell. de legibus connubial. lib. lib. 1. num. 69.

Cæterum & mulierem hac lege teneri, affirmant Iaſon hoc in loco, & alij ab Antonio Gabrielio commemo-

rati

rati loco annotato, quorum argumenta duo ſunt præcipua. Alterum ex illis verbis legis: *Si quis maior*,&c. quę verba tàm maſculum quàm fęminam comprehendunt. l.1.ff. de verb. ſign. Alterum; quia mulier non excuſatur in ijs, quæ ſunt contraria iuri naturali, leg.2. C. de in ius vocan. Iaſon in l.vlt. ad finem, C. de iuris & facti igno. Sed promiſſa nõ obſeruare, iuri naturali repugnat, l.1.ff.de conſtit.pecun. Similiter & iuriſiurandi religionem violare, argumento l.veluti, cum lege antecedenti, ff.de iuſt.& iure.

Tertia eſt ſententia Hieronymi Cagnoli ita diſtinguentis Aut mulier directò venit contra tranſactioné, litem inſtaurando, ſeu aduerſus eam Principi ſupplicando: & tunc prior ſententia locum habeat. Aut non directè contra tranſactionem venit, ſed non obſeruat ipſum tranſactionis placitum, & tunc poſterior ſententia locum habeat.

Ego verò eorum ſententię magis accedo, qui affirmát, mulierem hac lege teneri, ſicut & aliàs legibus tenetur, vt in l.ſi quis id quod, ff.de iuriſd.om.iud. & declarat ibi Iaſon & Menochius de recuperand. poſſeſſ. rem.9. numero 9.

Nec iuris ignorantia mulierem excuſat, præterquàm in caſibus à lege expreſſis, l. vlt. C. de iuris & facti ignor. Tiraquell. de pœnis legum, cauſa 9. in fine, & cauſa 11. num.23. Præſertim verò, vbi aliquid delinquit contra ius naturale, vel ius ciuile, clarum & manifeſtum, ſicut illud eſt, pacta & conuenta eſſe ſeruanda, vt declarat Alciatus de præſumpt.reg.3. præſumpt.30. Quòd verò dicitur in l.prima, §.vlt.ff.de eden.non edenti ex mandato prætoris eſſe ſubueniendum, ſexus & ruſticitatis habita ratione, nihil obſtat, quia iuſſus prætoris in ea ſpecie, nõ iuris rigori, ſed æquitate ſola nititur, ex his quæ tradunt Alciatus reg.1.præſumpt.trigeſimanona, & Menoch.de recup.poſſeſſ.rem.9.num.22.23. Quare non ita durè aduerſus muliebrem ſexum agendum fuit, vt aduerſus alios, cum qualiſqualis ratio ſit pro muliere eo caſu, nempe iuris ipſius rigor.

CAPVT XII.

Aliæ duæ controuerſia de eadem re.

NOn deſint qui exiſtiment, ea quæ ſancita ſunt in ſupradicta l.ſi quis maior, C.de tranſactio. etiam ad vniuerſitatem tranſigentem pertinere, ita enim docuit Iaſ.in Comment. d. l. & ita etiam reſpondit in conſil.118. lib.1. Ex argumento, quod illa verba, *Si quis*, vniuerſitatem quoque continere videantur, vt in l.nihil, ff. ad Macedonianum, iuncta l.1.ff.eod. tit. & in l. item ait prætor, iuncta l. ergo ſciendum, ff. ex quibus cauſis maiores. Nam vniuerſitas vicem ſuſtinet perſonæ, l.mortuo, ff.de fideiuſſoribus, & cum agatur de periurio coercendo, facilè extendenda eſſe videtur hęc lex, ex traditis in authen. Sacramenta puberum, C.ſi aduerſus venditionem.

Sed iſtis ego non aſſentior, quemadmodum neque Hieron. Cagnolus in interpretatione eiuſdem legis, neque Decius in l. ſi familia, ff. de iuriſdict. om.ind. neque Auguſt.Berous in conſ.8.nu.36.lib.3.

Fundamentum meum eſt, quia lex loquitur de maiore vigintiquinque annis, vniuerſitas autem minori comparatur, l. Reſpublica, C. ex quibus cauſis maiores, l. Rempublicam, C. de iure Reipub. libro 10. Item quia periurium, propter quod omnes pœnæ imponuntur, ligat ipſam animam, vniuerſitas autem vt ſic, non dicitur habere animam, vnde nec excommunicari poteſt, cap. Romana, de ſententia excommunicationis libro ſexto, & declarat Ludo. Roman. in conſil.400. Denique aut tranſactio facta eſt per procuratorem vniuerſitatis, aut per ipſoſmet homines vniuerſitatis. Vtroque caſu dici-

A tur eſſe facta, nõ ſolum à maiorib. vigintiquinque annis, verum etiam à minoribus, ſiue nomine tam maiorum, quam minorum, cum in vniuerſitate ſint tam maiores quã minores. Sed minores vigintiquinque annis cõprehendere non poteſt hæc conſtitutio, ergo comprehẽdet duntaxat maiores: Si maiores tantum comprehendat, ergo non vniuerſitatem, quia vniuerſitas conſtat ex maioribus & minoribus. Ex quibus patet, nec locum eſſe extenſioni, quia verba non patiuntur, nec obſtare leges in contrarium allegatas, quia loquuntur in caſibus, in quibus eam extenſionem nihil impedire poteſt.

Magis dubia eſt altera controuerſia, in qua diſputari ſolet, vtrum hæc lex locum habeat, vbi iuramentum tranſactioni non acceſſit, ſed fides tamen data eſt & interpoſita, vt plerunque in Germania fieri ſolet.

Prima eſt ſententia affirmantium, ita Specul.in tit. de arbitr. §. vlt.verſic. *Sed pone quod compromiſſum*, & ibi Ioan. Andr. & Bald. Felyn. in cap.2. de ſponſalib. Alex.

B Iaſ.& Cagnol.ad d.l.ſi quis maior. Andr.Geyll.lib.2.obſeru.cap.59.

Fundamentum eſt, quia iuramentum, & promiſſio ſub fide æquiparantur, cap. ad aures, extra de his, quæ vi metusve cauſa fiunt, ibi. *Niſi fortè iuramento, vel fide interpoſita*,&c. c.peruenit, de fideiuſſorib. c.querelam. Ne prælati vices ſuas,&c.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Ioan. Imola, in c. cum tempore. de arbitris, num.2. Alciat. & Aret. in d.l. ſi quis maior. Rota Romana deciſ.1. incipiente: vtrum violator. tit. de pact. in deciſ. Biſignetti, & deciſ.138.in antiquis. Ant.Gabriel. commu. concl. tit. de tranſactio. concl.1.num.29.& ante omnes gloſ.in c.penult. de iureiur. Quibus adſtipulatur tex.in cap.commiſſum, extra de ſponſalibus, ibi. *De contrahendo matrimonio fidem dedit, & ſe cum ea intra biennium, per verba de præſenti contracturum, præſtito iuramento firmauit*,&c. Quibus verbis inſinuari videtur, non eſſe idem omnino iuramen-

C tum, & fidei præſtationem. Huc accedat, quod textus loquitur de tranſactione facta inuocato diuino nomine, & cum de pęnis grauiſſimis agatur, videtur lex eſſe reſtringenda ad eam ſpeciem, de qua expreſsè loquitur, iuxta l. interpretatione, ff. de pęnis, quamuis alioqui iuramentum & fidei præſtatio pariter obligarent.

Mihi hac de re cogitanti ſemper placuit doctrina Alciati, ad rub. extra de iureiur. numero quinto, & Couar. ad rub.de pactis, in 1.parte, §.2. poſt num.2. Nempe fidem duobus modis accipi, vno modo pro fide nobilitatis, nempe pro dictorum, conuentorumque conſtantia, ab eo dicta, quòd fiat, quod dictum eſt, alio modo accipi pro fide Chriſtiana; ſi primo modo accipiatur, fidesque in tranſactione interponatur, proculdubio eſt ad eum caſum l.ſi quis maior, non pertinere, quia loquitur, vbi iuramentum eſt interpoſitum. Fides autem ſic accepta non eſt iuramentum. Si verò ſecundo modo accipiatur, tunc crediderim eam vim habere iuramenti, &

D idcirco ad eam ſpeciem producendam eſſe conſtitutionem, de qua agitur. Quod ſi in obſcuro eſſet, an fidei interpoſitio iuxta priorem, an verò iuxta poſteriorẽ ſenſum tranſactioni ſubiecta fuiſſet, nihil proponi video, cur exequendæ eſſent pœnæ huius legis apertè loquentis eo caſu quo iuratum eſt, in eum, qui fide præſtita, tranſegiſſet, quinimò ad periurium euitandum, benigniore interpretatione adhibita, ad priorem ſenſum referrem ipſam fidei interpoſitionem, ſicuti Couar. loco annotato diligenter explicat. Porrò canones allatos pro priore ſententia ſic accipio, vt loquantur de fide ſecundùm poſteriorem ſenſum, quo in caſu eam iuramento comparari, ipſe quoque affirmo, atque contendo.

CA-

A

CAPVT XIII.

Alia Controuerſia de eadem re.

CONtrouertitur etiam, vtrum pęnæ huius legis committantur ab hærede tranſigentis. Affirmat enim Caſtr. in conſilio 13. lib. 2. & Socin. in conſil. 38. lib. 3. eo argumento, quòd cùm obligatio principalis in hæredem tranſeat, videatur etiam tranſire debere acceſſoria, quæ ex iuramento contrahitur, ac conſequenter omnis pœna, quæ infertur ex iuramenti violatione, præſertim, quia hæres videtur eſſe vna, & eadem perſona cum defuncto, vnde, & iuſiurandum à defuncto præſtitum ſeruare tenetur, vt in §. 1. in auth. de iureiurando à moriente præſtito. Denique, hæres oneribus hæreditarijs eſt obſtrictus, l. ſi duo, ff. de acquir. hæred. Illud autem eſt onus in præſenti, vt tranſactioni pareatur, aut ſi non pareatur, locus ſit pęnis, de quibus in hac lege. B

Cæterum, contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, quam Cagnol. hoc in loco defendit, & late D. Iacob. Menoch. in conſi. 355. lib. 4.

Fundamentum autem illud eſt ſolidum, quoniam iuramentum eſt perſonale, id eſt, obligat animam & perſonam ipſius iurantis, quoad effectum periurii, ita ſcilicet, ut is, qui iurat, iuramentum obſeruare teneatur, alioqui periurus ſit, & grauiter peccet, hæres autem iurantis, huiuſmodi uinculo periurij non tenetur: quia ipſe non iurauit, conſequenter iuriſiurandi religionem non contemnit. Ita docent Canoniſtæ omnes, in cap. veritatis, de iureiur. ſicuti declarat optimè Couarr. in c. requiſiuiſti, ſub nu. 2. extra de teſtamentis. Quare, licet hæres teneatur ſeruare ipſum iuramentum a defuncto præſtitum, & omnia alia ſubire hæreditatis onera, ſicuti optime probat contrariæ ſententiæ argumentum, non tamen ſequitur, eundem obſtrictum eſſe periurii vinculo, atq; adeo C iis pęnis, quæ propter periurium ſunt impoſitæ. Quæ cũ ita ſint, palam eſt, eas pœnas aduerſus hæredem locum non habere, quæ hac lege exprimuntur, Omnes enim ad periurium uindicandum conſtitutæ ſunt in contractu tranſactionis.

Poſtremò controuertitur, ſitne locus purgationi moræ, ſaltem ex iuris Canonici æquitate ad euadendas huius legis pęnas. Et locum eſſe reſpondit Alex. hoc in loco, Iaſon nu. 26. & Ruyn. in conſ. 133. col. ult. lib. 1. quibus adſtipulatur, quòd Cagnolus hoc eod. loco ſcribit, num. 156. hanc legem ſcilicet, iure Canonico inſpecto, locum non habere. Sic & nimis rigidam eſſe, ac propterea in praxi non obtinere, reſpondit poſt alios Franciſcus Becius, in conſi. 106. nu. 24. & Menoch. in d. conſil. 355. nu. 1. lib 4.

A qua ſententia facit, quod habetur in c. ſuam, de pęnis, & quod notatur in c. apud miſericordem, 32. quæſt. 1. & in c. beatus, 12. q. 2. D

Verum illis nil morantibus, contrariam ſententiam amplector, cui adſtipulantur quę tradunt Alexander, in l. ſi inſulam, nu. 38. ff. de uerb. oblig. Dec. in conſilio 432. Rom. in conſil. 457. & alij à Gabrielio citati, Com. Concluſ. tit. de tranſact. concl. 1. numero 13. quibus adde Hyppol. Rimınal. in conſi. 124. nu. 69. lib. 2. & Ruin. in conſi. 20 lib. 4.

Fundamentum uero illud ſolidum mihi videtur, quod non ſit inducenda diuerſitas, ac diſcretio inter ius Canonicum & Ciuile, niſi expreſſum ſacris Canonibus reperiatur, nam & leges non dedignantur ſacros Canones imitari, & Sacrorum ſtatuta Canonum principum conſtitutionibus adiuuantur, vt in cap. 1. de operis noui nunciat. Cum igitur inter omnes conſtet, iure ciuili inſpecto, locum non eſſe purgationi moræ, non debet iure canonico contrarium decerni iuriſconſultorum interpretatione. Et parum mouet, quod dicatur, ius canoni-

A cum æquitatem amplecti: nam & ius ciuile illam ſequitur, in omnibus ferè cauſis, l. in omnibus, de regul. iur. l. placuit, C. de iudicijs. Quod verò dicitur in capit. ſuam, de pęnis, huc non pertinet, quia de tranſactione iurata non loquitur ibi Pontifex, illud non diffiteor, idem reſpondendum eſſe in tranſactione iurata, quoties quis in minimo deficeret, vt in d. c. ſuam, ne videlicet ob minimam rem incidat quis in iam graues pœnas. Quæ vero notantur in d. capitu. apud miſericordem, & in capitu. Beatus, locum ſibi vindicant in foro pęnitentiali, ſicuti optimè declarat Alexand. Dec. Roman. & alij ſuperius à me citati.

CAPVT XIIII.

B *Sitne aliqua pœna conſtituta ex iure ciuili peieranti, Diuino nomine inuocato.*

QVæ ſit pęna conſtituta aduerſus eos, qui tranſactiones & pactiones iureiurando firmatas violauerint, ſatis vt arbitror, explicatum eſt in præcedentibus. Nunc ſe offert inſignis controuerſia, quid ſtatuendum de alijs ſpeciebus, in quibus iuriſiurandi religio contempta ſit: videlicet, vtrum aliqua pęna afficiẽdus ſit periurus? tractat prolixe hanc controuerſiam D. Iacob. Menoch. de arbitr. iud. Caſu 319. ibique commemorat authores, tam qui affirmantem, quàm qui negantem ſententiam ſunt amplexi. Ego breuiter argumenta referam, tum quid ipſe ſentiam, paucis declarabo.

Qui periurio pęnam eſſe impoſitam cenſuerunt, adducti in hanc ſententiam ſunt authoritate l. vlt. ff. de crimine ſtellionatus, *De periurio*, inquit lex, *ſi ſua pignora eſſe quis inſtrumento iurauit, crimen ſtellionatus fit, & ideo ad tempus exulat.*

C Secundo moti ſunt ex l. nam ſufficit, ff. de dolo. *Nam ſufficit*, inquit, *periurij pœna.*

Tertiò eo argumento moti ſunt, quòd exploratum eſt, eum, qui per Principem falſum iurauerit, puniri, vt in l. ſi duo, §. vlt. ff. de iureiuran. Quare etiam arbitrati ſunt, puniendum eum, qui per Deum peierauerit, cùm *longè grauius crimen ſit, æternam, quam temporalem lædere maieſtatem.*

Denique authoritate Conſtantini Hermanopuli adducti ſunt, in Epitome, ſeu Promptuario iuris ciuilis, libro primo, titu. de iureiuran. in hæc verba ſcribentis: *Si quis iurauerit in re pecuniaria, per genium Principis, & peierauerit, fuſtibus caſtigatus dimittitur. Quiſquis autem ex decreto iudicis, aut aduerſario poſtulante, iuſiurandum in Eccleſia receperit, ſacris inuiolatiſq; contactis Euangelijs, poſtea periurij conuicto, lingua abſcindatur, idemq; in teſtibus obſeruetur.*

Cæterum, qui contrariam ſententiam amplexi ſunt, D vnicum fundamentum poſuerunt in l. 2. C. de rebus creditis, & iureiur. vbi Alex. Imperator: *Iuriſiurandi contempta religio*, (inquit) *ſatis Deum vltorem habet.*

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, Imperatorem loqui, vbi calore iracũdiæ periurium committitur, vt patet ex ſequentibus verbis, ibi: *Et ſi per Principis venerationem quodam calore fuerit peieratum*, &c.

Ego ergò omnibus diligenter penſatis, huic poſteriori ſententiæ magis accedo, cuius authores habeo, præter Iacob. Cuiac. libro ſecundo. Obſeru. cap. 19. & alios quàmplurimos, quos refert Menoch. loco annotato, habeo inquam, authorem celeberrimum iuriſconſultum, præceptorem, ac promotorem meum Tiber. Decian. in tract. rerum criminalium nuper edito, libro 6. c. 12. Ita enim iure noſtro ciuili conſtitutum opinor, vt qui per Deum peierauerit, Deum vltorem habeat, qui verò per Principem, vltorem habeat ipſum Principem, præterquam in eo caſu, quo quis inconſulte quodam

caloꝛe per Principem peierauerit, ſicuti eleganter explicat ipſemet Imperator, in d.l.2. cuius hæc planè ſententia mihi videtur.

Nec difficile eſt ad argumenta contrariæ ſententiæ reſpondere; nam quòd attinet ad l. vlt. ff. de crimine ſtellionatus, non ea eſt eius legis ſententia, eum, qui in inſtrumento iurauit ſua eſſe pignora, idcircò puniri, quod falsò iurauerit: nam & abſque iureiurando crimen ſtellionatus committitur, vbi quis hoc modo mentitur, rem alienam velut propriam obligando creditori. Sed ſenſus eſt, de periurio effici crimen ſtellionatus, hoc eſt, periurium eo in caſu puniri, tanquam crimen ſtellionatus effectum, quemadmodum dicimus, de meo fit tuum. Itaque non diſputat ibi Iuriſconſultus, an periurium ſit puniendum, vt periurium, ſed vt annexum habens aliud crimen, ac in aliud crimen tranſitum faciens, nempè ſtellionatus, id quod ante me dixerunt Cuiac. & magis prolixè Dominus Dec. loco annotato.

Quòd verò dicitur in l. nam ſufficit, ff. de dolo, nihil obſtat: quia hoc tantum dicit ſufficere periurij pœnam, ſcilicet, apud Deum luendam, quem periurus ſatis vltorem habet, vel ſi per Principem falsò iuretur, pœnam ſufficere, quam Princeps ipſe conſtituet.

Quare nihil obſtat, quòd dicebatur tertio loco, eum puniri qui per Principem peierauerit, quoniam id fatemur, & puniendum etiam à Deo grauiter non dubitamus eum, qui per Deum peierauerit.

Authoritas denique Hermanopuli nihil mouet: quia loquitur de periurio in Eccleſijs commiſſo. Secundò, quia legem non habemus, cuius ipſe meminit. Tertiò, quia eius ſententia vim legis non obtinet, magiſque deferendum eſt Imperatori Alexandro ſatis apertè pronuncianti, iuſiurandi contemptam religionem, ſatis Deum vltorem habere.

CAPVT XV.

Vtrum in cauſis criminalibus iuramentum in ſupplementum probationis deferri poſſit à Iudice.

IN cauſis criminalibus decidendis, vtrum iuramento ſuppletiuo ſit locus, variæ ac diuerſæ ſunt doctorum ſententiæ. Prima eſt Accurſij, in l. in bonæ fidei, C. de reb. credit. & iureiur. etiam in cauſis criminalibus locum eſſe huiuſmodi iuramento: nam cùm textus dicat, in bonæ fidei contractibus, & cæteris cauſis, inopia probationum per iudicem cauſa cognita rem decidi oportere, is interpretatur illa verba, vt & delictorum cauſas comprehendant. Pro cuius ſententiæ confirmatione affert text. in l.3. ff. de iureiuran. vbi Iuriſconſult. ait: *Quacunque autem actione quis conuenietur, ſi iurauerit, proficit ei iuſiurandum, ſiue in perſonam, ſiue in rem, ſiue in factum, ſiue pœnali actione, vel quauis alia agatur*, &c.

Secunda eſt opinio Bartoli, Caſtrenſis, Iaſonis, Sichardi, & aliorum communiter, in Comment. eiuſdem l. in bonæ fidei, in cauſis criminalibus non eſſe locum huiuſmodi iuramento. Fundamentum eſt: quia in criminalibus probationes debent eſſe luce meridiana clariores, l. vlt. C. de probat. & neceſſe eſt, vt quis confeſſus, vel conuictus ſit, ad hoc, vt condemnari poſſit, l. qui ſententiam, C. de pœnis. Et nemo ex ſuſpicionibus damnandus eſt, l. abſentem, ff. de pœnis.

Tertia eſt ſententia Ludouici Romani, in l. admonendi, nu.104. ff. de iureiuran. & aliorum, quos commemorant Menoch. de arbitr. iud. caſu 464. num.7. & Dominus meus Cephalus, in conſil.141. nume.21. lib.1. Si actor ſemiplenè tantum, aut minus quàm ſemiplenè probauerit, non eſſe deferendum iuramentum in ſupplementum probationis: ſi verò pluſquàm ſemiplenè

A probauerit, deferendum eſſe. Fundamentum eſt in cap. vlt. de iureiur. in illis verbis: *Niſi iudex inſpectis perſonarum, & cauſæ circumſtantijs, illud actori videat deferendum.*

Quarta eſt ſententia Cyni, in d.l. in bonæ fidei, Butrij, in d.c. vlt. de iureiur. & aliorum, quos commemorat Dominus Cephalus, in d. conſi.141. nu.20. Si de pœna corporali agatur, iuramentum non eſſe deferendum, ſecus autem, ſi de pœna pecuniaria. Argumento text. in d.l. in bonæ fidei, ibi: *Et in cæteris cauſis.*

Quinta eſt ſententia; In cauſis criminalibus reo deferendum eſſe iuramentum, ad ſuam innocentiam purgandam, non autem actori, argumento text. in d.c. vlt. de iureiur. ibi: *Præſumptione vero faciente pro illo reo deferri poteſt ad oſtendendam ſuam innocentiam iuramentum.* Idem probat text. in authent. nouo iure, C. de pœna iudic. qui malè iudicauit. Huius ſententiæ authores diligenter à Menochio commemorantur, de arbitr. iud.

B d. caſu 464. nu.10.

Poſtrema eſt ſententia Angeli, in d. l. in bonæ fidei, ſi de crimine criminaliter agatur, inſtituta ſcilicet accuſatione ad publicam vindictam, non eſſe locum huic iuramento, ſecus autem ſi ciuiliter agatur, inſtituta ſcilicet actione ad priuatam vtilitatem.

Hanc poſtremam ſententiam iuri magis conſentaneam exiſtimo, atque ita interpretor, l.3. ff. de iureiuran. & c. vlt. eod. tit. de cauſa criminali ciuiliter intentata, intelligantur, id quod ſignificat verbum (*actionis*) vtroque in loco vſurpatum, nempè, in d.l.3. ibi (*Pœnali actione*) & in d.c. vlt. ibi, (*Famoſa actione.*) Vbi enim criminaliter agitur, dicitur potius accuſatio quàm actio, l. de crimine, C. ad legem Corneliam de falſis. Et ſanè, in cauſis criminalibus ita ſeruatur, vt ſiquidem reus ſit confeſſus, vel conuictus, condemnetur, l. qui ſententiam, C. de pœnis. Si verò non ſit confeſſus, neque conuictus, ſed tamen multis argumentis oppreſſus, ſubijciendus eſt

C tormentis ad eruendam veritatem, l.1. ver. ad tormenta, ff. de quæſt. Quod ſi torqueri non poſſit, tunc vel pœna extraordinaria afficitur, ſi argumenta, & indicia ſint magna, vel abſoluitur. Illud non diffiteor, & purgationis iuramentum hoc in caſu aliquando deferri, ſicuti declarat optimè Iul. Clar. in §. fin. q.63. & latè de hoc iuramento purgationis Andr. Gryll. lib.2. de pace publ. cap.7. Porrò verba illa textus d.l. in bonæ fidei, *& in cæteris cauſis*, de ſimilibus cauſis pecuniarijs accipienda eſſe non dubito.

CAPVT XVI.

Vtrum, vt iuramentum poſſit in ſupplementum deferri, neceſſe ſit, idipſum a litigatoribus peti.

D SEd vtrum neceſſe ſit à litigatoribus id peti, vt iuramentum ſuppletorium deferatur, non eſt eadem omnium ſententia. Etenim petendum id eſſe à litigatoribus, authores ſunt Bart. in l. admonendi. col. vlt. & ibid. Iaſ. in repetit. nu.316. ff. de iureiur. & alij, quos refert Ioſeph. Maſchard. de probat. vol.3. concl.956. nu.46. Fundamentum eſt in ea regula, quæ docet, iudicem officium ſuum non impertiri, niſi petenti. l.4. §. hoc autem iudicium, ff. de damno infecto.

Sed contrariam ſententiam, nempe neceſſe non eſſe, vt id petatur, imò verò peti non debere, ſed à iudice ex officio deferendum eſſe, probare videtur Panorm. in cap. vlt. §. ſanè, de iureiur. Et fundamentum eſt in d. §. ſanè, & in l. in bonæ fidei, C. de reb. cred. & iureiuran. necnon in l. admonendi, ff. eod. tit. quibus in locis dicitur, iudices in cauſis dubijs probationum inopia, iuramentum deferre ſolere, & ſecundùm eum pronunciare, qui iurauerit. Quod ſi à litigatore petatur, deferendum non videtur, quoniam vltrò id petens reddit

te ſu-

ſe ſuſpectum, argumento l. quæ omnia, §. 8. ff. de procuratoribus, & l. vxori, §. 1. ff. ad l. Corneliam de falſis.

Tertia eſt ſententia, & id peti litigatoribus poſſe, & à iudice deferri debere, licet non petatur, ſi id expedire, & æquitati conſentaneum eſſe cognouerit. Ita Alexan. in conſil. 53. colum. vlt. lib. 1. & hæc ſententia videtur mihi veriſſima. Probatur autem, tum ex legibus ſuperius allegatis pro confirmatione ſecundæ ſententiæ, tùm ex eo, quod Iudex interrogare poteſt litigatores in iudicio, vbicunque æquitas id poſtulauerit, l. vbicunque, ff. de interrogatorijs actionibus. Tale autem iuramentum perquam ſimile videtur eſſe interrogationi, etenim iudex petit ab altero ex litigatoribus, an iureiurando affirmare velit verum eſſe, quod ipſe in iudicio contendit. Quare nihil obſtat regula l. 4. §. hoc autem iudicium, ff. de damno infecto, cùm ad eruendam veritatē ſatis conſtet, iudicem multa ex officio decernere poſſe. Vide Alexan. in d. §. hoc autem iudicium, numer. 18. Nattam in conſil. 166. numer. 23. Iaſ. in l. vbi pactum, numer. 11 & 12. C. de tranſact. quod vero litigator id petere poſſit, mihi videtur ſatis certum & exploratum, ea ratione, quod nulla lege id prohibeatur, & quod iuris æquitati conſentaneum appareat. Neque vero ſuſpectum ſe reddit id poſtulans, cum de cauſa propria contendat & litiget, nec peieraturus præſumatur, & idipſum ex legibus didicerit, cauſas inopia probationum iureiurando decidi ſolere.

CAPVT XVII.

De tempore quo huiuſmodi iuſiurandum deferendum ſit, controuerſiæ duæ.

CAeterum ut intelligatur, quo tempore deferendū ſit huiuſmodi iuramentū litigatoribus, duæ ſunt breuiter expediendæ Doctorum controuerſiæ. Vna, an poſt concluſionem in cauſa peti a litigatoribus poſſit, vt deferatur. Altera, ſi ante concluſionem in cauſa petitum id non fuerit, vtrum à iudice nihilo minus deferri poſſit. Tractant has quæſtiones Bart. Bald. Salicet. & alij, in l. in bonæ fidei, C. de reb. cred. & iureiur. Iaſ. in l. admonendi, in repetit. nu. 318. ff. eod. tit. Andr. Geyll. Practicar. Obſeru. lib. 1. ca. 108. Marchard. de probation. vol. 2. Concl. 956. nn. 46. & 47.

Quod attinet ad primam, duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ; altera affirmans, altera vero negans. Affirmat Salicetus, quem multi alij ſunt ſecuti. Negant Bartolus & Baldus, quibus non deſunt adſtipulatores.

Fundamentum Saliceti eſt in l. generaliter, C. de rebus cred. & iureiurand. *Omne igitur iuramentum*, inquit, *ſiue a iudicibus, ſiue a partibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipſa definitiua ſententia, ſub ipſo Iudice detur.* Huc accedat ratio: quia litigator ante concluſionem in cauſa, ſcire non poteſt, an iuramento ſuppletorio ſit opus, ſed id demum intelligit, cùm nil amplius probari & produci poteſt, quia videlicet in cauſa concluſum eſt.

Fundamentum autem Bartoli, Baldi, & ſequacium, illud eſt, quia poſt concluſionem in cauſa, nil amplius produci poteſt ad probandum, capi. cum dilectus, de fide inſtrum. Authent. at qui ſemel, C. de probation. Ergo nec tale iuramentum offerri poſſe videtur, quia offertur ad ſupplendam probationem.

Ad d. l. generaliter, reſpondent, eam loqui quando ante concluſionem in cauſa petitum eſt a litigatore tale iuramentum deferri. Id ſuadetur ex illis verbis textus: *Omne iuramentum ſiue à partibus ſiue a Iudicibus illatum*, &c. Ad rationem Saliceti, reſpondent, nihil impedire litigatorem, quo minus poſt publicatas atteſtationes, deliberare poſſit, an tali iuramento ſuppletorio indigeat.

A Mihi Saliceti ſententia veriſſima eſſe videtur, non tamen eo argumento, quod ipſe ſumit ex dicta lege generaliter, quia non deciditur in ea lege, iuramentum peti poſſe, vt deferatur poſt concluſionem in cauſa, ſed de hoc deciditur ea lege, ſiue initio cauſæ offeratur iuramentū, ſiue in medio, ſiue in fine, illud eſſe ab eo ſubeundum, cui eſt delatum, ne ſi moriatur hæres, qui iurare non poteſt, ea probatione deſtituatur. Moueor itaque altero argumento, quo ipſe vtitur, nempè, ante concluſionem in cauſa, deliberare non poſſe litigatorem, an tali iuramento opus habeat. Non obſtat quod dicitur, eum deliberare poſſe poſt publicatas atteſtationes, quia id falſum eſt, cum & poſt publicatas atteſtationes vſque ad concluſionem in cauſa multa produci poſſint. Moueor præterea hoc argumento. Omni tempore litigatori licet iudicis officium implorare, vt id decernat, quod æquitatis ratio poſtulat, præſertim, cum initio litis, omnis litigator petat ſibi iuſtitiam adminiſtrari. Sed æquitatis ratio
B hoc poſtulat, vt in dubijs cauſis inopia probationum, cauſa iureiurando delato decidatur, vt patet ex d. l. in bonæ fidei, ex d. l. admonendi, & ex d. c. vlt. de iureiurando. Ergo nihil proponitur, cur omni tempore litigator id petere non poſſit.

Ad contrariæ ſententiæ argumentum reſpondeo. Nihil noui producere eum, qui iuſiurandum ſibi deferri poſtulat, implorat enim iudicis officium, & eum admonet, ſi cauſa dubia ſit, & iureiurando decidenda, ſibi potius, quam aduerſario deferendum eſſe iuſiurandum.

Quod attinet ad alteram quæſtionem, duæ ſimiliter ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ, altera affirmans, altera negans. Ego affirmantem ſententiam, quæ in ipſa imperiali camera magis eſt recepta, teſte Andr. Geyll. loco ſuperius annotato, veriſſimam eſſe iudico. Primò, quia, vt & in præcedenti dictum eſt, nec litigatores, neque Iudices ſcire poſſe ante concluſionem in
C cauſa, vtrum iuramento ſuppletorio ſit opus. Secundò, quia ubicunque æquitas ſuadet, iudex interrogare poteſt, lege, ubicunque, ff. de interrogatorijs action. Tertio, quia iudex cuncta rimari & perquirere debet, vt pro iuſtitia cauſæ finem imponat, lege iudices, C. de iudicijs, capit. iudicantem, 30. quæſtio. 5. Quarto ex eo, quod habetur in cap. cum Ioannes, de fide inſtrument. in illis verbis. *Non obſtante, quod interrogatio a iudice facta fuerit, poſtquam a partibus extitit in cauſa concluſum, cum iudex uſque ad probationem ſententiæ debeat uniuerſa rimari & poſſit interrogare de facto, quoties dubitationis aliquid occurrit.*

Contrariæ ſententiæ argumenta nihil obſtant. Primum eſt, niſi a parte petatur, tale iuramentum deferri à iudice non poſſe. Sed hæc ſententia falſa eſt, & confutata in præcedenti capite. Alterum eſt argumentum quod poſt concluſionem in cauſa, non ſit amplius locus, probationibus. Reſpondeo, id verum eſſe, ſi agatur de
D probationibus teſtium, vel inſtrumentorum: ſed quò minus iudex iureiurando cauſam decidere poſſit, nihil impedire poteſt concluſio in cauſa, neque enim hęc eſt probatio litigatoris, ſed iudicis potiùs ad veritatem inueſtigandam prouiſio.

CAPVT XVIII.

Cui deferendum ſit iuramentum ſuppletorium, reo, an actori.

NOn eſt prętereunda quō illa, ſatis olim, & nunc etiā controuerſa, cui ſit deferēdum iuramentum ex litigatoribus, quod ſuppletoriū appellamus, reo, an actori. Sunt enim qui actori, ſunt qui reo deferendam putant, ſunt qui iudicis arbitrio id mandent. Vide Iaſo

nem copioſe differentem hac de re, in l. admonendi, in A Repetit.nu.314.ff.de iureiur. & Franciſ. Duaren.libr.2. Aniuerſ. Diſput.cap.33.

Qui eſſe deferendum reo cenſuerunt, ſequentibus argumentis vtuntur. Primum eſt ex d. l. admonendi, vbi patet, Iuramentum delatum fuiſſe reo. Secundum eſt ex cap. vlt. eod. tit. vbi ſimiliter reo ad purgandam innocentiam deferendum eſſe. S. Pontifex mandat. Tertium illud eſt, quia fauorabiliores ſunt rei, quàm actores, l. fauorabiliores, de reg. iur. Quartum eſt, quia poſt publicatas atteſtationes, non licet actori nouos teſtes producere ſuper eiſdem capitulis, vt in Authent. at qui ſemel, C. de probat. & in Clement. 1. de teſtibus. Ergo multo minus producere ſeipſum in teſtem licebit, quod fit, cùm iuramentum actori defertur, & is iurat, videtur enim eſſe teſtis in cauſa propria, iuxta l. vlt. C. de fideicommiſſ.

Qui vero actori putant deferendũ, illud fundamentum habent, quod defertur tale iuramentum ex inopia B probationum, l. in bonæ fidei, C. de reb. cred. & iureiur. Hoc autem ſic interpretantur, cùm videlicet actor ſemiplenè probauit, ita vt magna ſit præſumptio contra reum, tunc actori deferendum eſt iuramentum in ſupplementum ipſius probationis, quæ illi deeſt.

Tertiæ denique opinionis fundamentum eſt in c. vlt. §. ſanè, de iureiur. in illis verbis: *Niſi Iudex facti, & perſonarum circumſtantijs conſideratis, actoris deferendum eſſe putauerit.* Vnde S. Pont. indicare videtur, hanc rem ex arbitrio iudicis pendere.

Ego hac in re ſic ſtatuo actori, qui ſemiplenè probauit, deferendum eſſe iuramẽtum in ſupplementum probationis in cauſis pecuniarijs, ſi reus nil probauerit, quo actoris intentio excludatur, vel obſcuretur, & in locis, in quibus ſum verſatus, ita ſemper obſeruaui, & ab alijs ſeruatum vidi, & hoc ſummam habet æquitatem, & rationem, quia ex ſemiplena probatione facilè Iudex inducitur ad opinandum, meliorem eſſe actoris, quàm C rei cauſam, cum videt reum nihil prorſus præſtitiſſe, ſed duntaxat actoris intentionem negare. Abſoluere reum non poteſt, nec debet, qui eſt penè conuictus; eundem condemnare ſimpliciter non debet, quoniam actoris intentio plenè probata non eſt. Quid ergo faciet? Ex probationis inopia iureiurando cauſam decidet, d. l. in bonæ fidei. At cui deferet iuſiurandum? Reo ne? Nequaquam. Primò, quia iam ſuſpicatur ipſe Iudex, ac penè certus eſt, eum mentiri, & actorem vera dicere; Secundò, quia nulla eſt ratio, ut potius reo iuranti in cauſa propria credat, quam actori, qui iam de ſuo iure aliqua ex parte docuit, & pro quo maior eſt præſumptio, quam pro reo, deferet ergo auctori potius. At contrà inquit Duarenus, actore non probante, reus abſoluitur, l. qui accuſare, C. de edendo. Concedo; ſi nil probauerit actor; at hic probauit, licet non plenè. Quare, ſi & iuſiurandum eius acceſſerit, plena & ſufficiens erit probatio, aut Duarenus cum legibus pugnet, quæ in D dubijs cauſis ex inopia probationum iureiurando rem dicendam eſſe ſtatuunt. Sed inquit Duarenus, reo potius deferendum eſt, ex d. l. admonendi, quæ hoc probat, non autem vulgarem illam opinionem, iuramenti ſuppletorij, vbi actor ſemiplenè probauit. Reſpondeo illam legem hanc vulgarem opinionem non probare, ſed alias leges, nempe regulam generalem, d. l. in bonę fidei, & tex. in d. cap. vlt. §. 1. de iureiur. quatenus ibi Pontifex dicit: *Niſi Iudex actori potius deferendum putauerit.* Si enim actori deferendum aliquando eſt, hoc ſanè in caſu, quo ſemiplenè probauit, deferendum erit, ſicuti communis ſententia, & forenſis vſus docent. Quod ſi pares hinc inde ſint probationes, & reus aliquid præſtiterit, quo cauſa dubia reddatur, non dubito, quin reo potius, quam actori deferendum ſit, authoritate d. l. admonendi, & d. cap. vlt. §. 1. de iureiurando.

CAPVT XIX.

De iuramento delato à parte, in Iudicio, an recuſare poſſit, ſi illud deferens nil probauerit.

SOlent etiam litigatores, iuſiurandum inuicem offerre in Iudicijs: Vnde cõtrouertitur, ſi actor nil probauerit, & reo iuſiurandum obtulerit, an is iurare cõpellatur aut ſoluere, niſi iuſiurandum referre maluerit. Affirmant Paul. Caſtr. in l. iuſiurandum & ad pecunias, §. ait prætor, ff. de iureiur. Alex. & Iaſ. in l. manifeſtæ, ff. eod. Duarenus in Commen. ad tit. de iureiuran. cap. 3. Negant vero Specul. Socin. & alij, quos commemorat Maſchard. de probat. uol. 2. conclu. 957. num. 7. Ego affirmantem ſententiam amplectendam cenſeo, multarum legum authoritate. Imprimis, ex l. tutor, ff. de iureiuran. *Tutor Pupilli*, inquit Paulus, *omnibus probationibus deficientibus, iuſiurandum deferens, audiendus eſt.* Secundo, ex l. vlt. C. de fideicommiſſ. vbi hæres iurare compellitur, ſi fideicommiſſum aliunde probari non poſſit. Tertio, ex l. generaliter, C. de rebus cred. & iureiur. vbi dicitur, etiam in principio cauſæ) quo ſanè tempore, nondum eſt probatum iuſiurandum offerri poſſe. Quartò, ex l. vlt. §. licentia, C. de iure deliberandi. Quinto, ex l. manifeſtæ, ff. eodem tit. ubi non diſtinguitur, an actor probauerit, necne, ſed manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis eſſe dicitur, nolle iurare, aut iuramentum referre. Nam, is cui iuramentum offertur, teſtis, & iudex in propria cauſa conſtituitur ut in l. ult. C. de fideicommiſſ. quare, ſi iurare recuſet, confiteri uidetur ſe malam cauſam habere. Poſtremò, ex l. delata, C. de reb. cred. & iureiur.

Primum argumentum contrariæ ſententiæ; actore nõ probante, reus abſoluitur, etſi nihil præſtiterit, l. qui accuſare, C. de edendo, cap. ult. de iureiurando. Reſpondeo: verum eſt in hoc ſenſu, quod uidelicet, reus nil probare tenetur: veruntamen, ſi ei iuſiurandum offeratur, tenetur iurare.

Secundum argumentum; ſi actor plenè probauerit, non tenetur iurare, licet ei offeratur iuramentum a reo, capit. 2. de probat. ergo neq; reus iurare tenetur, ubi actor nil probauit. Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia, quia cum actor plenè probauit, iam de iure ſuo docuit, nec iuramento indiget, quia cauſa eſt ſatis liquida, ſed ubi nihil probauit, & ia contendit ſibi deberi, reo id negante, res eſt dubia, unde iureiurando oblato decidenda eſt.

Poſtremum argumentum. Probationes non ſunt ſumendæ de domo rei, l. nimis graue, C. de teſtibus. Sed hic ſumuntur, ſi reus cogatur iurare, ergo. Reſpondeo, non ſumuntur probationes, ſed Iudex & Teſtis efficitur in cauſa propria ipſe reus. Quod ſi recuſet, in manifeſta turpitudine & confeſſione verſatur, pręſertim, cum poſſit illud referre, unde de iniuria conqueri non poteſt, l. iuſiurandum, & ad pecunias, ff. de iureiuran.

CAPVT XX.

De eodem iuramento. Vtrum, ſi reo offeratur ab actore, qui conatus eſt ſuam intentionem aliter probare, & non probauit, ſit neceſſariò ſubeundum.

SEd & controuerſi iuris eſt: actor probare conatus eſt ſuam intentionem, & non probauit, quamobrem iuramentum ei detulit, vtrum is iurare teneatur, aut iuſiurandum referre. Etenim affirmant eũ teneri complures Doctores, quos ſecutus eſt Senatus Pedemont. deciſ. 97. apud Oſaſcum, & nouiſſime apud Anton. Theſaur. deciſ. 93. Nec non alij, quos commemorat Maſchac. de probat. volum. 2. conclu. 957. num. 9. Cęterum negant Ripa, ad l. admonendi, num. 65. ff. de iureiur. Dec. in cap. 2. de probat. Socin. ſen. in conſ. 184. libro 2. Natta, in conſ. 35. & alij a Maſchardo citati, loco proxime annotato.

Sed mihi veriſſima videtur prior ſentẽtia. Primo, quia leges, quib. conſtitutum eſt, vt is, cui iuramentum defertur ab aduerſario, illud ſubire cogatur, aut referre, nempe l. manifeſtæ, ff. de iureiuc. l. delata, C. eod. tit. hę inquã leges nulla diſtinctione vtuntur, vtrum is, qui iuramentum offert, niſus fuerit probare, nec ne. Secũdò, quia legis ratio æque viget vtroque caſu, quòd videlicet manifeſtæ turpitudinis, & confeſſionis ſit, vbi in cauſa propria, teſtis, & iudex aliquis efficitur, oblato ſibi iureiurãdo, nec iurare velle, nec iuſiurandum alteri referre.

Nec me mouet, contrariæ ſententiæ fundamentum, qđ eſt poſitum in l. ſi quia iuſiurandum, C. de reb. cred. & iureiur. etenim, ille textus loquitur de eo, qui a principio iuſiurandum obtulit, deinde pœnitentia ductus, cũ ſperaret ſe probationes habiturum, illud reuocauit, tandem cùm ſe probationibus quoque deſtitutum animaduerteret, ad iuramentum iterum redire volebat, talis inconſtantia & variatio nequaquam toleranda eſt, vnde meritò tale iuramentũ recuſari poteſt. De hac ſpecie nos non loquimur, ſed de eo, qui ſimpliciter conatus eſt probare, nec pluſquàm ſemel variauit, imò, ne variauit quidem, cùm & ab initio fortaſſis animum habuerit iuramentum offerendi, ſi probationes deficerent. Sanè afferuntur alia nonnulla, ſed leuiora argumenta, quòd videlicèt, actore non probante, reus abſoluendus ſit, & ſimilia, quibus ex his, quæ dicta ſunt in præcedenti capite, reſponſio patet.

CAPVT XXI.

Vtrum, ſi locus relationi iuramenti non ſit, delationi tamen locus eſſe queat.

ALiquando accidit, vt iuramentum referri non poſſit, veluti cum is, qui illud offert, veritatis, ac rei geſtæ ignarus eſt, nam ſi is iuſiurandum aduerſario offerat, aduerſarius verò illi referat, iuſtam habet recuſandi cauſam; Vnde quæritur, an ſicut relatum iuſiurandum recuſari poteſt hoc in caſu: ita etiam & delatũ. Hæc eſt celebris controuerſia, de qua reſponderũt Aymo Crauetta, in conſ. 103. & Mar. Antonius Natta, in conſ. 35. Crauet. reſpondit, iuramentum delatum recuſari non poſſe, licet referri non poſſit; Contrarium reſpondit Natta, ſi referri non poſſit, nec deferri poſſe. Poſterioris huius ſententiæ illud eſt argumentum, ꝙ leges de tali iuramento verba facientes, plerumq; delationi, relationem coniungunt, vt nempè is, cui iuramẽtum defertur, illud referre poſſit, l. iuſiurandum, §. ait prætor, ff. de iureiuran. l. manifeſta, ff. eod. tit. l. delata, C. eod. Et quod caput eſt, ait l. iuſiurandum, & ad pecunias, ff. eo. tit. *In omni cauſa iuſiurandum permittit, quia de iniuria conqueri non poteſt is, cui defertur, cum poſſit illud referre.* Igitur ſi illud

A referre non poſſit, vt in propoſita quæſtione, nec deferri poſſe videtur.

Sed mihi probabilior Crauettæ ſententia videtur, quæ crebriori etiam Doctorum calculo probatur, vt patet ex Menoch. de arb. iud. caſu 189. & in Maſchardo, de probat. vol. 2. concl. 957. nu. 16.

Probatur hæc ſententia primùm, argumento ſumpto ex l. iuſiurandum, 34. §. non ſemper, ff. de iureiur. vbi habetur, iurandum eſſe ab eo, cui offertur iuſiurandũm, licet illud referri non poſſit ad illum modum quo delatũ eſt: *Non ſemper autem* inquit, *conſonans eſt per omnia referri iuſiurandum qualè defertur*, &c.

Secundo probatur, quia etiam hoc in caſu viget ratio æquitatis, nempè, quod turpiter quis recuſet teſtimoniũ ferre in cauſa propria, fateriq; videatur, ſed malam cauſam habere, cum iurare non audeat.

Tertio, quia non deſunt alij caſus, in quibus referri non poteſt iuramentum, & tamen deferri poteſt, vt in l.
B Marcellus, §. 1. ff. de actione rerum amotar. & in c. vlt. de iureiur.

Ad argumentum Nattæ reſpondeo, regulariter quidem eſſe coniunctam relationi delationem, ſed tamen ſi contingat, vt relationi locus eſſe non poſſit, non ideo tamen negandum eſt, locum eſſe delationi. Non obſtat illa ratio, quòd videlicet conqueri non poſſit is, cui defertur, eum poſſit illud referre, quia cum referri poteſt, ſine dubio maior eſt æquitatis ratio, ſed tamen etſi referri non poſſit, illa ratio non ceſſat, quod turpiter recuſetur iuſiurandum, cum in cauſa propria iudex, & teſtis is, cui offertur, efficiatur. l. vlt. C. de fideicommiſ. l. 1. ff. quarum actio non datur.

CAPVT XXII.

Vtrum iuramentum recuſari poſſit, vbi periculum eſt, ne periurium detegatur.

C

VBi periculum eſt, ne periurium detegatur, puta, ſi quis teſtes produxit, deinde aduerſario iuramentum offerat, non deſunt, qui exiſtiment, iuramentum recuſari poſſe. Ita decidit Senatus Pedem. Deciſ. 1. Oſaſchi, & deciſ. 93. Theſauri. Fundamentum eſt in Bartoli doctrina, quam notat in l. iuſiurandum, quod ex conuentione, §. vltimo, nu. 4. ff. de iureiur. Sed pace tantorum virorum, perquam abſurda mihi videtur hæc ſententia, vnde magis aſſentior contrarium docentibus, videlicet Crauettæ, in conſilio 207. & Maſchard. de probat. vol. 2. concl. 957. circa finem. In primis enim ſatis conſtat, leges hoc præcipere, vt quis non falſum, ſed verum iuret: quamobrem, ſi verum iurauerit is, cui offertur iuſiurandum, non eſt quod metuat, ne periurium detegatur. Nam ſi teſtium depoſitiones obijciantur, reſpondere poterit, poſteaquam iuratum eſt, non aliud quærendum eſſe an debeat, necne, l. quinta, §. dato, ff. de
D iureiur. ſi periurij arguatur ex teſtibus, reſpondere poterit, ſe quoque teſtes, & alias probationes producere potuiſſe, niſi placuiſſet cauſam iureiurando decidi. Deinde fieri vix poteſt, vt poſt exhibitas probationes, iuſiurandum quis offerat aduerſario, niſi probationibus ipſis magnopere diffidat, ac timeat, ne aduerſarius ipſe cõtrarijs teſtibus, & probationibus eum ſuperet. Quare magis ſuſpicari licet, eum, qui iuſiurandum offert, metuere, ne ſuorum teſtium detegatur falſitas, quam eum, cui offertur, de periurio ſolicitum eſſe, ne detegatur. Authoritas vero Bartholi nihilo plus ſuffragatur, quam aliorum. Nulla ſanè lex à contraria opinione facere poteſt; ab hac vero noſtra, generalis militat ratio legis, [illegible] manifeſtæ turpitudinis eſſe, nolle aut iurare [illegible] iuſiurandum referre: & eum, cui offertur iuſiura[illegible]m, aut iurare oportere, aut ſoluere, niſi referre malue[illegible]t, l. manifeſtæ, ff. de iureiuran. l. delata. C. eod. tit.

CAPVT XXIII.

Vtrum à ſententia iudicis iureiurando cauſam decidentis, liceat appellare.

CErtum eſt eum, qui iuſiurandum detulit, appellare non poſſe, vt habetur in l. generaliter, §. ſin autem, C. de reb. credit. & iureiur. E contrario verò conſtat eum appellare poſſe, cui iuramentum eſt delatum, ſi videlicet illud præſtare recuſauerit, ac proinde ad ſoluendum condemnatus fuerit, ita enim eſt deciſum in d. §. ſin autem. Cæterum, an ſi is, cui iuramentum offertur, aduerſario ſuo illud referat, atque is iuret, & eius iuramentum iudex ſecutus, ipſum, qui retulit, condemnet, vtrum is appellare poſſit à ſententia iudicis, non ſatis conſtat. Etenim, appellare eum poſſe, cenſuerunt Petrus & Cynus, in d. §. ſin autem, Imola, in cap. vlt. nu. 4. de iureiur. & alii, quos refert & ſequi- B tur Oſaſchus Deciſ. Pedemont. 60. Horum fundamentum eſt in regula generali, quæ dictat ab omni ſententia permiſſam eſſe appellationem, l. & in maioribus, C. de appellat. Nec obſtat tex. ibi d. §. ſin autem, quia negat appellandi licentiam ei, qui iuramentum detulit; Rectè, & ſumma ratione. Nam is ſponte elegit hanc viam, vt iureiurando cauſa definiretur: is verò, cui offertur iuſiurandum, non ſponte illud refert deferenti, ſed neceſſitate quadam impulſus, ne videlicet ipſe iurare cogatur, aut ſoluere.

Cæterum, contrariam ſententiam veriorem eſſe non dubito, quam Salicetus in d. l. generaliter, poſt Ioãnem & Azonem, eſt ſecutus. Probatur primò: quia eadem ratio eſt in referente, quæ in deferente, nam & ipſe eligit hanc viam ſponte, vt aduerſarii teſtimonio & iuramento cauſa decidatur, cùm liberum ipſi fuiſſet iurare, iudexque & teſtis in propria cauſa eſſe, quamobrem de ſe queri, non de iudice debet. Secundò certum eſt, C iuſiurandum hoc ſpeciem eſſe tranſactionis, & maiorem authoritatem habere, quàm res iudicata. l. 2. ff. de iureiur. Ergo appellare non licet, quemadmodum nec licet aduerſus tranſactionem ſupplicare. l. cauſas & lites. C. de tranſactio. Tertiò, iureiurando præſtito, nil aliud quæri debet, nec ſententia retractari prætextu periurij poteſt. l. 5. §. dato. ff. eodem titulo. l. 1. C. de rebus credit. & iureiuran. fruſtra ergo appellatur. Quartò, ſi iureiurando cauſa ſit inter partes tranſactione finita, illa retractari non poteſt, etiam ſub prætextu inſtrumenti de nouo reperti. l. admonendi in fin. ff. de iureiuran. ergo nec appellatione interpoſita retractari poterit. Legatarium iurantem excipio, quando ſcilicet ex teſtamento conſtat legatum non eſſe relictum, tunc enim detecto periurio, ſententia retractatur & repeti poteſt, quod ſolutum eſt. l. vlt. C. de rebus credit. & iureiur. Ratio eſt, quia tale iuramentum, vt dictum eſt, ſpeciem tranſa- D ctionis continet. De his autem, quæ ex teſtamento pendent, non aliter tranſactio valet, quàm inſpectis & cognitis verbis teſtamenti. l. de his. ff. de tranſactio. Ad argumentum in contrarium patet reſponſio ex præmiſſis, quia vt dictum eſt, eadem ferè ratio eſt in referente, quæ in deferente.

CAPVT XXIIII.

Vtrum procurator in cauſis criminalibus ad defendendum admittatur.

ALexander Imperator in l. 3. C. de accuſationibus, ſcribit in hæc verba: *Reos capitalium criminum abſentes, etiam per procuratorem defendi, legibus publicorum iudiciorum permittitur.* Sed contrarium docet Iuriſconſultus in l. penultima. §. ad crimen. ff. de public. iudic. *Ad crimen*, inquit, *iudicij publici perſequen-* A *dum, fruſtra procurator interuenerit, multóq; magis ad defendendum*, & in l. 1. ff. an per album cauſæ appellationis reddi poſſint. *Sin autem*, inquit, *non ſit pecuniaria cauſa, ſed capitalis, per procuratorem agi non licet*, & in l. miles qui. §. ea quæ. ff. ad l. Iul. de adulteriis. *Ea, quæ inter reas adulterij recepta eſt, abſens defendi non poteſt.* Prima eſt ſolutio Accurſij, reos defendi poſſe per procuratores, quantum ad hoc, vt eorum abſentiam excuſare procuratores poſſint, non autem quantum ad hoc, vt innocentiam defendere poſſint. Eiuſdem ſententiæ videri poteſt Iacobus Cuiacius libro quinto ſententiarum Pauli, titulo 16. Dum ait in textu l. ſeruum quoque. §. publicè. ff. de procurat. legendum eſſe: *Abſentiam excuſantem*, non autem, *Innocentiam excuſantem.* Neque enim innocentia excuſatione eget, & ad abſentiam tantum excuſandam procurator admittitur, non ad innocentiam oſtendendam.

Sed huic expoſitioni obſtat, quod ipſemet Cuiacius B affert, lib. 20. Obſeru. cap. 20. *Quod ait*, inquit, *l. 3. C. de accuſatio. Reos capitalium criminum abſentes, etiam per procuratorem defendi leges permittere publicorum iudiciorum, vulgò accipiunt de abſentia reorum tantum, vt poſſint redditis iuſtis cauſis defendi & excuſari, non etiam integra cauſa agi: quæ interpretatio coacta nimis eſt, & improbabilis. Nec enim ſi de abſentia tantum excuſanda ſenſiſſet, abſolutè dixiſſet, defendi, quo verbo ſignificatur plena defenſio.* Sic ille.

Secunda eſt ſolutio Bartoli, in d. l. ſeruum quoque. §. publicè. Procuratorem admittendum eſſe ad innocentiam rei abſentis oſtendendam, ſed nõ ad totam cauſam peragendam. Eandem ſententiã probat Caſtrenſis ibid. Nec non Menoch. de arbitr. iud. quæſt. 80. nu. 98.

Sed obſtat huic interpretationi, quod text. in d. §. ad crimen dicit. *fruſtra procuratorem interuenire. multò magis ad defendendum*, & idem dicit tex. in d. l. miles qui. §. ea quæ. Defenditur autem is, cuius innocentia demon- C ſtratur.

Tertia eſt ſolutio Briſſonij lib. ſingul. de adulter. in verbo: Ne quis inter reos, circa finem: *Ad crimen publici iudicij perſequendum*, inquit, *fruſtra procuratorem interuenire, multóq; magis ad defendendum, cuius conſtitutio eſt. Cui tamen refragari Alexandri reſcriptum creditur, quod ita eſt &c. Sed non omnia*, inquit, *capitalia crimina iudicij publici ſunt, igitur in priuatorum criminum cauſis defenſor rectè interuenit, in publicis iudiciorum criminibus, non rectè interuenit.*

Verùm obſtat huic ſententiæ tex. in dicta lege ſeruum quoque. §. publice, vbi dicitur, in capitalibus iudicijs procuratorem admitti ad defendendum reum, vbicunque abſens damnari poteſt. Sed in publicis iudiciis capitalibus reus abſens damnari poteſt, ſicuti explicat Cuiacius lib. 20. Obſeru. c. 20. Ergo & in his publicis criminibus defendi poterit. Obſtat ſecundò, quòd Imperator Alexander in d. l. 3. dicit, leges iudiciorum publi- D corum permittere, vt reus per procuratorẽ defendi poſſit. Si enim leges publicorum iudiciorum id permittunt, ſequitur dicendum, & in publicis criminibus id permittere.

Ego exiſtimarem has leges ſic conciliari poſſe, vt, quòd attinet ad dictã legẽ tertiam. C. de accuſatio. & ad l. ſeruum quoque §. publicè. ff. de procuratoribus accipiendæ ſint illæ de reis abſentibus, vt videlicet in cauſis capitalibus per procuratorem defendi poſſint, vbicunque damnari poſſunt. Quòd verò attinet ad tex. in lege penultima. §. ad crimen. ille intelligendus ſit de reo non abſente, ſed præſente, neque enim textus mentionem facit rei abſentis, ſed duntaxat dicit, fruſtra procuratorem interuenire ad defendendum, quod ego ſic intelligo, ſcilicet ad defendendum eum, qui præſens eſt. Nã reus præſens auditorio adeſſe debet, nõ autẽ procuratorẽ mittere, ac ipſe ſe ſubtrahere, vt in l. 1. ff. an per albũ cauſæ appella. reddi poſſint, ibi; *Sed etſi ea cauſa ſit, &c.*

Vnde

Vnde ſtatim ſubdit Iuriſconſultus, ſed excuſationes abſentium ex Senatuſconſulto iudicibus allegantur, & ſi iuſtam rationem habent, ſententia differtur. Nihil ergo aliud vult ille textus, niſi cauſas publicorum criminum agitari non poſſe per procuratores, ſiue agant, ſiue defendant, id, quod etiam docet Iuriſconſultus in d. l. 1. ff. an per alium cauſæ appellationis reddi poſſint. Vtrum autem in ſpecie reus abſens defendi poſſit per procuratorem, non decidit ibi Iuriſconſultus, ſed hoc deciditur ab Alexandro Imperatore in d. l. 3. & à Iuriſconſulto, in d. §. publicè. quamobrem dictæ leges non ſunt contrariæ, ſed vna ponit regulam, altera exceptionem. Regula eſt iſta. Cauſæ publicorum criminum per procuratorem agi non poſſunt, ſiue agant, ſiue defendant reum. Exceptio verò hæc. Reus tamen abſens per procuratorem defendi poteſt, quoties damnari poteſt; quia publicè vtile eſt, abſentes à quibuſcunque defendi, vt in d. §. publicè.

B Quod verò attinet ad tex. in l. miles qui. §. ea quæ. ff. de adulterijs. Illa eſt præclara & vera ſolutio, quam affert Cuiacius libro 10. obſeru. cap. 10. Quòd videlicet, in capitalibus criminibus reus abſens defendi poſſit, vt in d. l. 3. C. de accuſatio. Sed crimen adulterii non erat eo tempore capitale, ſicuti optimè probat idem Cuiacius ad l. 8. ff. de tranſactio. & libro 20. Obſeru. capite 28. & libro 21. capite 27. nec non Briſſonius libro ſingul. de Adult. capite 2. & ſatis patet ex l. ſi quis viduam. ff. de quæſtio.

Cęterùm [redacted].diſceptatio. lib. [redacted]gul. cap. 11. perpend[redacted]it cotra [redacted]lutionem iſtam textum in d. l. ſeruum quoque §. publicè. Primò, dum inquit: *Nam & in capitalibus Iudicijs defenſio datur, &c.* Ergo inquit etiam in iudicijs nó capitalibus danda erit, quia illa dictio, *Et*, videtur ampliare & extendere. Secundò, dum inquit tex. *Vbicunque itaque abſens quis damnari poteſt, ibi quemuis verba pro eo facientem, & innocentiam excuſantem, audiri æquum eſt.*

C Reſpondeo, ex illa dictione (*Et*) non rectè deduci illam conſequentiam, quia hæc eſt ſententia Iuriſconſulti. Publicè vtile eſſe abſentes defendi. Probatur hæc ſententia à Iuriſconſulto, nam & in capitalibus iudicijs inquit defenſio datur.

Quòd autem in iudicijs non capitalibus defenſio detur, nõ infertur ex illis verbis. Quòd verò ſubdit textus: *Vbicunque ergo abſens damnari poteſt, &c.* Non ita generaliter accipiendum eſt, ſed de iudicijs capitalibus tantum, de quibus ibi eſt ſermo. Reos enim capitalium criminum abſentes per procuratorem defendi legibus publicorum iudiciorum eſt permiſſum. Reos autem criminum non capitalium defendi poſſe, nulla lege demonſtrari poteſt, & contrarium indicat tex. in d. l. miles qui. §. ea quæ. ff. de adulteriis.

CAPVT XXV.

D *Vtrum abſens defendi per procuratorem poſſit in criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna eſt conſtituta.*

IN criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna eſt impoſita, defendi abſentem reum per procuratorem non poſſe, cenſuit Angel. in leg. penult. §. ad crimen. ff. de publicis iudicijs. & eum ſecutus Menoch. de arbitr. iud. quæſt. 80. num. 5. Fundamentum eſt in d. §. ad crimen, vbi generaliter eſt conſtitutum in publicis criminibus fruſtra procuratorem interuenire, & multò magis ad defendendum. Sed iſtis ego non aſſentior, quin potius contrariam ſententiam amplector, quam ſecutus eſt Marian. Socin. in c. veniens. num. 48. de accuſatio. Moueor in primis authoritate. l. 1. ff. an per alium

A cauſæ appellationis reddi poſſint, in illis verbis: *Planè ſi pecuniaria cauſa eſt, ex qua ignominia ſequitur, poteſt & per procuratorem hoc agi.* Secundò moueor ex eo, quod habetur in l. tunc conuenit. C. de accuſation. ibi: *Licet in pecuniarijs cauſis per procuratores litem ſuſtineant.* & l. 3. C. vbi Senatores, vel Clariſſimi ibi: *Crimen quidem publicum, priuatumve, cui tamen non per procuratorem reſpondere liceat.* His enim verbis innuit textus, aliqua eſſe publica crimina, in quibus procurator interuenire poteſt. Poſtremò moueor ea ratione, quòd vbi pœna eſt duntaxat pecuniaria, ceſſat cauſa, propter quam per procuratorem agi non poteſt, ſed ipſe reus præſens auditorio adeſſe debet. Nam illa eſt cauſa, quia vbi agitur de pęna capitis, vel alia corporali, ſententia iudicis reddi poſſet eluſoria, nec executioni mandari poſſet: In procuratorem enim non eſſet executioni mandanda, quoniam ipſe non deliquit, contra reum autem abſentem, non facilè executioni mandaretur, quoniam in iudicis poteſtate non eſſet.

Reſpondent contrariæ ſententię authores, argumenta iſta locum ſibi vendicare in criminibus priuatis, non autem in publicis, in quibus ſpecialiter eſt conſtitutum, vt procurator non interueniat. Sed, vt mihi videtur, tex. in d. §. ad crimen, quod vnicum eſt contrariæ ſententiæ fundamentum, recipere hanc potius interpretationem debet, vt non procedat, vbi pœna eſt pecuniaria, quia in pœnis pecuniariis procuratorem admittendum eſſe conſtat, quàm è diuerſo leges, quibus probatur, in pecuniariis pœnis cauſas agi poſſe per procuratorem, interpretari debeant, vt non procedant in publicis criminibus. Eſt enim magis cõgruum, vt locus clarus declaret ac interpretetur obſcurum, quàm contrà.

CAPVT XXVI.

C *Quid ſtatuendum ſit in criminibus, quibus pœna relegationis eſt conſtituta.*

CAeterum in criminibus, quibus pœna relegationis irrogatur, procuratorem admitti poſſe, ad reum abſentem defendendũ cenſuerunt Marian. Socin. in capit. veniens. colum. 21. verſ. Decimò, quæro de accuſatio. & alii, de quibus per Clarum. in §. fin. quęſtio. 32. verſ. Hinc eſt. & per Menoch. de arbitr. iud. quæſtio. 80. numero 86. Horum argumenta hæc ſunt. Primum, quia vbi pœna corporalis non eſt impoſita, ſecundùm communem Doctorum ſententiam, procurator eſt admittendus, quaſi ceſſare videatur illa ratio, quæ prohibet procuratorem admitti. Sed pœna relegationis non eſt corporalis, vt patet. Igitur, &c. Secundum, Vbicunque abſens damnari poteſt, defendi etiam per procuratorem poteſt. l. ſeruum quoque. §. publicè. ff. de procuratoribus. Sed abſens damnari pœna relegatio-

D nis poteſt. l. abſentem. ff. de pęnis. Ergo & per procuratorem defendi poterit. Tertium argumentum ſumitur ex l. 1. ff. an per alium cauſæ appellatio. reddi poſſint, in illis verbis: *Sed etſi ea cauſa ſit, ex qua ſequi ſolet pœna vſque ad relegationem, non oportet per alium cauſas agi, ſed ipſum adeſſe auditorio debere, ſciendum eſt.* Illa dictio (*vſque*) ſtat excluſiuè, ita vt ſenſus ſit. In omnibus pęnalibus iudiciis procuratoré teneri, excepto iudicio, pro quo ſola indicitur relegationis pęna. Quod ſi illa dictio ſtaret incluſiuè, pęna relegationis enumeraretur inter pœnas capitales, atque ita æquipararetur pęnæ damnationis in metallum, quod falſum eſt.

Sed horum ſententiæ ego non aſſentior, quin potius contrariam amplector, in qua fuerunt Vltramontani Doctores, quos refert. & ſequitur Rubeus Alexandrinus. in l. penult. §. ad crimen. numero 127. ff. de publ. iud. & Robertus Aurelianus lib. 2. ſententiar. iur. cap. 8. Moueor in primis authoritate. l. vlt. C. de iniuriis. vbi

ſpecialiter

ſpecialiter eſt conſtitutum, fauore perſonarum illuſtrium, vt in cauſa iniuriarum criminaliter mota, defendi per procuratorem poſſint, quo quidem in caſu pœna eſt relegationis conſtituta, iuxta l. vlt. ff. eod. tit. ex hoc enim infertur, alios qui non ſunt illuſtres, defendi non poſſe in tali cauſa.

Secundò moueor authoritate l. miles qui. §. ea quæ. ff. ad legem Iuliam de adult. vbi patet, in crimine adulterij, reum abſentem defendi non poſſe per procuratorem, & tamen conſtat eo tempore, adulterij pęnam plerunque relegationis fuiſſe, ſicuti declarat Cuiac. lib. 20. obſeru. cap. 26. & lib. 28. cap. 27. nec non Briſſonius lib. ſingul. de adult. cap. 2.

Tertiò moueor authoritate. l. 1. ff. an per alium cauſæ appellationis reddi poſſint. in illis verbis: *Sed ſi ea cauſa ſit, &c.* Neque enim video, quomodo illa dictio, *Vſque*, ſtare poſſit excluſiuè, & non potius includat ipſam relegationem. Nam ſi relegationem non includeret, ſequeretur Iuriſconſultum iſtud velle, vt ſi pęna ſit minor relegatione, procurator non admittatur; ſi verò imponatur pœna ipſa relegationis, velle vt admittatur, quòd certè abſurdum eſſe videtur. Nec ex hac interpretatione ſequitur, relegationis pęnam cenſeri capitalem, nam cùm Iuriſconſultus dixiſſet, cauſas capitales agi non poſſe per procuratorem: ne quis exiſtimaret cauſas non capitales, quibus tamen non pecuniaria pœna eſt conſtituta, ſed relegationis, agi poſſe per procuratorem, ſtatim ſubdit; *Sed etſi ea cauſa ſit, ex qua ſequi ſolet pœna vſque ad relegationem, non oportet per alium cauſas agi*, poſtea de pecuniaria cauſa agens, per procuratorem agi poſſe reſpondit. Hic videtur mihi verus & germanus ſenſus dictæ legis.

Ad argumenta in contrarium reſpondeo. Ad primũ. nego communem illam ſententiam locum habere poſſe in pœna relegationis; ſed locum habet duntaxat in pœnis pecuniarijs.

Ad ſecundum reſpondeo, tex. in d. §. publicè. accipiendum eſſe de cauſis capitalibus; ſicuti dictum eſt in capite 24.

Ad tertium reſpondeo dictã l. primã, ſecundùm veram interpretationem, huic noſtræ ſententiæ, maximè fauere.

CAPVT XXVII.

Vtrum confeſſus ſe hominem occidiſſe ad ſui defenſionem, pœna homicidij condemnandus ſit.

TRactant hanc quæſtionem Panorm. in cap. auditis. de præſcript. circa fi. Decius ib cap. cum venerabilis. nu. 20. de exceptio. Socin. ſen. in l. non vtrique ff. de excep. Ant. Gabr. commun. concl. tit. de maleficijs. concl. 19. num. 7. & Franciſcus Sarmient. lib. 1. Selectar. interpret. cap. 1. nu. 11. Et in ſumma, ſi probari non poſſit ea qualitas defenſionis neceſſariæ, ſunt qui dicunt, confeſſum eſſe capite plectendum, aliqui verò in mitiorem pœnam procliuiores ſunt.

Huius poſterioris, atque benignioris ſententiæ fundamentum ſtat in eo, quòd capitalis ſententia in quenquam ferri non poteſt, qui non ſit plenè conuictus, vel confeſſus, ita enim Conſtantinus ſtatuit, in l. qui ſententiam. C. de pœnis. Sed hic non videtur plenè confeſſus homicidium, quia non purè & ſimpliciter confeſſus eſt, ſed ea adiecta qualitate, quòd nimirum illud ad ſui neceſſariam defenſionem commiſerit.

Prioris autem ſententię ſeuerioris illud eſt argumentum, quòd homicidium, vtpote grauiſſimum crimen præſumitur eſſe dolo commiſſum: ac proinde, qui allegat ad ſui excuſationem, caſu, & non animo occidendi illud perpetraſſe, probare debet iſtud ipſum, quod eſt fundamentum ſuæ excuſationis ac defenſionis, vt

A in l. 1. C. ad legem Corneliam de Sicca. ibi: *Qui probauerit non occidendi animo hominem à ſe percuſſum eſſe, remiſſa homicidij pœna &c.* & in c. 1. de præſumpt. *Sicut noxius eſt*, inquit, *qui mittit lanceas & ſagittas in mortem, ita vir, qui fraudulenter nocet amico ſuo, & cum fuerit deprehenſus, dicit, ludens feci.* Idem probat tex. in l. ſi non conuicij. C. de iniurijs.

Opinor ipſe vnà cum Alberico, & quidam alijs antiquis, quos in loco annotam commemorat Sarmientus, hanc quæſtionem ex facti & perſonarum circumſtantijs definiendam eſſe Nam ſi is, qui hominem occidit, fuerit vir probus, non rixarum amans, ſed qui cóſueuerit honeſtè viuere, & alterum non lædere, occiſus verò contra, rixoſus ſit, nec vitæ admodum laudabilis, hoc in caſu nunquam in capitis pœnam conſentire poſſem. Cæterùm, ſi occidens contra eſſet vir malus, vitijs & malis artibus deditus, pœnæ capitali eum facilè adiudicarem. Si coniecturæ omnes ceſſarent, atque in obſcuro

B res eſſet, nec vlla ex parte aliquod eluceret argumentũ neceſſariæ defenſionis, priorem ſententiam, licet magis ſeueram, amplectendam putarem, authoritate earum legum, quæ ſunt allatæ. Nam ſi ſola excuſatio & allegatio neceſſariæ defenſionis, abſque vlla probatione ſufficeret ad capitis pœnam euadendam, multi eam euaderent, non abſque magno Reipub. detrimento. Pauci enim ſunt homicidæ ac ſiccarii, qui non aliquam præſtant excuſationem ſuis facinoribus. Quare hominum malitiis ac ſceleribus via obſtruenda potiùs, quàm aperienda eſt.

CAPVT XXVIII.

Quid ſi non conſtet de corpore delicti, vt vocant, an confeſſus condemnandus ſit?

C ET ſi non conſtet maleficium perpetratum eſſe, ſiue, vt Doctores noſtri loquuntur, de corpore delicti non conſtet, confitentem nihilominus condemnandum eſſe reſpondit Alex. in conſ. 19. lib. 7. & Ruyn. in conſ. 80. lib. 4. quorum illud eſt argumentum, quòd leges non adhibita illa diſtinctione, an conſtet, vel non de corpore delicti, confitentem eſſe condemnandum, ſtatuunt, vt in l. qui ſententiam. C. de pœnis. in l. ſeruos. C. ad legem Iul. de vi. in l. ſi quis in hoc genus. C. de Epiſcop. & cler. in l. inter pœnas. ff. de interdict. & relegatis. Huc accedat, quòd ſi hoc priùs conſtare oporteret, ſæpe accideret, vt delicta remanerent impunita, quòd non ſemper delicti veſtigium remanere poteſt. Denique in l. inde Neratius. §. vlt. ff. ad legem Aquiliam. Ait Iuriſconſultus: *Non eſſe damnandum eum, qui dicitur hominem occidiſſe, ſi paratus ſit docere eum viuere*, vnde à contrario ſenſu, damnandus erit, ſi id non probauerit, & ſic neceſſè non eſt probare delictum ipſum fuiſſe commiſ-

D ſum, ſed qui confitetur eſt puniendus, niſi probet contrarium, hoc eſt, non fuiſſe commiſſum.

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, quæ cómunis eſt, vt patet ex Claro, in fin § q. 55. verſ. Poteſt etiam, & in Mynſingero obſeru. 18. cent. 3.

Probatur hæc ſententia primùm, ex l. 1. §. diuus. ff. de quæſt. ibi: *Confeſſiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, ſi nulla probatio religionem cognoſcentis inſtruat.* Secundo, ex l. 1. §. item illud. ff. ad Syllanianum, ibi: *Niſi conſtet aliquem eſſe occiſum, non haberi de familia quæſtionem. Liquere igitur debet, ſcelere interemptum, vt Senatuſconſulto locus ſit.* Tertiò, ex l. inde Neratius. §. vlt. ff. ad legem Aquiliam, ibi: *Cæterùm occiſum eſſe hominem quocunque oportet.* Quartò, ex l. 4. ff. de confeſſis. ibi: *Si tamen occiſus ſit homo, ex confeſſione ſua teneatur.*

Ad primum argumentum reſpondeo, leges, quæ ſimpliciter dicunt, ex confeſſione quempiam eſſe damnandum,

A nandum interpretandas eſſe ex alijs legibus, quibus dicitur, neceſſe eſſe, ut conſtet, hominem ſcelere interemptum eſſe, & ſic delictum fuiſſe admiſſum.

Ad ſecundum reſpondeo, ſententiam communem locum non habere in his criminibus, quæ poſt ſe veſtigiũ non relinquunt, in quibus caſibus, fama publica, querela partis offenſæ, & quæuis alia coniectura ſuffioit, ut dicatur conſtare de corpore delicti.

Ad tertium reſpondeo, ſumi non poſſe illud argumẽtum à contrario ſenſu, quia verba ſequentia textus refragantur, dum dicit: *Cæterùm occiſum eſſe hominem à quocumque oportet.*

CAPVT XXIX.

Vtrum ex præſumptionibus aliquis damnari poſſit in iudicijs criminalibus.

B VTrum ex argumentis & præſumptionibus reus, qui neque confeſſus, neque conuictus eſt damnari poſſit, & quid de eo ſit ſtatuendum, non eſt eadem omnium ſententia. Nam ſunt qui putant, eum eſſe damnandum, non tamen ordinaria delicti pœna; Nec deſunt, qui abſoluendum putant: ſunt & qui pœna ordinaria afficiendum eſſe docent. Vide Franciſcum Sarmientum lib. 1. ſelectar. interpreta. cap. 1. & Menoch. de præſump. lib. 1. q. 79. nu. 19. & ſeq.

Fundamentum prioris ſententiæ poſitum eſt in nonnullis iuris canonici locis, quibus probatur, propter præſumptiones, ac ſuſpiciones reum eſſe puniendum aliqua leuiori pœna, vt in c. accedens de accuſation. in c. ſignificaſti. de adulterijs. in c. literas. §. penul. & in c. afferte. de præſump. in c. de hoc. de ſimonia, & in c. contumacia. de hæreticis, lib. 6.

Eorum autem qui abſoluendum exiſtimant fundamẽtum eſt in l. qui ſententiam. C. de pœnis, in l. C. de probatio. C & l. abſentem, ff. de pœnis. Qui verò pœna ordinaria reum afficiendum docent, tribus potiſſimum iuris ciuilis legibus adducuntur, ex quibus probatur, ex præſumptionibus reum eſſe damnandum, non aliter ac ſi de ipſo crimine plenè conſtaret. l. ſi qui adulterij. C. ad legem Iuliam de adulterijs, l. 1. C. ad legem Corneliam de ſicarijs, l. ſi non conuitij, C. de iniurijs. Ego in ea ſum ſententia, ut ex indicijs & argumentis non condemnari reus aliqua pęna, ſed torqueri debeat. Quod ſi conditio perſonæ vel cauſæ id non patiatur, eum abſoluendum eſſe nõ dubito. Moueor authoritate l. Milites, §. Oportet. C. de quæſtionibus. *Oportet*, inquit tex. *Iudices nec in ijs criminibus, quæ publicorum iudiciorum ſunt, ad inueſtigationem veritatis, à tormentis initium ſumere. ſed argumentis primum veriſimilibus, probabilibusq́ue, vt ei ſi ijs, veluti certis indicijs ducti inueſtigandæ veritatis gratia ad tormenta putauerint eſſe veniendum, tunc id demum facere debebunt, ſi perſonarum conditio patietur.* Secundò moueor authoritate, l. vnius, §. reus, ff. eod. vbi Paulus: D *Reus*, inquit, *euidentioribus argumentis oppreſſus, repeti in quæſtionem poteſt, &c.* Non dicit condemnari debet, ſed iterum torqueri, ſi in tormenta animus, corpusq́ue durauerit. Tertiò moueor ex l. abſentem, ff. de pœnis, ubi expreſſum eſt, neminem ex ſuſpicionibus damnandum eſſe.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ, quę extraordinaria pœna coercendum docet, reſpondeo, canones ad id probandum allegatos, de perſonis Eccleſiaſticis accipiendos eſſe, quæ ſi infamia laborauerint, purgare ſe debent, aut certè ſuſpendi ab officio, ſiue aliter puniri, ne videlicet, qui ſacra Dei adminiſtrant, occaſionem vllam ſcandali cæteris pariant. Igitur, in conſequentiam dicti canones trahendi non videntur ita generaliter ad omnes caſus, præſertim cùm in cauſis & perſonis laicis, quibus eſt iam diſputatio præcipua, iure ciuili ſit conſtitutum, quæſtionibus reum eſſe ſubijciendum.

A Ad argumentum verò ſæuioris opinionis, quæ videlicet pœnam ordinariam hoc in caſu indicit, reſpondeo, tres leges inductas, ad id probandum ſufficientes non eſſe. Nam quòd attinet ad l. ſi qui adulterij. ibi ita ſpecialiter conſtitutum eſt in odium eorum, qui cognationis velamento, celare adulterium ſtuduerunt. Vnde ad alios omnes caſus generaliter id producendum non videtur. Quòd vero attinet ad alias duas leges, illæ non probant ex præſumptionibus, quemquam eſſe damnandum, ſed iſtud volunt, vbi conſtat crimen eſſe commiſſum, reum eſſe condemnandum, niſi ipſe probauerit, quæ ad ſui defenſionem allegat, veluti ſe caſu occidiſſe, vel iniuriandi animum non habuiſſe.

CAPVT XXX.

B *Cùm quis allegat ſe occidiſſe ad ſui defenſionem, quomodo id probare debeat.*

CVm quis allegat, ſe ad ſui defenſionem hominẽ occidiſſe, nonnulla eſſe videtur controuerſia, quo modo teſtibus id probare poſſit. Nam ſunt qui hoc exigunt, vt teſtes dicant, ad neceſſariam defenſionem, hominem fuiſſe occiſum. Et ſunt, qui arbitrentur ſufficere, ſi ſimpliciter teſtes dixerint, quempiam occidiſſe ad ſui defenſionem. Prioris ſententiæ authores ſunt Bald. in l. 1. C. de confeſſ. col. 13. verſic Item tu aſſeſſor. Roman. ſingul. 28. Fely. in c. ſignificaſti, col. 5. de homicidio. Vaſquius controuerſ. illuſtr. cap. 18. nu. 6. Andr. Geyll. de pace publica lib. 2. cap. 16. nu. 3. & 4. Poſterioris autẽ ſententiæ authores ſunt Bart. in conſ. 110. Quidam Maſiolus. Iaſ. ad l. vt vim. nu. 3. & ibid. Dec. nume. 17. ff. de iuſtit. & iure. & alij quos refert & ſequitur Clarus in §. homicidium. verſ. ſed quomodo probatur.

Prioris ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum ex l. C ſcientiam. §. qui cum aliter, ff. ad l. Aquiliam. *Qui cum aliter*, inquit, *tueri ſe non poſſunt, damni culpam dederunt, innoxij ſunt.* Secundum eſt ex l. 2. C. ad l. Corneliam de ſicarijs, ibi: *In dubio vitæ diſcrimine conſtitutus, &c.* Tertium ex Clement. 1. de homicidio, ibi: *Qui mortem aliter vitare non valens, ſuum occidit, vel mutilat inuaſorem.* Quartum eſt ex c. 1. §. ſi quis hominem, de pace tenenda, ibi: *Si autem omnibus manifeſtum ſit, quod non neceſſariò, ſed voluntariè illum occiderit, &c.*

Poſterioris autem ſententiæ argumentum eſt ex l. ut vim, ff. de iuſt. & iure, ac ſimilibus legibus, quibus dicitur, quòd quiſque ob tutelam ſui corporis fecerit, iure feciſſe exiſtimari, nec adiungitur illa qualitas neceſſariæ defenſionis.

Mihi tantorum virorum pace, videtur hæc quæſtio potius eſſe de nomine, quàm de re ipſa. Nam qui ſtatuunt exprimendam eſſe qualitatem neceſſariæ defenſionis, rectè & ſapienter dicunt, ac ſtatuunt. Etenim ſi quis ſe deD fendere poſſit, ac liberare ab omni vi illata, & nihilominus aggreſſorem occidere voluerit, non mihi videtur ad defenſionem, vt loquuntur, ſed ad vindictam hominem occidiſſe, ac moderamen inculpatæ tutelæ planè exceſſiſſe. Quare facilè adducor ad opinandum, idem & eos velle ac ſentire, qui ſimpliciter loquuntur de defenſione, nec addunt qualitatem illam neceſſitatis. Quòd ſi ſecus ſentiant, homicidiumque impunitum eſſe velint ab eo, qui ſe id feciſſe pro ſui defenſione allegat, eo in caſu, quo ſe defendere poteſt, licet inuaſorem non offendat, tunc priori ſententiæ magis accedo, poſteriori repudiata. Neque enim dubito, quin ea ſit iuriſconſultorum, ac legum intentio, vt tum demum excuſetur is, qui occidit inuaſorem, cùm id fecit ob tutelam ſui corporis, cùm ſcilicet in dubio vitæ diſcrimine conſtitutus, aliter euadere non poſſet.

CAPVT

A

CAPVT XXI.

Vtrum pro defenſione rerum liceat inuaſorem occidere.

PRo defenſione rerum hominem occidere licere, ſcriptũ reliquerunt Accurſius in l. vt vim, in verbo *Nam iure*. ff. de iuſt. & iure. Bart. ibidem num. 6. Iaſon. numero 23. & alij communiter, teſte Decio. numero 31.

Primum argumentum eſt ex l. 1. C. vnde vi. ibi: *Ad defendendam poſſeſſionem, illatam vim propulſare licet.* Secundum ex l. 3. §. eum igitur. ff. de vi & vi arm. vbi, *is, qui armis venit, poteſt armis quoque repelli*, & loquitur de vi illata rebus. Tertium ex l. 1. C. quando liceat ſine iudice ſe vind. quatenus ibi textus permittit depopulatores agrorum & latrones occidi.

Quartum ex l. 4. ff. ad l. Aquil. vbi ex ll. duodecim tabularum furem nocturnum deprehenſum occidere permittit. B

Cæterum non licere pro rerum defenſione aliquem occidere, docent Io. de Anania in c. 2. de homicid. & Garzias Hiſpanus ad d. l. vt vim. ff. de iuſt. & iure. Quib. ſuffragari videtur, l. ſi ex plagis. §. 1. ff. ad l. Aquil. in illis verbis: *Sed ſi ab eo non prior vapulaſſet: ſed cùm ei lucernam eripere vellet, rixatus eſſet, tabernarij culpa factum videri.* Neque leges pro contraria ſententia allegatæ probant, pro ſola rerum defenſione, licere hominem occidere, ſed pro perſonæ defenſione ita ipſi reſpondent.

Tertia eſt ſententia Felyni in c. 2. num. 4. verſic. ſed in quantum omnes concludunt, de homic. quem ſequitur Cater. de homicidio §. 6. nu. 20. iure canonico non licere pro ſola rerum defenſione quemquam interficere, quicquid iure ciuili conſtitutum ſit.

Huic ſententiæ ſuffragatur primò tex. in c. 2. de homicidio, ibi: *Te tuaq; defendendo*, & ſic defenſio rei & perſonæ ſimul coniungitur. Secundo, tex. in c. Si perfodiens. C eod. tit. vbi fur occidi non poteſt, cum diſcernitur eũ ad furandum, & nõ ad occidendum veniſſe. Tertio, textus in c. ſuſcepimus. eod. tit. ibi: *Verum quoniam expediebat potius poſt tunicam relinquere pallium, & rerum ſuſtinere iacturam, quàm pro conſeruandis vilibus rebus & tranſitorijs tam acriter in alios exardeſcere, &c.*

Poſtrema eſt ſententia, licere hominem occidere pro defenſione rerum, quando aliter defendi non poſſunt ſine vitæ periculo. Ita Decius in d. l. vt vim num. 31. ff. de iuſt. & iu. Couarruu. in Clem. ſi furioſus, in 3. par. §. vnico, ſub nu. 6. verſi. ſecundo proponitur de homicidio. & hæc ſententia videtur mihi veriſſima, arbitrorque fere omnes doctores idem ſenſiſſe, licet verbis ab ea diſcrepare videantur.

Probatur primò ex l. furem. ff. ad l. Cor. de ſicar. vbi Iuriſconſult. ait: *Furem nocturnum ita demum impunè occidi poſſe, ſi occiſor parcere illi, ſine ſuo periculo non potuit.*

Secundo ex l. ſi vt allegas. C. eod. tit. ibi: *Latrocinantem qui inferenda cædis voluntate præceſſerat, iure cæſum videri.* Tertio ex l. 1. C. vnde vi, quatenus Imper. requirit moderamen inculpatæ tutelæ; Tunc enim res defendit quis tali moderamine adhibito, cùm aliter eas tueri abſque periculo non poteſt. D

Quarto ex c. 2. de homicid. ibi. *te tuaq; liberando, &c.* Poſtremò probatur ex cap. 3. eod. tit. & ex c. dilecto, de ſent. excom. lib. 6.

Huic ſententiæ non obſtat tex. in contrarium citatus in l. ſi ex plagis. §. 1. ff. ad l. Aquil. Quia ibi agebatur de defendenda lucerna, quæ res eſt vilis & modica, de qua non eſt hæc ſententia accipienda.

Ad tex. in c. ſuſcepimus, de homic. reſponderi poteſt, in ea ſpecie non fuiſſe adhibitum moderamen inculpatæ tutelæ, Nam fures ligati fuere, & metu, ne ſoluerentur, occiſi, quod propterea ſummus Pontifex ait fuiſſe contra manſuetudinem eccleſiaſticam.

CAPVT XXII.

Qua ſit afficiendus pœna is, qui aggreſſorem occidit, non ſeruato moderamine inculpatæ tutelæ.

EVm, qui aggreſſorem occidit, non ſeruato moderamine inculpatæ tutelæ, pœna ordinaria homicidij afficiendum cenſuerunt Salic. ad l. Gracchus, colum. penult. C. de adul. Bald. in l. 1. C. de emend. ſeru. Dec. in d. l. vt vim, num. 18. ff. de iuſt. & iure, cùm ſcilicet animus occidendi apparet in eo, qui moderamẽ exceſſit.

His adſtipulatur primum regula generalis textus in l. 1. §. Diuus, ff. de ſicariis, nempe eum qui occidendi animum habuerit, tãquam occiſorem puniendum, vt & in ijs qui cum telo C. eod. tit. Secundo, quia ſeruum occidẽs dolo malo, reus eſt homicidij, licet eum punire leuiter poſſit, & ſic exceſſus punitur ordinaria pœna. l. 1. C. de emenda. ſeruo. B Et idem in magiſtro diſcipulum occidente ſtatutum eſt. l. ſed & ſi quemcunq;. §. ſi magiſter. ff. ad l. Aquil.

Sed contraria ſententia verior & communior eſt, nempe pęnam eſſe hoc in caſu leuiorem infligẽdam, ita poſt alios Tiraquellus de pœnis legum. Cauſa prima nu. 7. Couar. ad Clem. Si furioſus, de homicid. par. 3. §. vnico. num. 3. Menoc. de arbit. iud. caſu 278. Andr. Geyl. lib. 2. practicar. obſeru. cap. 110. nu. 15.

Fundamentum huius ſententiæ eſt in eo, quòd iuſto dolore is mouetur ad occidendum, qui prouocatus ab aggreſſore eſt; Quamobrẽ ſi ſibi nõ obtẽperauerit, puniẽdus quidem eſt, ſed mitius: argumento l. ſi adulterium. §. imperatores. ff. de adult. ibi. *difficillimum eſt iuſtum dolorem temperare & ideo pœna eſt mitiganda*, & l. 1. §. vlt. ff. de ſiccarijs l. qui cum natu §. ſi libertus. ff. de bonis libertor. ibi. *Ignoſcendum eſt enim ei, ſi voluit ſe vlciſci prouocatus.* l. Gracchus. C. de adult. ibi. *Et nox & iuſtus dolor factum releuant.* C Facit reg. l. quicquid calore, de reg. iur.

Ad primum argumentum reſpondeo, animum occidendi ſufficere vt locus ſit pœnę legis Corneliæ: ſed tamen id non procedit, vbi quis eſt prouocatus, & iuſto dolore motus ad occidendum: vt in l. 1. §. diuus, verſ. ſed & in eum ff. de ſicarijs.

Ad alterum argumentum reſpondeo, nec dominum, nec magiſtrum iuſto dolore & cauſa prouocatos ac motos videri, vt ſeruum ac diſcipulum occidere debeant, vnde meritò illis imputatur dolus, eoſque pęna capitis dignos reddit.

CAPVT XXXIII.

Quid de reo ſtatuendum ſit, qui tormentis ſubiectus, negauit ſe maleficium commiſiſſe.

D

CVm reus vehementioribus indicijs & argumentis opprimitur, quæſtionibus ſubijci ſolet, ac debet. Verum aliquando accidit, vt crimen nullo modo fateatur, ſed conſtanter neget. Quamobrem in controuerſiam vocari ſolet, quid ſit eo in caſu decernendum? Et quatuor ſunt potiſſimum ſententiæ. Prima nihilominus condemnandum eſſe. Secunda abſoluendũ. Tertia mitiori pęna afficiendum, quam vocant extraordinariam. Quarta cauſam eſſe indeciſam relinquendam, reo tamen ex carceribus liberato, fideiuſſore dato, de iudicio ſiſti, ſiue, vt noſtri loquuntur, de ſe præſentando. Vide Iulium Clarum in §. fi. q. 64. verſ. illata reo tortura. Anton. Gomeſ. variar. reſol. to. 3. cap. 13. nu. 28. Menoc. de præſump. lib. 1. quæſt 93.

Qui reum condemnandum eſſe exiſtimant, mouẽtur authoritate l. 1. §. quæſtioni. ff. de quæſt. vbi Iuriſcõſultus ait, *Quæſtioni ſemper fidem non eſſe adhibendam, quoniam*

res

res eſt fragilis & periculoſa. & quæ veritatem fallit. Nam plerique patientia, ſiue duritia tormentorum, ita tormenta contemnunt, vt exprimi ab eis veritas nullo modo poſſit.

Qui verò abſoluendum putant, eo argumento vtuntur, quòd tormentis indicia purgari videantur. Nam tormentis, verberibus, & igne fatigari quod dicunt, veritas ipſa dicere videtur, vt dicebat glo. in l. edictum. in verbo efficaciſſimas. ff. de quæſt.

Tertiæ autem opinionis fundamentum eſt, quia cauſa cognita, fides adhibenda eſt quæſtioni, vt Iuriſconſultus docet in d. l. 1. §. quæſtioni. Quare cùm vehementioribus argumentis reus vrgetur, licet tormẽtis ſubiectus negauerit, videtur tamen afficiendus aliqua pœna, neque ſemper credendum quæſtioni.

Quartæ opinionis denique fundamentum eſt in l. ſi qui adulterij. C. ad l. Iul. de adulteriis. vbi patet, cauſam deciſam non fuiſſe; ſed ſuſpenſam, demumque argumentis ac probationibus ſuperuenientibus reum condemnatum.

Ego in re maximè dubia & controuerſa eorum ſententiam amplector, qui reum abſoluendum eſſe reſponderunt, rebus tamen ſic ſtantibus, vt pragmatici loquuntur. Moueor imprimis, quod tormentis reus non eſt ſubijciendus, niſi ad inueſtigandam veritatem, & eo duntaxat caſu, quo probabilibus argumentis, ac indicijs ſuſpectus eſt delati criminis: vt in l. milites. C. de quæſt. Si ergo tormentis ſubijciatur; & neget, nec veritas intelligi ac sciri poteſt, & ſolæ præſumptiones aduerſus eum exiſtunt. Nemo autem ex præſumptionibus eſt damnandus. l. abſentem. ff. de pœnis. Secundò moueor, quia tormenta dicuntur eſſe efficaciſſima ad eruendam veritatem. l. edictum. ff. de quæſtio. Hæc autem efficacia non aliundè procedere poteſt, quàm ex eo, quòd plerunque nocentes fateri veritatem ſoleant, innocentes verò negare, licet non negauerim ſecus aliquando accidere. Quod ergo plerunque fit, ſequendum eſſe videtur. Tertiò moueor ex l. quæſtionis modum. ff. de quæſt. vbi dicitur, reum eſſe ita torquendum, vt ſaluus eſſe poſſit, vel innocentia, vel ſupplicio. Quæ verba ſic accipienda videntur, vt videlicet ſaluus ſit ſupplicio, ſi criminis reus deprehendatur ex confeſſione. Si verò negauerit, tanquam innocens liberandus ſit.

Ad argumentum prioris ſententiæ reſpondeo. Non ſemper quidem quæſtioni eſſe fidem adhibendam, ſed tamen plerunque adhibendam eſſe, tanquam efficaciſſimæ ad veritatem inueniendam. Nos verò loquimur de eo, quod regulariter eſt ſtatuendum; non autem de omni caſu particulari, in quo ſingulares circumſtantiæ aliud requirant. Quæ reſponſio valet etiam ad argumentum tertiæ opinionis, præterquam quòd conſequentia non eſt bona. Fides adhibenda eſt quæſtioni cauſa cognita, ergo reus eſt damnandus. Præſertim ſi ſequamur eorum ſententiam, quam & in cap. 19. ſupra firmauimus, neminem ex ſuſpicionibus & præſumptionibus damnandum eſſe.

Ad argumentum poſtremæ opinionis, reſpondeo negando, cauſam indeciſam fuiſſe relictam, in ſpecie d. l. ſi quis adulterij: Textus enim dicit. Accuſatos obiecta crimina depuliſſe obtentu proximitatis, ex quo ſequitur, eoſdem abſolutos fuiſſe rebus ſic ſtantibus, quia iudex de qua re cognouit, pronunciare quoque cogendus eſt. l. de qua re. ff. de iudiciis. Vel ſi abſoluti non fuere, noua ſuperuenerunt indicia & argumenta, dum cauſa ipſa penderet. Denique vt maximè concedatur, in ea ſpecie ita fuiſſe obſeruatum, non tamen ſequitur, ita ſemper obſeruandum, cùm iuris regulæ aduerſentur.

A

CAPVT XXXIIII.

Vtrum iudex inquirere ex officio poſſit in delinquentes, & eos punire.

Etſi conſuetudine receptum ſit, vt iudices ex officio in delinquentes inquirant, eoſque puniant, non tamen alienum erit inquirere, iurene an iniuria id faciant. Eſt enim hac de re admodum inſignis controuerſia. Nam id iure fieri non poſſe aliqui exiſtimant. Aliqui verò iure canonico id permiſſum fatentur, iure autem ciuili negant. Nonnulli id in certis caſibus concedunt. Alij iure id regulariter fieri contendunt. Vide glo. & doctores in l. reſcripto. §. ſi quis. ff. de muneribus & honorib. Bald. in c. 1. de off. ord. & ibi Imola. Decium in rub. de iud. nu. 7. Bart. in l. 2. § ſi publico. ff. de adult.
B Et in l. ſi maritus. §. ſi ante. ff. eod. tit. S. Thom. 2. 2. q. 67. art. 3. Nauar. ad Rub. de iud. nu. 79. & alios, qui criminales materias tractant.

Negantis ſententiæ adſtipulantur hæc argumenta. Primum ex d. l. reſcripto. §. ſi quis. ff. de munerib. & honorib. vbi, ſi quis accuſatorem non habeat, honoribus prohiberi non debet.

Secundum ex teſtimonio Dñi noſtri in Euangelio. *Mulier, ſi nemo te accuſat, nec ego te damnabo.* Tertium ex teſtimonio Ambroſii lib. 8. Epiſtolarũ ad Syagrium. *Si leges publicas interrogemus, accuſatorem exigunt.* Alia id genus loca refert Cuiacius lib. 1. obſeru. cap. 33.

Quartum eſt D. Thom. loco annotato. Homines ad iudicem confugiunt, ſicut ad iuſtitiam quandam animatam, vt docet Philo. 5. Ethic. Iuſtitia autem non eſt ad ſeipſum, ſed ad alterum, vnde oportet, vt iudex inter aliquos duos diiudicet, quod quidem fit, cùm unus eſt actor, & alter reus.

C Poſtremum argumentum eſt, quia tàm lege naturali, quàm diuina præcipitur, ne quis inordinatè detrahat, ſiue infamet, vel ſit cauſa proxima detrahendi, ſeu infamandi alterum. Sed qui inquirit in alterius crimen, cauſa eſt vt reus, de quo inquiritur, infametur. Ergo non licet inquirere in aliorum delicta.

Qui verò putant iure ciuili permiſſam non eſſe inquiſitionem, ſed iure canonico, eo argumento adducuntur, quod nullus extet iuris ciuilis locus, quo talis inquiſitio permittatur, multa verò iuris canonici extent loca, quibus inquiſitio approbetur, vt in c. 1. de officio ordinarij. in c. 1. Qualiter & quando. de accuſationibus & inquiſitionibus, & per totum ferè illum titulum.

Ego verò, ne in referendis inanibus argumentis longum faciam, eorum ſententiam amplector, & veriorem eſſe iudico, qui legitima diffamatione præcedente, ac legitimis iudiciis & argumentis, aſſeuerant, tàm iure ciuili, quàm iure canonico procedi per inquiſitionem poſſe.
D Huius ſententiæ authores habeo Salicetum in l. ea quidem. C. de accuſ. Alciat. in c. 1. nu. 12. de officio ordinarij. Anton. Gomez. Reſol. tom. 3. cap. 1. tit. de delictis, nu. 49. verſ. Nono & ſimiliter, Nauarrum, & S. Tho. locis proximè annotatis.

Et quidem, quòd attinet ad ius canonicum, ita res certa & explorata eſt ex c. qualiter & quando, de accuſatio. & inquiſitio. & ex toto ferè illo tit. Vt nulla ſit prorſus difficultas.

Omnis ergo difficultas eſt quantum ad ius ciuile. Cæterum quantum ad ius ciuile attinet, permiſſam eſſe inquiſitionem, probo. Primum ex §. iubemus. in auth. de Collatorib. ſeu in Nouell. 128. tit. de publicis tributis, ſecundum Holoandri translationem. *Iubemus autem*, inquit Imperator, *vt omnes Magiſtratus tã militares, quã & Ciuiles per ſe requirãt eos, q. latrocinia, aut violentias, raptuſue rerum, aut mulierũ aut q̃cunq; alia flagitia in prouincijs delinquũt, legitimaq; ipſis irrogẽt ſupplicia,*

Secundò

Secundò id probo ex l.congruit. ff. de officio præſidis. *Congruit*, ait Vlpianus, *bono & graui præſidi curare, vt pacata, atque quieta ſit prouincia, quam regit, quod non difficile obtinebit, ſi ſolicitè agat, vt malis hominibus prouincia careat, eoſq; conquirat. Nam & ſacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet, & prout quiſque deliquerit in eum animaduertere.* A

Tertiò id probo ex l.ea quidem. C.de accuſat. vbi probatur, magiſtratibus licere apparitores & officiales habere, qui maleficia inquirant & denuncient, & ſubinde in eos animaduertere, quos deliquiſſe compererint, etiam ſine ſolemnibus accuſationum. Idem probat text. in l.1 C.de cuſtodia & exhibitione reorum. dum ait: *In quacunque cauſa reo exhibito. ſiue accuſator exiſtat, ſiue eum publicæ ſolicitudinis cura perduxerit, &c.* hi Nunciatores appellabantur, vt in l. ab accuſatione. § Nunciatores. ff. ad Turpilianum. Item Irenarchæ, vt in l. diuus. ff. de cuſtodia reorum, qui elogia ſcribebant, quæ notoria dicebantur. Erant autem omnium delicto- B rum, quæ quis commiſerat, annotationes, ſicuti declarant Alciat. lib.6 Pareig. capit.19. Budæus in Annot. ad d.l. diuus. ff. de cuſtodia reorum. & Cuiac. lib.1 obſeru. capit.33. Ex quibus tamen notoriis, ſeu elogiis nemo condemnari poterat, antequam veritate cognita repertus eſſet noxius, vt habetur in d. l. diuus. Non tamen accuſatore opus erat, quicquid nonnulli dixerint, propter illa verba text. *Sed quaſi re integra quæratur, ſi quis erit, qui eos arguat.* Etenim accuſatore opus non fuiſſe probat text. in d.l.ea quidem. C. de accuſat. Itaque illorum verborum ſenſus eſt, veritatem eſſe indagandam, & diligenter quærendum, an delictum commiſerint, quos apparitores huiuſmodi denunciauerint, ſi videlicet ipſi nunciatores, vel quiſpiam alius eos deliquiſſe affirmauerit.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpõdeo, nil obſtare textum in d.§. ſi quis. quoniam ibi non agitur de inquirendo, vel non inquirendo in delicta & C delinquentes, ſed de arcendo aliquem ab honoribus, vnde meritò reſpondetur arceri non poſſe, ſi nemo eum accuſauerit alicuius criminis; Non tamen negat textus, ſi diffamatus eſſet de crimine, quin ex officio veritate conquiſita puniri poſſet.

Ad ſecundum, concedo neminem damnari poſſe ſine accuſatore, ſed infamia criminis patrati, & publica vox eſt loco accuſatoris, vt dicebat S. Thomas loco annotato. Quæ reſponſio valet ad omnia reliqua argumenta. Etenim illa vires habent, vbi deficit publica vox, & fama, tunc enim nec inquiſitioni locus eſſe poteſt, neque punitioni, & omnia, quæ in argumentis continentur, rectè applicantur. Verùm publica voce, & fama ſubſiſtente, omnia euaneſcunt, ſicuti idem S. Thomas præclarè docet loco citato.

CAPVT XXXV. D

Ad interpretationem Authen. bona damnatorum. C. de bonis proſcriptorum & damnatorum. Controuerſia vna.

CONtrouerſia eſt inter doctores, vtrum bona damnatorum ſicut reſeruanda ſunt aſcendentibus & deſcendentibus, vſque ad tertium gradum, ita etiã reſeruanda ſint fratribus & cæteris ex latere iunctis, vſque ad tertium gradum. Facit dubitationem, quod in Nouel.134. §. vlt. tit. de Vicarijs & locum tenentibus, vel ſecundum veterem tranſlationem, in auth. Vt nulli iudicum. §. vlt. bis, inquam, in locis ex quibus Irnerius authenticam deſumpſit, & Codici inſeruit, nulla fratrũ, & ſimilium mentio habetur, licet habeatur expreſſa mentio in d. authentica Irnerij.

Et quidem antiquiorum interpretum communis eſt ſententia, bona reſeruanda eſſe fratribus, & cæteris ex latere coniunctis, vſque ad tertium gradum. Ita enim docent Bald. Cyn. & alij in d. auth. bona damnatorum, & Iulius Clarus alios commemorans in §. fin. q.78. ſuffragatur huic ſententiæ, qui in antiquis exemplaribus nonnulli teſtentur ea verba contineri, quæ de fratribus, & cæteris ex latere iunctis mentionem faciunt. Nec veriſimile eſt Irnerium authoritate propria illa verba adiecisse. Huc accedat, quòd in Nouel. 17. §. oportet. Imperator docet, bona damnatorum non cognationi eſſe reſeruanda. Vnde cùm in hac nouella dicatur reſeruanda eſſe aſcendentibus & deſcendentibus vſque ad tertium gradum, meritò adiectum eſt reſeruanda eſſe etiam ex latere iunctis, vſque ad tertium gradum.

Cæterùm Franciſcus Aretinus in l. eius, qui. §. ſi cui, num. 3. verſ. ſed quæritur. ff. de teſtam. contrarium docuit: & eius fundamentum eſt, quòd in nullo exemplari illa verba habeantur in nouella, ex qua ſumpta eſt authentica. Et ad text. in d. §. oportet. Nouell. 17. reſpondet, id non probare, ad quod allegatur. *Hæc eſt intentio*, inquit, *illius textus, quod quando committitur delictum, quod ſit dignum pœna corporali, non debeat iudex non mutare pœnam corporalem in pecuniariam. Non loquitur de damnato pœna capitali. Id patet ex principio & fine illius textus. Ait enim in principio. Bona eſſe conſeruanda generi & legi, id eſt, generi vocato à legibus ad ſucceſſionem. Sed damnati capitali crimine non erat ſucceſſio ſecundum leges, quia bona afferebantur in fiſcum. Ergo de tali damnato, non loquitur ille textus: In fine autem ait, iudicem non debere dimittere perſonam delinquentis, & bona auferre. prout multi faciunt. Sed in crimine capitali hoc non fit, quia principaliter perſona condemnatur, & in conſequentiam bona auferuntur.* Hæc ferè Aretinus.

A cuius ſententia longè diſcrepat Cuiacius, dum in expoſitione nouellæ 12. docet, hunc eſſe ſenſum d. nouel. 17. Vt velit damnatorum bona ſeruari cognationi vniuerſæ in his criminibus, quibus nominatim irrogata bonorum publicatio non eſt.

2 Cæterùm mihi hanc rem diligenter contemplanti, veriſſima eſſe videtur Franciſci Aretini ſententia ac interpretatio: Quod vt planum faciam, reddam ipſius nouellæ verba, 17. § oportet; Tum dicam, quot incommoda ſequantur ex communi interpretatione: Et demum quantum ſit conformis textui, aptaque & commoda Aretini ſententia. Verba textus hæc ſunt. *Oportet autem omnino & huius te rei prouidentiam gerere, vt ſi quis pœna dignus eſſe videatur, ne ſumpto de illo ſupplicio, bona eius attingat: ſed ad progeniem eius, & legem legiq; introductum ordinem inferri ea patiaris. Nam non bona, ſed bonorum poſſeſſores delinquunt.*

Communis interpretatio tribus de cauſis eſt incommoda. Primùm, quia Imperator in nouell. 134. profitetur, ſe eam conſtitutionem ordinaſſe, vt non ſolùm pœnæ corporales, verùm etiam pecuniariæ moderatiores fierent, deinde ſtatuit bona damnatorum reſeruanda eſſe deſcendentibus & aſcendentibus vſque ad tertium gradum. Sed certè longè moderatiores erant & mitiores ex dicta nouell. 17. §. oportet. cùm per eam vniuerſæ agnationi abſolutè bona conſeruentur. Secundò, inter vtramque nouellam manifeſta eſt repugnantia, altera ſtatuit vſque ad tertium gradum eſſe conſeruanda, altera verò abſolutè conſeruanda eſſe vniuerſæ cognationi. Tertiò, ſi hic eſt ſenſus nouell. 17. Altera nouell. 134. ſuperuacanea erit in hac parte, niſi corrigat illam, quod dici nullo modo poteſt, nec vlla correctionis ſuppetit coniectura. Quartò, aut nouell. 134. eſt prior, & altera poſterior, aut contra eſt. Si primum, certè in poſteriori nouella, quæ abſolutè docet, bona eſſe conſeruanda vniuerſæ cognationi, aliqua debuit fieri mentio de priori nouella, per quam reſer-

uatio

uatio bonorum vltra tertium gradum non porrigeba-
tur. Si contra eſt, certè Nouel. 134. quæ bonorum conſer
uationem reſtringit ad tertium graduum, mentionem
facere debuit prioris nouell. 17. eamque corrigere, longe
latiùs bona conſeruantem.

Portò Aretini ſenſum ac interpretationem commo-
dam, aptam, & textui conformem eſſe manifeſtè patet.
Nam hoc vult Iuſtinianus, vt qui ob delictum perpetra-
tum pœna eſt dignus, is corporali afficiatur, non autem
pecuniaria pœna, nec corporalis in pecuniariam cómu-
tetur. Id patet ex verbis ſequentibus, quæ ſic habẽt l. *Sed
qui eum ordinem ſubuertunt*, (ſcilicet pœna pecuniaria de
linquentem afficientes) *illi pœna quidem dignos dimit-
tunt, bonaq́; eorum auferunt. Alios verò, quos ad illorum
fortè ſucceſſionem lex vocabat, in illorum locum obijciunt
ſupplicio.* Itaque harum Nouellarum ſenſus eſt talis, vt ſi
quidem pœna capitali delinquens afficiatur, quo caſu ſe-
cundùm veteres leges bona fiſco applicabantur, illa de
cætero non applicentur fiſco, ſed reſeruentur, ut dictum
eſt. Iſtud vult nouell. 134. Si verò agatur de crimine nõ
capitali, cui tamen pœna corporalis irroganda ſit, nõ de
bet is, qui deliquit, pœna corporali affici, & ſimul etiam
pecuniaria, bonis ei ablans, & multò minus ordine per-
uerſo, loco pœnæ corporalis irrogandæ, bona ſunt auſe-
renda. Iſtud eſt quod uult Nouel. 17. in §. oportet.

CAPVT XXXVI.

*Mandans hominem vulnerari, & proteſtans ne occidat, ſi
mandatarius eum occiderit, vtrum pœna ho-
micidij teneatur.*

CVm quidam hominem vulnerandum mandaſſet,
expreſſe prohibendo ne occideretur, mádatarius
vero tale vulnus inflixiſſet, ex quo mors ſecuta C
eſſet, ingens orta eſt diſputatio & controuerſia inter iu-
riſconſultos; num talis mandans pœna homicidii affi-
ciendus eſſet. Nam nequaquam afficiendum eſſe homi-
cidii pœna reſponderunt Antonius Roſſellus, Fráciſcus
de Capitibus Liſtæ, & Angelus à Caſtro, Pauli Caſtren
ſis filius, quorum omnium reſponſa ſunt edita à Bartho-
lomæo Veronenſi, vt patet ex eius conſiliis criminalib.
in conſi. 35. 36. & 37. Sequitur Dec. in conſ. 482. Sed cõ
trarium reſpondit ipſe Bartholomæus Veronenſis in cõ
ſil. 44. quem ſequitur alios commemorans Menoch. de
arbitr. iud. caſu 352. nu. 2. Didacus autem Couar. in Cle
ment. ſi furioſus, de homic. in 2. par. §. 1. nu. 3. priorẽ ſen-
tentiam probat, niſi percuſſio mandata oſtendat, uolun-
tatem mandantis in homicidium directe ferri.

Argumenta prioris ſententiæ ſunt iſta. Primum, qui
animum occidendi non habuit, pœna legis Corneliꝗ nõ
tenetur l. 1. §. Diuus. ff. ad l. Corneliam de ſicar. ſed talis
mandans animum occidendi non habuit, ergo non te- D
netur, &c. Secundum, ſi talis mandans homicidij pęna
teneretur, id non aliam ob cauſam eſſet, niſi quia cogita-
re debuerat ex uulnere, quod infligendum mandauit,
mortem ſequi potuiſſe, ſicuti docet text. in c. ult. de ho-
micid. lib. 6. ſed hæc non eſt cauſa ſufficiens, ut pœna le-
gis Corneliæ teneatur, ergo non tenetur. Quod non ſit
cauſa ſufficiens, patet ex eo, quia talis mandans non eſt
in dolo, ſed in culpa, quæ quidem culpa non ſufficit, ut pę
næ legis Corneliæ ſit locus. l. in l. Corn. ff. eod. tit.

Tertium argumentum ſumitur ex l. 3. §. ſed ex Sena-
tuſconſulto. ff. eod. tit. dum ibi dicitur. Iuſſam fuiſſe rele
gari eam, quæ non quidem malo animo, ſed malo exem
plo, medicamentum ad conceptionem dederat, ex quo,
ea quæ acceperat, deceſſit.

Argumenta vero poſterioris ſententiæ ſunt iſta. Pri-
mum, nihil intereſt an aliquis occidat hominem, uel
mortis cauſam præbeat, lege, nihil intereſt. ff. de ſicar.
A ſed talis mandans mortis cauſam præbuit, ergo, &c. Se-
cundum eſt ex c. vlt. de homic. lib. 6. ubi S. Pont. ſtatuit
mandantem aliquem vulnerari, irregularitatis pęnam
incurrere, licet expreſſe prohibeat, ne occidatur.

Tertium argumentum eſt ex l. ſi quis aliquid. §. qui
abortionis. ff. de pœnis. vbi I. C. *Qui abortionis, aut ama-
torium poculum dant, etſi dolo non faciant, tamen quia ma-
li exempli res eſt, humiliores in metallum damnantur, ho-
neſtiores in Inſulam amiſſa parte bonorũ relegantur. Quòd
ſi eo mulier, aut homo perierit, ſummo ſupplicio afficiuntur.*

Sed mihi prior ſententia longè æquior, & iuri magis
conſentanea uidetur, quia negari non poteſt, quin occi-
dendi animus abfuerit à tali mandatore. Dum enim oc-
ciſionem prohibuit, mandaſſe intelligitur vulnus infli-
gi leue, non lethale, non in capite, ſed in aliqua parte cor
poris, mortis periculo minus obnoxia, non gladio ad oc-
cidendum apto, ſed alio inſtrumento. Rem quidem peſ-
ſimi exempli mandauit exequendam, ſed quoniam iux-
B ta delicti menſuram, eſſe debet plagarum modus, talem
mandatorem nequaquam pęna legis Corneliæ reum
eſſe iudico.

Ad primum argumentum reſpondeo, nihil intereſſe,
an quis occiderit, ſeu mortis cauſam præbuerit, cũ quis
mortus cauſam præbuit directe, immediate, dolo malo,
ſecus ſi ex culpa, uel indirecte, ut patet ex l. Cornel. ff. de
ſicar. Sed in quæſt. noſtra mandans in culpa fuit, ergo.

Ad ſecundum reſpondeo, mandantem irregularem
effici, quia ſola culpa ſufficit ad incurrendam irregulari-
tatem, ut patet ex c. tua nos, & ex c. ſicut, de homic.

Ad tertium reſpondeo, ſpecialiter ita conſtitutum eſ
ſe in eo crimine, quia peſſimi exempli eſt, non tamen le-
gis Corneliæ pœna locum habet, ſicut declarat Iacob.
Cuiac. lib. 5. ſententiar. Pauli, tit. 23. §. qui abortionis.

CAPVT XXXVII.

*Qui hominem occidit, puta Titium, cùm alium, puta Sem
pronium, occidendi animum haberet, vtrum homi-
cidij pœna teneatur?*

QVi unum occidit per errorem, alium occidere uo
lens, utrum pęna legis Corneliæ teneatur, con-
trouerſia eſt inter Doctores. Etenim non teneri
docuerunt Angel. in l. ſi cũ ſeruo. ff. de iniurijs. Iaſ. in l. 1.
nu. 18. ff. de legib. & alii quos refert & ſequitur Tiraqu.
de pœnis legum temperandis, cauſa 14. nu. 4. Menoc. de
arbitr. iud. caſu 324. num. 11. Horum fundamentum eſt
in d. l. ſi cum ſeruo. vbi I. C. ita dicit: *Si cùm ſeruo meo
pugnum dare vellem, in proximo te ſtantem inuitus per-
cuſſerim, iniuriarum non teneor.* Huc accedat, quòd ani-
mus & propoſitum delinquentis maximè attenditur,
cum de lege Cornelia agitur, l. diuus ff. ad l. Corn. de ſi-
D cat. immo nec lata culpa ſufficit, l. in l Corn. ff. eod. Sed
hoc in caſu occiſor, reſpectu hominis occiſi, non eſt in
dolo, ſed i culpa, nolebat enim eum occidere, ſed alium,
ergo non tenetur pęna legis Corneliæ.

Cæterùm eiuſmodi occiſorem, haud quaquam euade
re pęnam legis Corneliæ docuerunt Bart. ad l. reſpicien-
dum. §. delinquunt, in fi. ff. de pęnis Bald. ad l. ſi quis nõ
dicam rapere, colum. penult. C. de epiſcopis & clericis.
Boſſius tit. de homicid. numero 73. Quorum fundamen
tum eſt in l. eum qui. §. ſi iniuria. ff. de iniurijs, ubi Iuri-
ſconſultus ita dicit: *Si iniuria mihi fiat ab eo, cui ſim igno-
tus, aut ſi quis putat me Lucium, Titium eſſe, cum ſim Ca-
ius Seius, prævalet quod principale eſt, iniuriam eum mihi
facere velle. Nam certus ſum ego, licet ille putet me alium
eſſe, quàm ſim, & ideo iniuriarum habeo actionem.*

Atque hæc poſterior ſententia uidetur mihi proba-
bilior, eamque confirmo hoc argumento. Si is, qui cum
telo ambulauerit, hominis occidendi gratia, licet non

occiderit, pœna legis Corneliæ tenetur, ergo multò magis eadem pœna tenetur, qui cum telo ambulauerit hominis occidendi gratia, & ſimul etiam hominem occiderit, licet non eum, quem occidere volebat. Verum eſt prius, verum igitur & poſterius. Probatur antecedens ex l. is qui cum telo. C. ad legem Corneliam de ſicarijs. Conſequens verò patet, quia poſterius eſt maius delictum, quàm prius.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, legem illam loqui, cùm quis operam dabat rei licitæ, quia videlicet ſeruum ſuum leuiter percutere volebat, quod procul dubio eſt permiſſum. Quamobrem ſi alium per errorem percuſſerit, meritò iniuriarum non tenetur. Sed in quæſtione noſtra occiſor dabat operam rei illicitæ, quia hominem interficere cupiebat, meritò ſi alium interfecerit, tenetur. Quòd verò dicitur eum in culpa fuiſſe, nihil obſtat: quia licet in culpa fuerit reſpectu hominis occiſi, fuit tamen in dolo eam ob cauſam; quòd alium occidere volebat; qui quidem animus B occidendi ſufficit, vt pœnæ ſit locus, vt in d.l. is qui cum telo. quæ quidem lex, etſi conſuetudine abrogata eſſe videatur, vigere tamen hoc in caſu debet, vbi homo occiſus eſt, quanquam ſi duntaxat quia occidendi animo cũ telo ambulauerit, vt vigorem non habeat, longæua conſuetudo effecerit,

CAPVT XXXVIII.

Reſtitutus à Principe, an recuperet fructus medio tempore perceptos.

SI is, cuius bona propter delictum confiſcata ſunt, a Principe reſtituatur, an recuperet fructus interea perceptos ex bonis ſuis a fiſco, nonnulla eſt inter doctores controuerſia. Etenim affirmantem ſententiam ſecuti ſunt Iaſ. ad l. Gallus. §. & quid ſi tantum, nu. 67. ff. de liber. & poſthum. Deci. ad l. in condemnatione, §. 1. ff. de reg. iur. & alij à Sfortia Oddo citati tract. de reſtit. in integr. parte 1. q. 99. artic. 14. Horum argumenta ſunt iſta. Primum ex l. 1. C. de ſententiam paſſis. dum ibi declarat Imperator, quid ſit in integrũ reſtituere. *Vt autem ſcias*, inquit, *quid ſit in integrum reſtituere, honoribus & ordini tuo & omnibus cæteris te reſtituo*. Secundum argumentum ſumitur ex multis legibus, quibus declaratur reſtitutionis verbum etiam fructus comprehendere, vt in d. l. in condemnatione, §. 1. & in l. videamus. 38. §. infamia. ff. de vſuris. Tertium argumentum eſt ex l. vlt. C. de ſententiam paſſis. *Tantum ad reſtitutionem*, inquit, textus, *indulgentia valet, quantum ad correctionem ſententia valuit, vt, quia deportationis ipſum per ſe nomen, rerum omnium ſpoliatio eſt, ita indulgentia, reſtitutionis honorum ac dignitatis, vno nomine amiſſorum omnium ſit recuperatio*. His verbis ita generalibus, etiam fructus contineri videntur.

D Cæterùm negantem ſententiam amplexi fuere, Ang. in d. §. & quid ſi tantum, nu. 14. Alex. num. 21. Bald. ad l. vlt. C. de ſententiam paſſis, & alij quos commemorat Sfortia Oddus loco ſuperiùs annotato, quibus addi poteſt Andr. Geyll. lib. 2. de pace publica, cap. vlt. num. 28. Horum fundamentum eſt in Auth. idem de Neſtorianis. C. de hæreticis, ibi. *Reſtituenda quidem, ſed abſque ratione fructuum & adminiſtrationis*. Et in eo, quòd bonæ fidei poſſeſſor fructus ſaltem conſumptos non reſtituit l. certum. C. de rei vendicat. ſed fiſcus procul dubio eſt bonæ fidei poſſeſſor, quia delinquentis bona detinet ex iuſta cauſa confiſcationis, ergo fructus reſtituere non tenetur.

Hæc poſterior ſententia videtur mihi veriſſima, licet enim reſtitutio eam vim habeat, vt omnia recuperentur, quæ amiſſa fuere, non tamen efficere poteſt, vt condemnatus interea nil amiſerit. Itaque non retrotrahitur re-

A ſtitutio, quaſi reſtitutus omnia bona, quæ habuit, nunquam amiſiſſe intelligatur, ſed operatur ex die, quo conceſſa eſt: vt ſcilicet condemnatus omnia, quæ amiſit, recuperet, conſequenter bona ipſa recuperat, non autem fructus interea perceptos, quia ſic reſtitutio retrotraheretur, & condemnato prodeſſet ab initio, antequam ei eſſet conceſſa à Principe, quod nulla lege, nulla ratione probari poteſt.

Ad primum argumentum reſpondeo. Reſtitutione in integrum omnia bona & iura recuperari, & reſtitutum de cætero illa obtinere, ſicut ante condemnationẽ, vt in d. l. 1. Sed non facit reſtitutio, vt fructus recuperentur, quia reſtitutio, vt dictum eſt, valet in futurum tempus, non in præteritum.

Ad ſecundum reſpondeo, leges allegatas loqui, quando reſtitutionis verbum in edicto prætoris, vel in ſententia iudicis continetur: Et ſic de reſtitutione agitur ex iuſtitia, non autem ex gratia & indulgentia Principis.

B Ad tertium. Concedo tantum reſtitutionem tribuere, quantum abſtulit condemnatio, vt in d. l. vlt. Sed condemnatio bona abſtulit, nõ autem fructus: fructus enim medio tempore percepti fuerunt, in conſequentiam bonorum publicationis. Quare ad ipſa bona duntaxat, non etiam ad fructus trahenda eſt principis reſtitutio & gratia.

CAPVT XXXIX.

Vtrum reſtitutus recuperet hæreditatem alteri delatam.

REſtitutum à Principe hæreditatem interim alteri delatam vindicare non poſſe. Authores ſunt Bald. in l. Gallus. §. & quid ſi tantum; colum. pen. ff. de liber. & poſthum. & Iaſ. ibid. nu. 76 Anton. Gomeſ. C variar. reſol. lib 3. cap. 13. nu. 36. Fundamentum ponunt in l. intercidit. ff. de condit. & demonſtrat. in illis verbis. *Non idem erit dicendum, ſi ea pœna in eum ſtatuta fuerit, quæ irrogat ſeruitutem*. Sentius eſt, legatum intercidere, licet condemnatus in integrum reſtitui poſſit.

Cæterùm contrariam ſententiam habuerunt, Cynus & Angelus, nec nõ Aretinus, in d. §. & quid ſi tantum. Andr. Geyl. lib. 2. de pace publica, cap. vlt, nu. 18. Sfortia Oddus de reſtitut. in integr. parte 2. q 99. art. 1. Atque illi fundamẽtum ponunt in l. 1. §. filio qui mortis. ff. ad Trebellian. in illis verbis. *Niſi fortè ſeruus pœnæ effectus, Principis beneficio ſit reſtitutus*.

Alexander verò in comment. d. §. & quid ſi tantum, nu. 21. vtitur hac diſtinctione. Aut apprehenſa fuit poſſeſſio bonorum ab eo, cui hæreditas eſt delata, & tunc, quia dominium in eum eſt translatum, reſtitutus nõ recuperat hæreditatem illam. Aut vero poſſeſſio non eſt apprehenſa, & tunc recuperat.

D Mihi prima facie iam & olim, omnibus quoque conſideratis viſa eſt prior ſententia probabilior: Tùm quia Principis reſtitutio alteri nocere non debet, argumento l. 2. §. ſi quis à Principe. ff. ne quid in loco publico. Tùm quia textus quo præcipuè nititur ſententia contraria, in d. l. 1. §. filio qui mortis, de filio loquitur, qui tempore mortis matris ciuis Romanus erat, & conſequenter hæreditatis eius capax: Et licet ſeruus pœnæ propter delictum fuerit effectus, ideoque eam capere non potuerit, meritò tamen eſt admittendus, ſi Principis indulgentia fuerit reſtitutus. Cæterum in quæſtione noſtra agitur de hæreditate delata non condemnato, ſed alteri, neque enim condemnato deferri poteſt, ſed proximiori, ſecundum edictum ſucceſſorium, ſeu leges ſucceſſionum ab inteſtato.

Verùm contrariam ſententiam iam amplector, maturius re perſpecta & diſcuſſa, nempe, talem reſtitutum admittendum eſſe ad hæreditatem. Etenim hæc

ſenten-

ſententia clarè euincitur ex d. §. filio qui mortis. Licet A
enim agatur ibi de filio, qui mortua matre ciuis Romanus erat, is tamen antequam hæreditatem adiret, condemnatus fuit, & ſic illam hæreditatem non habuit; & conſequenter alteri hæreditas delata fuit, & tamen à Principe reſtitutus eam recuperat. Itaque quòd ciuis Romanus eſſet tempore mortis matris, nihil facit ad eam deciſionem; neque enim impedit, quò minus hæreditas aliis delata fuerit, nec illi prodeſt, vt eam recuperet, ſed cauſa recuperationis ex reſtitutione pendet. Moueor præterea ex l. ſed ſi hac lege, §. liberos. ff. de in ius vocando, & ex l. vlt. C. de ſententiam paſſis. Quibus ex legibus probatur, patrono in integrum reſtituto, edicti de in ius vocando beneficium ſaluum eſſe. Item probatur, patrem reſtitutum poteſtatem patriam recuperare. Ex his legibus argumentum ſumitur non contemnendum; quia ex eis patet, reſtitutionem efficere, vt quis recuperet iura in alium tranſlata ex legis diſpoſitione. Hoc enim ius in filium tranſlatum erat patre condem- B
nato, vt ſui iuris eſſet. Idem ergo & in propoſita quæſtione ſtatuendum videtur, vt nimirum hæreditas recuperari poſſit. Ex quo ceſſat argumentum illud, quo dicebatur, Principis gratiam & indulgentiam alteri nocere non poſſe ex d. §. ſi quis à Principe; quia illa lex cum ſimilibus locum habet, quoties alteri ius acquiſitum eſt ex contractu, vel alia hominis diſpoſitione, ſecus ſi ex diſpoſitione legis, quia cum reſtituto lex concedat, omnia iura quæ prius condemnatus habuit, eidem in conſequentiam concedere videtur, quæ aliis ex ipſius legis diſpoſitione delata ſunt, quaſi ipſa lex quod dedit alteri, id reſtituto concedere videatur.

Quòd verò attinet ad l. intercidit. illa lex non obſtat; quia loquitur de legato ſub conditione facto, quod deficit moriente legatario ante conditionis euentum, & ad hoc ſufficit legatarium ſeruum pœnæ effici. Itaque non abſolutè probat reſtitutum nō recuperare iura in alium tranſlata, ſed eo caſu duntaxat, quo ſub conditione reli- C
ctum fuit, & ante conditionem mors naturalis, vel ciuilis interceſſit. Quod ſi legatum purum eſſet, vtrum legatarius ſeruus pœnæ effectus, & poſtea reſtitutus, legatum recuperaret necne, non deciditur in illo textu.

CAPVT XL.

Quis ſit ſenſus l. properandum. §. ſin autem ex geſtis. C. de iudicijs.

SIn autem ex geſtis apud ſe habitis, parte actoris minimè inuenta, poſſit inuenire viam, ex qua manifeſtum ei fiat, quid ſtatuendum ſit, etiam abſente actore, ſi eū meliorem cauſam habere proſpexit, pro eo ferre ſententiam non moretur, & præſentem reum abſenti actori condemnare, expenſis tantummodo litis, quas reus legitimè ſe expendiſſe iurauerit, condemnatione excipiendis, quia hanc pœ- D
nam actori, & meliorem cauſam habenti, propter ſolam abſentiæ contumaciam imponimus. Verba ſunt l. properandum. §. ſin autem ex geſtis. C. de iudicijs. De quorum ſenſu non eſt eadem omnium ſententia. Accurſius ſequitur Ioannis antiquiſſimi gloſſatoris ſententiam ita hanc rem explicantis. Actor petebat centum, & expendit decem. Reus verò expendit quinque. Sententia ſecundum actorem abſentem fertur, & reus præſens in expenſis condemnatur. Si actor abſens non fuiſſet, expenſarum nomine ad decem præſtanda teneretur. Sed quoniam actor abfuit, deduci debent quinque, quę ipſe reus expendit. Hanc expoſitionem omnes ferè veteres ſecuti ſunt, vt videre eſt ex Alexandro, Iaſone & Coroeo in comment. eius loci. Et ei tex. adſtipulatur, eiuſdem legis in §. ſiue autem alterutra, ubi Imper. ſtatuit, ſiue alterutra parte litigatore præſente, ſiue vtraque cauſa fuerit deciſa, ſemper victū victori condēnandū eſſe in expēſas.

Cæterùm Placentinus antiquus interpres aliam attulit expoſitionem; exiſtimauit enim hoc in caſu actorem, licet victor ſit, condemnandum eſſe reo ad expenſas. Et eandem ſententiam habuiſſe mihi videtur Iacob. Cuiac. lib. 9. obſeru. cap. 22. eidemque adſtipulatur Nouel. 49. vbi loquens Imperator de appellationis cauſa, quam alter ex litigatoribus proſequitur altero abſente, declarat abſentem, & non proſequentem cauſam, omnino condemnandum eſſe ad expenſas. Aut enim inquit, præſens litem obtinuit, & tunc abſens ad expenſas condemnandus eſt, quia victus eſt; aut inferior diſcedit, & idē, quia victor, cùm abſens fuerit, mulctandus eſt litis expēſa, in pœnam contumaciæ & abſentiæ.

Hanc expoſitionem & ipſe opinor veriſſimam eſſe, hoc argumento, quia ſcilicet quod in §. ſiue autem alterutra, dicitur, victum victori condemnandum eſſe ad expenſas, locum habere non poteſt, quando victor eſt abſens. Etenim rationi conſentaneum non eſt, vt abſens & contumax, qui alioquin non auditur, niſi refuſis impenſis. l. ſancimus. C. eod. tit. expenſas à præſente cōſequatur. Deinde, quia Imperator vult eum in pœnam contumaciæ obligatum eſſe ad expenſas, quas reus præſens fecit, ergo implicat, & abſurdum eſt dicere, reum præſentem condemnandum eſſe in expenſas ipſi actori abſenti. Denique ita hanc rem interpretatus eſt S. Pont. in c. calumniam. de pœnis. *Calumniam & audaciam*, inquit, *temerè litigantium condemnando in expenſis, & alio multiplici remedio ſanctio imperialis compeſcit. Quoniam igitur ſacris inſtitutis conſonare dignoſcitur, præcipimus, vt de cætero in cauſis pecuniarijs, victus victori in expenſis condemnetur. Niſi* (hoc facit ad rem noſtram) *ſententia pro abſente feratur.*

Reſpondent aliqui, illa verba: *In expēſis condemnetur*, exponi debere, id eſt, in omnibus expenſis, & ſic exceptio quæ ſequitur, *niſi ſententia pro abſente feratur*, priori ſententiæ conueniat, quia cùm pro abſente ſententia fertur, victus condemnatur in expenſis, ſed non in omnibus, quia fit deductio expenſarum ab ipſo reo factarum. Sed violenta nimis, ne dicam inepta hæc eſt interpretatio, quam idcirco retuliſſe, confutaſſe eſt. Nam S. Pontifex clarè loquitur, victum victori condemnandū eſſe in expenſis, niſi pro abſente ſententia feratur, quia cum pro abſente ſententia fertur, non eſt in expenſis cōdemnandus, ſed potius ipſe abſens, & victor condēnandus eſt. Itaq; ex condemnatione rei, deducendæ ſunt expenſæ, quas ipſe fecit, hoc eſt, reus quidem eſt condemnandus, ſed ſi verbi gratia condemnetur ad ſoluendum decem ab actore petita, vel ad aliam ſummam in actione comprehenſam, ex hac condemnatione deduci oportet, quod reus expendit: ex quo patet, actorem ad expenſas condemnari, quas reus fecit. Maneat igitur hæc expoſitio, quam & in Imperiali Camera receptam eſſe teſtatur Mynſingerus. Centur. 4. Obſeru. 67.

CAPVT XLI.

De victo victori in expenſis condemnando, controuerſiæ aliquot.

CVm lex dicat, victum victori condemnandum eſſe in expenſas, nonnullæ ſunt inter Doctores cōtrouerſiæ ex varijs factorum circumſtantiis. Prima eſt. Quid ſtatuendum ſit, quando reus iuſtam habet cauſam litigandi, vſq; ad certum tempus, quo iudicium agitur, poſtmodum verò non habet, vtrū ſi pergat in lite, & ſuccumbat, in omnibus expenſis condēnandus ſit, an verò in ijs duntaxat, quas actor fecit, poſteaquā reus iuſtam litigandi cauſam habere deſiit. Et quidem Dec. in l. qui in alterius. ff. de reg. iur. in oībus expenſis condemnandum putat, ea ratione, ꝙ poſteaquam cognouit

ſe malam cauſam habere perſeuerauerit in lite. Nam ex A eo cõiectura ſumi poteſt, eum fuiſſe litigaturum, quamuis ab initio intellexiſſet, ſe malam cauſam habere.

Cæterùm diuerſam ſententiam Barto. habuit, in l. ſi quis inficiatus. ff. depoſiti & in l. properandum. §. ſiue autem alterutra. C. de iudicijs, & ibid. Alex. & Iaſ. & inſuper Cagnolus ad d. l. qui in alterius. nume. 23. Iſti omnes docent, non in omnibus expenſis reum eſſe condemnandum, ſed in expenſis dumtaxat factis poſt illud tempus, quo deſijt habere iuſtam cauſam litigandi. Quæ ſententia videtur eſſe veriſſima, Nam ſi toto litis tempore, reus iuſtam litigandi cauſam habuit, inter omnes conſtat, ab omnibus expenſis abſoluendum eſſe. Ergo, ſi pro parte temporis iuſtam litigandi cauſam habuerit, pro ea parte abſoluendus erit. Confirmatur hæc ſententia ex d. l. ſi quis inficiatus. ff. depoſiti. Vbi, is apud quem res erat depoſita, negauerit eum, qui depoſitum repetebat, dominum eſſe, vel procuratorem, aut hæredem eius, qui depoſuit, nihil dolo malo fecit, ait Iuriſconſultus. Sed ſi B poſtea cognouerit eum aut dominum eſſe, aut procuratorem, vel hæredem domini, tunc incipit dolo malo facere, inquit tex. ſi reddere non vult.

Non obſtat id, quòd dicebatur, mali animi argumentum eſſe, quòd talis reus in lite perſeuerauit, quoniam id negari non poteſt, ſed non inde efficitur, eum à principio temerè litigaſſe. Quare debitas temeritatis pœnas luere debet, quatenus peccauit, non autem quatenus nõ peccauit, & iuſtam cauſam litigandi habuit, quia mulcta ſeu pœna, non debet eſſe maior culpa, ſeu delicto.

Altera eſt controuerſia, Si quis in priore inſtantia fuerit victor, ſed in cauſa appellationis victus, an ſit in expenſis condemnandus. Triplex eſt Doctorum ſententia. Prima condemnandum eſſe, ita reſpondit Capella Tholoſana, deciſ. 222. Cuius fundamentum eſt in regula generali, quæ habetur in dicto §. ſiue autem alterutra, Nempe victum victori in expenſis eſſe condemnandum.

C Altera eſt ſententia ſic diſtinguens, aut is, qui in priore inſtantia victor fuit, in cauſa appellationis ſuccubuit ex eiſdem actis. Aut ex nouis probationibus, ſi quidem ex eiſdem actis ſuccubuit in expenſis damnandus, quia prior ſententia fuit iniuſta, & ſic temerè litigauit. Si verò ex nouis probationibus ſuccubuit, nequaquam condẽnandus eſt, quia iuſtam habuit cauſam litigandi, propter ſententiam priorem, quæ iuſta fuit, licet à iudice appellationis reformata ex nouiter deductis. Ita docent Bart. & Iaſ. in d. §. ſiue autem alterutra. Imola in c. finem litibus. de dolo & contumacia, & alij quos commemorat And. Geyll. lib. 1. Obſer. 152.

Tertia eſt ſententia, totam hanc rem iudicis arbitrio eſſe committendam, qui ex varijs rerum & cauſarum circumſtantijs facilè dignoſcet, vtrum victus iuſtam cauſam litigandi habuerit. Ita docet Bald. in l. generaliter, §. ſed iuramento, C. de rebus credito. cuius ſententiam Camera imperialis ſequi ſolet, teſte Andr. Geyll. loco D proximè citato. Ego plerunque vidi, vt & Geyll. ibidem ait, victum in cauſa appellationis abſolui ab expenſis propter prioris ſententiæ authoritatem, ſi tamen euidenter eſſet iniuſta contra leges & ſacras conſtitutiones lata, vel contra manifeſtum ius litigatoris, rectè prudenterque iudicem facturum exiſtimo, ſi & ſententiam talem reformauerit, & temerè litigantem expenſarum condemnatione mulctauerit.

CAPVT XLII.

Victus victori in cauſis criminalibus ſitne condemnandus in expenſis.

DVplex eſt Doctorum ſententia hac de re. Altera, eſſe condemnandum. Ita docuerunt Bartol. ad l. 1. ff. ad Turpi. Iaſ. ad l. properandum. §. ſiue autem alterutra. C. de iudicijs. Imola in c. finem litibus. de dolo & contumacia. Couar. practicar. quæſt. capit. 27. Andr. Geyll. lib. 1. obſeru. 152. Hippolytus Riminal. in conſ. 303. lib. 3.

Huius ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum ſumitur ex dicto §. ſiue autem alterutra. Vbi generaliter eſt conſtitutum, victum victori condemnandum eſſe in expenſis.

Secundum argumentum eſt ex l. 3. C. qui accuſare B non poſſunt, vbi dicitur. Eos, qui crimen publicum inſtituere properant, cogendos eſſe cauſam proſequi, vocandoſque eſſe, vt veniant, ſi iudicio præſentes non fuerint Quod ſi non adfuerint, *non ſolùm extra ordinem*, inquit textus, *æſtimatione iudicis puniendi ſunt, ſed etiam ſumptus, quos in eam rem, & circa ipſum iter ad litem vocati fecerunt, pendere cogentur.*

Tertium argumentum eſt ex l. patre & marito. ff. de quæſt. & ex l. ſi poſtulauerit. §. ſi reus. ff. de adult. quibus legibus habetur, quæſtionem habendam eſſe de ſeruo adulterij accuſato, ſi accuſator hoc deſiderauerit. Cæterum, ſi reus abſolutus fuerit, ſiue mortuus fuerit ſeruus, ſiue adhuc viuat, æſtimari damnum oportere, & accuſatorem ipſum æſtimationem præſtare.

Quartum argumentum ſumitur ex l. vlt. C. de fructibus & litium impenſis. Agit Imperator ibi de litigatore, priuilegium aliquod habente, quoad litis expenſas, & ita dicit: *Per hanc legem decernimus, vt quicunq; beneficio* C *di priuilegio munitus eſt, vel poſtea talem prærogatiuā quolibet modo meruerit, ſciat, & ſi quos ipſe, vtpote obnoxius ſibi, pro quacunque criminali, vel ciuili cauſa conſtitutes, in accuſationem deduxerit, hos nihilominus ijſdem priuilegijs vſuros.* Hactenus Imperator. Ex cuius verbis infertur etiam in cauſis criminalibus locum eſſe condemnationi expenſarum, quia ſi locus non eſſet, fruſtrà de tali priuilegio ageretur quoad criminales cauſas.

Quintum & poſtremum argumentum eſt huiuſmodi. Non debet hominum dolis & malitijs aditus aperiri. l. in fundo. ff. de rei vendic. Sed ſi victus accuſator in cauſis criminalibus ad expenſas non eſſet condemnandus, via malitijs aperiretur, atque occaſio præberetur malis hominibus, alios iniuſte accuſandi, ergo, &c.

Altera eſt ſententia, victum victori non eſſe damnandum in expenſis, in cauſis criminalibus. Ita docuit olim Iacob. Butrigarius, teſte Bartolo in l. 1. ff. ad Turpil. nũ. Anton. Butr. in c. finem litibus. de dolo & contumacia. D Alberic. ad l. athletas §. calumniator. ff. de his qui notantur infamia. Et alij quos refert & ſequitur Myn ſingerus in conſ. 59. Decade 6. Cuius ſententiæ fundamentũ eſt, quòd in calumniatorem, qui ſcilicet ſcienter falſa crimina in alium intendit, pœna iure conſtituta ſit, vt in l. 1. ff. ad Turpilian. & in l. vltima. C. de calumniator. & alibi. Quod verò in expenſas condemnandus ſit, nullo iure conſtitutum eſt.

Ego ſanè hanc poſteriorem ſententiam probabiliorem eſſe exiſtimo, & argumenta habeo ſatis, vt mihi videtur probabilia. Primum ex l. non ignoret. C. de fructibus & litium expenſis: *Non ignoret*, inquit textus, *is, cuius ex interpellatione aliquis ſecundum datam formam in longinqua protractus fuerit examina, quod ſi culpa ſua fuerit dilata cognitio, vel nomine actionis ſuæ affuerit, vel delata non probauerit, pro calumnia quidem, pœnam luat legibus conſtitutam. Pro pecuniaria verò cauſa. poſt ſumptus, conſiderata quantitate poſtulationum, vel medij itineris*

ueris interuallo, condemnationem pro æſtimatione Iudicis ſuſtinebit.

Sumitur argumentum ex hoc loco, quatenus Imperator docet, accuſatorem pro calumnia puniri, ſi delata non probauerit, non autem in expenſis condemnari, & hoc in cauſis criminalibus. In pecuniarijs autem locum eſſe condemnationi expenſarum.

Secundum argumentum ſumo ex cap. calumniam, de pœnis, ibi: *Præcipimus, vt de cætero in cauſis pecuniarijs, victus victori in expenſis condemnetur.* Ex quibus verbis patet, ſummum Pontificem ita hanc rem interpretatum eſſe, vt expenſarum condemnatio locum habeat in cauſis pecuniarijs tantum. Nam ſi & in cauſis criminalibus locum haberet, generaliter præcepiſſet, victum victori in expenſis condemnandum.

Tertium argumentum illud eſt, quod nulla lege id conſtitutum eſt, vt criminalibus ſit locum expenſarum condemnationi. Et quidem calumniator punitur ſimilitudine ſupplicij. l. vlt. C. de calumniator. Temerè autem accuſantem nullam pœnam mereri, dicit Iuriſconſult. in l. 1. verſ. quæri poteſt. ff. ad Turpill. Quamobrem in noſtra poteſtate ſitum non eſt, vt id cõſtituamus, quod lex non dicit, nec conſtituit. l. illam C. de collat.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpõdeo, tex. in d. §. ſine autem alterutra de cauſis ciuilibus loqui, non autem de criminalibus, & licet in principio legis de cauſis criminalibus mentio fiat, id tamen alio pertinet, nempe ad oſtendendum, etiam in cauſis criminalibus certum eſſe tempus conſtitutum, intra quod expediri debeant.

Ad ſecundum reſpondeo, tex. in d. l. 3. C. qui accuſare non poſſunt, de accuſatore contumace loqui, quæſtio verò noſtra loquitur de accuſatore victo.

Ad tertium reſpondeo, illas leges loqui de ſerui æſtimatione in cauſa adulterij, in qua ſi abſoluatur, accuſator duplum pretij ſoluere domino tenetur. Sed hoc cum expenſarum condemnatione nihil prorſus commune habet.

Ad quartum reſpõdeo, priuilegium, de quo in d. l. vlt. quantum ad cauſas criminales attinet, locum habere poſſe in accuſatore cõtumace, vel vbi ciuiliter tractatur cauſa, & ſi qui ſunt alij caſus. Nam in accuſatore victo, locum habere non poteſt, vt patet ex dictis.

Ad vltimum reſpondeo, alijs modis accuſatores & calumniatores puniri debere, quam expenſarum condemnatione, licet enim ſimilitudo ſupplicij non ſit in vſu, nihil tamen prohibet, quò minus pro æſtimatione Iudicum, audacia calumniantium comprimi poſſit, ac debeat. & his modis occurratur hominum malitijs & dolis.

CAPVT XLIII.

Vtrum Iudex neceſſariò de incidenti quæſtione pronunciare nominatim debeat.

ANtiquus interpres Placentinus, vt Accurſius refert in l. 1. C. de ordine cognitionum, exiſtimauit Iudicem neceſſario pronunciare debere de quæſtione incidenti.

Primò, quia de qua re iudex cognouit, pronunciare etiam debet. l. de qua re. ff. de iudicijs, ſed de incidenti quæſtione cognoſcit, ergo, &c.

Secundò mouebatur ex l. intra utile. ff. de minoribus vbi Iuriſconſultus refert, ſuper ætate a iudice pronunciatum fuiſſe, de qua inciderat quæſtio.

Tertio ex l. ff. de præuaricator. ibi: *Vt non prius accuſetur quam de prioris accuſatoris præuaricatione conſtiterit & pronunciatum fuerit.* Sic Iuriſconſultus. Erat autem illa quæſtio incidens in ea ſpecie.

Cæterùm diuerſam habuit ſentẽtiam Bulgarus, gloſſator antiquus. Primò ex l. 1. C. de ordine iudic. in illis

A verbis: *Pertinet enim ad officiũ iudicis, qui de hæreditate cognoſcit, vniuerſam incidentem quæſtionem. quæ in iudicium deuocatur, examinare, quoniam non de ea, ſed de hæreditate pronunciat.* Secundo ex l. 2. de ordine cognitio. in illis verbis. *Sed ſufficit ei, qui libertate vtitur ad victoriam de hæreditate, ſecundum eum eſſe pronunciatum.*

Tertia eſt ſententia Ioannis, ſimiliter antiqui gloſſatoris. Ita ille diſtinguebat. Aut de incidenti quæſtione loquimur, quæ ante cęptum iudicium originem, & cauſam habet, vt ſi quæſtio ſit, an actor ſit filius, an ſit liber, & id genus. Et tunc iudex neceſſitatem pronunciandi non habet, vt probatur ex legibus allatis, pro ſententia poſteriore. Aut de incidenti quæſtione agitur, quæ non ante iudicium, ſed poſt iudicium inchoatum, originem & cauſam habet, ut ſi quæſtio ſit, an iudex ſit competens, an procurator mandatum habeat idoneum, & id genus, & tunc neceſſariò pronunciandũ eſt, ſecundum leges pro ſententia priore adductas. Si ta-
B men quæſtio criminalis incideret, cùm de ciuili cauſa agitur, vel è contra, tunc de vtraq; pronunciandum eſſe dicebat, & quidem prius de criminali quæſt. ut in l. 3. & 4. C. de ordine iudic.

Hanc ſententiam tertio loco relatam ſecuti ſunt Bartol. Caſtr. Sicard. & alij in l. 1. C. de ordine iudicior. & Canoniſtæ in capit. 1. de ordine cognition. excepto quod nonnihil diſcrepant circa declarationem, quæ ſit incidens, & quæ ſit emergens quæſtio. Qua de re videndus eſt Menoch. de arbitr. iudic. quæſt. 45. illud Bartoli monet, ſuper incidenti pronunciandum eſſe, cum de exceptione agitur oppoſita ad impediendum proceſſum iudicij. Caſtrenſis vero monet de quæſtione emergenti iudicem quidem pronunciare debere, ſed ſufficere ſi tacitè pronunciet, niſi quæſtio vertatur, an ſit iudex competens, nec ne, quia tunc expreſſe pronunciare debet. Hæc ferè ſunt ab alijs tradita, vt videre licet ex Ioanne Baptiſta Aſinio, in praxi iudiciaria. §. 18. c. 2.
C Ego vero ſequentibus concluſionibus vniuerſam hãc diſputationem, facilius explicari poſſe cenſeo.

Prima concluſio. Cum de incidenti quæſtione agitur quæ ipſius cauſæ merita reſpicit, vt ſi quæratur, num aliquis ſit filius, vel liber, in eum finem, vt hæreditaté conſequi, vel non conſequi poſſit, tunc neceſſe non eſſe iudici de tali quæſtione incidenti pronunciare. Verùm ſufficit ſi de principali cauſa pronũciauerit. Probatur ex l. 1. C. de ordine iudic. ex l. 2. C. de ordine cognitio. & ex cap. 1. eod. tit.

Secunda concluſio. Cum de incidenti quæſtione agitur, cauſę quidem merita reſpiciente, ſed tamen quæ ad impediendum cauſæ proceſſum obijcitur de illa Iudicẽ pronunciare oportet, priuſquam de cauſa principali pronunciet, probatur ex l. intra vtile, ff. de minor. & ex l. 3. ff. de præuaricator.

Tertia cõcluſio. Quoties agitur de quæſtione inciden-
ti, quam Doctores noſtri emergentem appellant, vt an
D dilatio ſit concedenda? an procurator ſit idoneus? an libellus ſit ineptus? & ſimilia, quæ cauſæ merita non reſpiciunt, iudicem pronunciare oportet, vt in l. a procedẽte, C. de dilationib. & in l. liberis. § vlt. ff. de liberali cauſa. ibi. *Quod ſi pronunciatum fuerit eo tempore, &c.*

Quarta concluſio. Licet neceſſe ſit de tali emergenti quæſtione pronunciare, ſufficit tamen ſi iudex tacite pronunciet, ad vlteriora ſcilicet procedendo, exceptione non obſtante. Argumento textus, in cap. ex parte 67. de appellatio. ibi: *Sed quia dicti iudices hac exceptione neglecta, &c.* Niſi agatur de illa quæſtione an iudex ſit competens? tunc enim expreſsè pronunciare debet, ut videatur eſſe certus de ſua iuriſdictione. Argumẽto, l. 1. §. Sed ſi dubitetur. & l. Si quis ex aliena. ff. de iudicijs. Sed mihi magis probatur Innocentij ſententia in cap. 1. de dilatio. videlicet etiam hoc in caſu ſufficere tacitam pronunciationem, ut ſi mandet ad vlteriora procedi. Et ita ſęptiſſimè obſeruatum vidi, ſatiſque iudex certum ſe-

tum ſe eſſe de ſua iuriſdictione, ita pronunciando, ſigni- A
ficat. Neque contrarium docent leges allegatæ, etſi id dicant, iudicem æſtimare debere, an ſua ſit iuriſdictio, ſi de illa dubitetur, quia, dum ita iudex pronunciat, in conſequẽtiam pronunciat, ſe competẽtem iudicem eſſe.

Poſtrema concluſio. Vbi criminalis quæſtio coincidit cum ciuili, aut contra: ciuilis cum criminali, de ea eſt pronunciandum, prius tamen de criminali, l.3.& 4.C. de ordin. iudicio.

CAPVT XLIIII.

Vtrum iudex ſecularis de cauſa ſpirituali & Eccleſiaſtica, quoad ea, quæ conſiſtunt in facto, cognoſcere, & iudicare poſſit.

INter omnes conuenit, iudicem ſecularem de cauſa ſpirituali quamuis quæſtio ſit incidens, vel emergẽs, B
cognoſcere & pronunciare nõ poſſe, ita enim S. Pontifex docuit, in ca. tuam, de ordine cognit. in cap. lator. & in c. cauſa. Qui filij ſint legitimi, & alibi. Sed vtrum ſaltem cognoſcere poſſit de ipſo facto, ut puta, an matrimonium fuerit contractum? an ita contractus fuerit celebratus? & ſimilia, non eſt eadem omnium ſententia. Etenim id licere iudici ſeculari affirmant Bart. ad l. quoties. C. de iud. & ad l. Titia. ff. ſoluto matr. & ibi ẽt Alex. Couar. qui alios commemorat in Epitome de ſponſalib. parte 2. cap. 8. §. 12. nu. 3. & Senatus Pedemõt. deciſ. 137. nu. 11. fundamentum eſt, quia talis cauſa merè eſt profana, neque ullo modo ſpiritualis & Eccleſiaſtica. Vnde nihil proponitur, cur ea cognoſci, ac definiri non poſſit a iudice ſeculari.

Cæterùm contrariam ſentẽtiam ſecuti fuere Bald. ad d.l. quoties, & ad l. omni nouatione, C. de ſacroſanctis eccleſijs. Imola in d.l. Titia. ff. ſoluto matr. & in c. cum ſit generale. de foro competenti Lapis allegatio. 55. re- C
uerende Domine. Quibus Doctorib. & ipſe adſtipulor, quoniam hæc quæſtio, licet in facto conſiſtat, tamen eſt de re ſpirituali & Eccleſiaſtica, de qua iudex laicus cognoſcere nullo modo poteſt.

Confirmatur hæc ſententia ex cap. ſi. iudex laicus, de ſententia excommunicationis lib. 6. vbi deciditur, quæſtionem illam, an aliquis ſit Clericus:) quæ tamen videtur eſſe quæſtio facti) à iudice Eccleſiaſtico examinandam & definiendam eſſe. Denique ſi Iudex laicus de quæſtione facti cognoſceret, de quæſtione autem iuris iudex Eccleſiaſticus, nihil eſſet aliud, quam cauſæ vnius continentiam diuidere, contra l. ſi nulli. C. de iud. & diuerſis proceſſibus intricare negotium, ut in ſimili caſu dicebat S. Pont. in c. tuam. de ordine cognit.

Ad argumentum reſpondeo, negando quæſtionẽ facti merè profanam eſſe, deinde dato quod profana eſſet, cùm attingat rem ſpiritualem, & circa eam verſetur, ac de ea ſit cognoſcendum in ordine ad cauſam ſpiritualẽ, D
tota hæc res videtur mihi à iudice Eccleſiaſtico decidenda.

CAPVT XLV.

Vtrum iudex delegatus alium ſubdelegare poſſit, ſi eam habeat a delegante poteſtatem.

IVdicem delegatum, cui ſubſtituendi alium, ſiue vt Doctores loquuntur, ſubdelegandi poteſtas a delegante conceſſa eſt, poſſe alium ſubſtituere, atque ſubdelegare, docuerunt Bart. Alberic. Fulgos. Alex. Zaſius, & alij multi in l. more. ff. de iuriſdict. om. iud. latan l. a iudice, num. 9. C. de iudicijs.

Argumenta ſunt iſta. Primum ſumitur ex l. unum ex familia. §. ſi Falcidia. ff. de legatis. 2. ubi dicitur, electum ab hærede ex poteſtate a teſtatore data, videri electum ab ipſo teſtatore, ergo, & in propoſita quæſtione is, qui à delegato ſubſtituitur, videtur ab ipſo delegante ſubſtitutus.

Secundum argumentum eſt ex l. non diſtinguemus. §. quæſitum, ff. de arbitris. vbi dicitur, arbitrum electum a partibus, non poſſe controuerſiam in alterius arbitriũ conferre, ſi tamen talis à partibus poteſtas ei data fuerit, poſſe.

Tertium ſumitur ex l. cum eſſet. §. vlt. ff. de ſeru. ruſt. præd. dum ibi dicitur, eum, qui ſeruitutem aquæ ductus habet, alteri non poſſe eam ſeruitutem cedere, niſi data ſit a domino poteſtas.

Quartũ ſumitur ex l. ſolet. ff. de officio eius cui mandata eſt iuriſdict. & alijs ſimilibus locis, quibus dicitur, delegatum fungi vice delegantis, ſi enim vice delegantis fungitur, ergo ſubdelegare poteſt.

Quintum & poſtremum argumentum eſt huiuſmodi. quæ iure magiſtratus competunt, delegari poſſunt, l. 1. ff. de officio eius cui mandata eſt iuriſdict. ſed delegandi poteſtas iure magiſtratus competit. l. imperium. ff. de iuriſd. om. iud. ergo alteri mandari poteſt, ſi mandari poteſt, igitur delegatus talem habens poteſtatem ſubdelegare poterit.

Cæterum cõtrariam ſententiam ſecuti fuere Petr. & Cyn. in d.l. more Specul. in tit. de iudice delegato. §. 2. verſ. ſed nunquid ſubdelegatus. Io. Imolen. in cap. ſuper quæſtionem. §. porrò, nu. 7. de officio delegati. Et hanc ſententiam veriorem eſſe dicit Alex. in d.l. a iudice. C. de iudicijs.

Argumenta ſunt iſta. Primum eſt ex d.l. a iudice, & ſimilibus, quibus dicitur, a iudice iudicem datum, iudicem dare non poſſe, niſi à Principe iudex datus fuerit, & ſic ſpecialiter conſtitutum eſt, vt delegatus duntaxat Principis, alium ſubdelegare poſſit.

Secundum argumentum, iudex incertus dari non poteſt. c. ad hæc, de reſcript. ergo delegato iudici ſubdelegandi poteſtas dari non poteſt, quoniam ſi dari poſſet, iudex incertus daretur.

Tertium argumentum. Delegandi poteſtas maiorib. duntaxat magiſtratibus conceſſa eſt. l. cũ prætor. ff. de iudicijs, ergo non poteſt alteri cõcedi. Videretur autem concedi poſſe, ſi diceremus delegatum ſubdelegare poſſe ea poteſtate ſibi conceſſa.

Tertia eſt ſententia Angeli in d.l. more, ita diſtinguẽtis, vt ſiquidem poteſtas ſubdelegandi fuerit ſimpliciter conceſſa, tunc delegatus ſubdelegare non poſſit, ſecundum ſententiam priſtiniorem, ſecus autem ſi delegato ea poteſtas data fuerit, vt nomine ipſius delegantis ſubdelegare poſſit, quia tũc ſubdelegare poterit, iuxta priorem ſententiam.

Quarta & poſtrema eſt ſententia Decij in commen. d.l. more. nu. 42. aliter diſtinguentis. Vt ſi poteſtas ſubdelegandi data fuerit certa perſona nominata, tunc liceat delegato, eam perſonam ſubſtituere & ſubdelegare, ſecus autem ſi generaliter poteſtas data fuerit ſubdelegandi. Pro qua diſtinctione argumentum ſumit ex ca. ſi cui nulla. de Præben. lib. 6.

Mihi eorum ſententia probabilior videtur, qui delegatum negat ſubdelegare poſſe. Et moueor eo argumento, quod ſupra tertio loco pro hac ſententia relatum eſt, quodque planius & plenius deduci poteſt in hunc modum. Quæcunque ſpecialiter lege, vel Senatuſconſulto, vel Conſtitutione Principum certis tribuuntur Magiſtratibus, ea in alios transferri non poſſunt ab ipſis Magiſtratibus, l. 1. ff. de officio eius cui mandata eſt iuriſd. ſed poteſtas iudicem dandi, ſiue vt Doctores loquuntur, delegandi, ac ſubdelegandi, certis Magiſtratibus conceſſa eſt ſpecialiter lege, vel Senatuſconſulto, uel Conſtitutione Principum, ergo non poteſt talis Magiſtratus eam poteſtatem in alios transferre. Quod ſi verum eſt, ſequitur delegantem concedere non poſſe delegato, ta-

lem

lem ſubdelegandi poteſtatem, & per conſequens ipſum delegatum, ſubdelegare non poſſe, licet talem habuerit poteſtatem.

Minor propoſitio probatur ex l. cum prætor. ff. de iudicijs. in illis verbis: *Iudicem dare poſſunt, quibus hoc lege, vel conſtitutione, vel Senatuſconſulto conceditur*. Ergo poteſtas dandi iudicem in alium transferri non poteſt l. 1. ff. de off. eius, &c.

Ad primum argumentum reſpondeo, id tantum probare, ſcilicet ſubdelegatum ab ipſo delegante datum videri: Sed obſtat huic rei, quod delegans eam poteſtatem delegato conferre non potuit.

Ad ſecundum reſpondeo, illud in arbitris procedere, eam ſpecialem ob cauſam, quòd vniuerſa arbitrorum poteſtas pendet ex compromiſſo, & ex poteſtate à partibus ipſis arbitris data, l. non diſtinguemus. §. de officio, ff. de recep. arb.

Ad tertium reſpondeo. Illud in priuatis iuribus, & negotiis locum habere, quorum dominus eſt moderator & arbiter, ſecus in iudicijs & magiſtratibus eſt dicendũ, quia iura magiſtratuum & iudiciorum ex legum forma ſunt metienda, atque cenſenda, non cuiuſuis arbitrio.

Ad quartum reſpondeo, nego conſequentiam. Etſi enim delegatus fungitur vice delegantis, non tamẽ omnia poteſt expedire ac facere, quæ poteſt delegans, quia nec ipſe delegans poteſt talem delegato tribuere facultatem.

Ad vltimum reſpondeo. Negando iudicis dandi poteſtatem, iure magiſtratus competere; quoniam is tantũ com petit, quibus à lege, vel Senatuſconſulto, vel conſtitutione conceditur, vt in d. l. prætor, ff. de iudicijs. Nec contrarium docet l. imperium. ff. de iuriſd. om. iud. quoniam id tantum docet, iuriſdictionem eſſe etiam iudicis dandi licentiam, ſed non dicit, eam licentiam competere omnibus magiſtratibus iuriſdictionem habentibus,

CAPVT XLVI.

An delegatus vnum ſaltem ipſius cauſa articulum ſubdelegare poſſit?

SEd & illud controuertitur: an delegatus poſſit vnũ ſaltem ipſius cauſæ articulum ſubdelegare? & poſſe reſpondit Bart. in l. more. ff. de iuriſd. omn. iud. authoritate textus in Clemen. 1. de off. deleg. quę tamen nihil facit, cùm de Principis delegato loquatur. Quamobrem communior & verior eſt ſententia talem delegatum non poſſe vnum articulum cauſæ ſubdelegare. Ita docent Alexand. Iaſon & alij in l. a iudice. C. de iudicijs. & probatur ſatis luculenter ex l. a iudice. C. de iudicijs. dum ibi generaliter habetur, iudicem datum, alium iudicem dare non poſſe. Item probatur ea ratione, quòd delegatus nihil proprium habet, ſed delegantis iuriſdictione vtitur. l. 1. §. qui mandatum, ff. de officio eius, &c. Quare ad inſtar vſuarii ſuum ius in alium transferre non poteſt, nec in totum, nec in partem.

CAPVT XLVII.

Vtrum delegatus Principis cauſas meri Imperij ſubdelegare poſſit?

NOn deſunt qui exiſtiment, Principis delegatum cauſas meri imperij ſubdelegare poſſe, quibus tamen alij non pauci aduerſantur, vt videre licet ex Iacobo Menochio de arbitr. iud. q. 54.

Affirmantis ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum ex l. 1. C. qui pro ſua iuriſdictione, &c. in illis verbis: *Hac tenent, niſi iudices à nobis ſpecialiter delegantibus datis, alijs cauſas delegauerint iudicandas. Nam his delegantibus nullo perſonarum, cauſarumve habito tractatu appellationum ad eos iura remeabunt.*

A Secundum argumentum. Cauſæ meri Imperij cùm alicui delegantur à Principe, videntur eſſe iam delegabiles effectæ, vt dicitur de re ſemel alienata, quòd ſit alienabilia effecta, vt loquuntur noſtri, in l. patet. §. quindecim, de leg. 3. ergo delegari poſſunt.

Tertium argumentum. Delegatus Principis eſt maior ordinario. c. paſtoralis. de officio deleg. Ergo vt aliqd plus iuris, quàm ordinarius habeat, delegare huiuſmodi cauſas poterit, licet ordinarius non poſſit.

Quartum & poſtremum, ſubrogatum ſortitur naturam eius, in cuius locum ſubrogatur. l. ſi eum. §. qui iniuriarum. ff. ſi quis cautio. ergo delegatus principis, videtur eſſe loco Principis, & conſequenter delegare poſſe tales cauſas, ſicuti princeps poteſt.

Iſtis nil morantibus contraria ſententia mihi magis probatur. Primo authoritate l. 1. ff. de officio eius cui mã

B data eſt iuriſdictio. ibi. *Et ideo videntur errare Magiſtratus &c.* Patet enim ex illa lege, quæcunque ſpecialiter, lege, vel Senatuſconſulto, vel conſtitutione Principum demandantur, ſicuti ſunt cauſæ meri Imperij, non poſſe alijs demandari. Secundo ex regula generali. Nemo poteſt gladij poteſtatem ſibi conceſſam ac demandatam alij demandare. l. ſolet. ff. de officio Proconſ. l. nemo poteſt gladij. de reg. iur.

Ad primum argumentum reſpondeo, non eum eſſe ſenſum dictæ l. 1. vt delegatus principis poſſit nullo adhibito diſcrimine cauſas omnes alijs demandare, ſed ſenſus eſt, neminem poſſe alienæ iuriſdictionis cauſam delegare, ſed ita demum delegationes valere, ſi ad iuriſdictionem pertineant delegantis. Cæterùm ſi iudices ab Imperatore ſpecialiter dati alijs cauſas delegauerint, nõ eſſe tractandam, an cauſæ pertineant ad iuriſdictionem delegantis: quia omnes cauſæ poſſunt ab Imperatore delegari, cùm in omnes iuriſdictionem habeat; Et conſe-

C quẽter iudices delegati ab Imperatore, ſi alijs cauſas delegauerint, nõ eſt dubitandum quin delegare poterint, cùm Imperatorem ipſum repræſentent, & ab eo delegati fuerint, is verò in vniuerſos iuriſdictionem & imperium habeat.

Ad ſecundum reſpondeo, longe alienum eſſe à quæſtione noſtra id, quod habetur in d. §. quindecim, nec ita licere ex *Boccardicis*, vt vocant, argumentari, ad quęſtionem longe diuerſam.

Ad tertium nego conſequentiam, quia argumentum, a minori ad maius, valet ad negandum, non ad affirmãdum, hoc modo. Non licet hoc facere illi qui eſt maior, ergo neque illi, qui eſt minor, non autem ita, id non poteſt facere is, qui minor eſt, ergo facere poterit is, q maior eſt. Fieri enim poteſt, vt neque maiori, neque minori data ſit ea poteſtas.

Ad poſtremum reſpondeo. Delegatum principis fungi vice delegantis, & loco principis haberi quoad cogni-

D tionem cauſæ demandatæ; ſed præterea nihil proprij iuris habet; ideo nec delegare poteſt, præſertim legibus id vetantibus, vt iam dictum eſt.

CAPVT XLVIII.

Quomodo accipiendum ſit, quod dicitur in l. vnica. C. de ſententijs quæ pro eo quod intereſt; nempe id, quod intereſt, dupli quantitatem excedere non poſſe.

QVum Iuſtinianus dicat in l. vnica. C. de ſentẽtiis quæ pro eo, quod intereſt, proferuntur. Id, quod intereſt, excedere non poſſe dupli quantitatem, controuerſia eſt inter Doctores, quomodo id accipiendum ſit. Et quidem Placentinus dicebat, ſic accipiendum eſſe, vt non excedat duplum precij cõuẽti.

Bul-

Bulgarus autem, vt non excedat duplum precij commu- A
nis. Accurſius; *Nec vnum, nec aliud,* inquit, *ſed quod plus eſt*, hoc eſt, ſi commune precium rei in contractum deductæ ſit maius precio conuento, id duplandum eſt, ſi vero precium conuentum maius ſit precio communi, illud duplari debet. Accurſium ſequi videtur Bartolus, ſed Placentini ſententia verior & communior eſt; ſecuti eá ſunt Alciatus, Cagnolus, Rebuffus, Decius & Cuiacius in comment. d. l. vnica.

Itaque, ſi rem venditam precio centum aureorũ mihi non tradideris, id, quod mea intereſt, petam, l. 1. ff. de act. empt. Cæterum illud excedere non poterit duplum dicti precij. Probatur hæc interpretatio, quia in duplo ſimplum ineſt. §. tripl. in inſt. de actio. ſimplum autem eſt æſtimatio rei in contractum deducta & expreſſa à contrahentibus, non autem communis æſtimatio, quia ad eam non reſpexerunt contrahentes. Huc accedat, quòd Imperator loquitur de caſibus, qui certam habent quantitatem, & in illis ſtatuit id, quod intereſt, duplum exce- B
dere non poſſe. Vnde neceſſariò id referendum eſt ad æſtimationem in contractum deductam, quæ certa eſt & definita, non autem ad communem æſtimationem, quæ incerta & varia eſſe poteſt.

CAPVT XLIX.

Vtrum etiam in delictis id quod intereſt, ad dupli condemnationem ſit reſtringendum.

ID, quod intereſt in caſibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, duplum excedere non poſſe, certi iuris eſt. Sed non vſq; adeo exploratum eſt, an & in delictis, ſeu in obligationibus, quæ ex delictis deſcendunt, idem conſtitutum eſſe intelligatur. Affirmant, Bartolus ad l. vni. C. de ſentẽtiis, quæ pro eo, quod C
intereſt, nu. 26. Dec. nu. 70. Rebuff. ſuper Glo. in verbo. In omnibus caſibus. Et fundamentum ponunt in d. l. vnica, in illis verbis: *Sanciamus itaque in omnibus caſibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, &c.* Hæc. n. verba generalia comprehendere videntur omnes caſus, etiam ea delictis deſcendentes, & licet textus ſubiũgat; *Veluti in venditionibus & locationibus, & in omnibus contractibus.* Exempla tamen non reſtringunt regulam, ſecundum regulas vulgares.

Cęterum contrariam ſententiam Alciatus habuit in commentar. eiuſdem l. vnicæ, c. 10. motus primò ex l. Iulianus. ff. de actio. empt. vbi patet, id, quod intereſt, excedere duplum, quia prouenit ex dolo venditoris, qui ſcienter tignum vitioſum, & pecus morboſum tradidit.

Secundo ex l. inficiando. §. 1 ff. de furtis. Vbi Iuriſconſultus ita dicit: *Si tibi ſurreptum eſt, quod niſi die certa dediſſes, pœnã promiſiſti, ideoq; ſufferre eam neceſſe fuit, furti actione hoc quoque æſtimabitur.* Ex hoc loco argumẽtum D
ſumitur, quia talis pęna duplum excedere potuit, rei furto ſubtractæ.

Tertio, ex l. ſemper. §. hoc interdicto. ff. quod vi aut clàm: *In hoc interdicto,* inquit, *tanti lis æſtimatur, quanti actoris intereſt opus factum non eſſe.* Ergo duplum excedere poterit.

Ego Alciati ſententiam probabiliorem eſſe iudico. Sed primum & tertium argumentum nil me mouent; Nam quod attinet ad l. Iulianus, illa loquitur in caſu incerto, nempe cùm id, quod intereſt, debetur ex ea ſtipulatione, dolum malum abeſſe oportere, ſicuti declarat Alciat. in commentar. d. l. vnicæ, cap. 9. num. 26. item illa lex loquitur non in delictis, ſed in contractu emptionis & venditionis. Quod vero attinet ad tex. in §. hoc interdicto, loquitur in caſibus incertis. Reſtitutionis enim cauſa, vtpote facti, incerta eſt. ſicuti optimè declarat Iacob. Cuiacc. C. de ſententijs, quæ pro eo, quod intereſt.

Vt igitur Alciati ſententiam amplectar, illud me primum impellit, quòd Imperator in d. l. vnica, conſtitutionem edidit de eo, quod intereſt, vt antiquorum Iuriſconſultorum circa illud infinitatem & prolixitatem tolleret. Talis autem prolixitas in delictis non erat, quia in delictis plerunque agitur de pœna, non autẽ de eo, quod intereſt. Deinde exempla profert in contractibus, & licet exempla non reſtringant regulam, declarant tamen, in quibus caſibus regula ſit intelligenda, vt docet glo. in l. nunquam plura, ff. de priuatis delictis, & præclarè Bellonus lib. 3. ſupputatio. iuris, c. 10. nu. 1.

Secundò mouet me tex. in d. l. inficiando. §. 1. reſpondet Bart. ibi non agi de intereſſe, ſed de pœna. Nõ rectè. Quia textus ait: *Hoc quoq; æſtimabitur.* Illud verò non eſt pœna furti, ſed eſt intereſſe eius, qui furtũ paſſus eſt, quia ſcilicet pęnam ſoluere coactus eſt, propterea quòd rem non tradidit, quia furto ſubtracta fuit.

Reſpondet ſecundò Rebuffus loco ſuperiùs annotato, illum textum eſſe declarandum ex l. vnica. ut ſcilicet talis æſtimatio duplum excedere non poſſit, rei furto ſublatæ, non rectè. Quia nec textus hanc declarationem patitur, & pęna promiſſa potuit eſſe triplo maior.

Tertiò reſpondet idem Rebuffus, dictum textum loqui de pęna certa, & conuenta inter partes, quæ quantacunque ſit, præſtanda eſt, non rectè. Quia pęnæ ſtipulatio interpoſita non fuit inter furem & dominum rei, ſed inter dominum rei, & alium tertium, & nihilominus fur condemnatus in id, quod intereſt ipſius domini, propter eam pęnæ ſtipulationem.

CAPVT L.

Vtrum pœnæ conuentionales duplum excedere poſſint.

IN explicatione eiuſdem l. vnicæ. C. de ſentent. quæ pro eo, quòd intereſt, proferuntur, controuerti ſolet de pęnis conuentionalibus, an poſſint excedere duplum, ad ſimilitudinẽ eius, quod intereſt. Et variæ ſunt diſſidentesque Doctorum ſententiæ.

Prima eſt Accurſij eò loci, vt ſi quidem pęna conuentionalis adijciatur per uerba multiplicatiua (ita enim ipſe loquitur) velut duplum, triplum, quadruplum, &cęt. tunc quadruplum excedere non poſſit, ſicuti nec pęnæ legales, vt in §. omnes. inſtitut. de act. aut adijcitur certa ſumma expreſſa, puta mille, &c. & valet in infinitum. argumento tex. in §. alteri. in inſtit. de inut. ſtip. & in l. ſtipulatio iſta. §. alteri. ff. de verb. oblig.

Secunda eſt ſententia Bartoli, in d. l. vnica, nu. 21. Aut iſta nomina duplum, triplum, &c. referuntur ad certam & taxatam quantitatem, & tunc poteſt aſcendere pęna in quantum contrahentes voluerint, quia eadem eſt ratio, ſicuti quando profertur per nomina ſimplicia. Tantundem enim eſt dicere, ſub pœna mille, quantum ſi dicerem ſub pęna quadrupli, cùm ducenta ſunt promiſſa: Si verò iſta verba referantur ad quantitatem incertam, non poteſt excedere quadruplum: imò forte nec duplũ, argumento d. l. vnicæ.

Tertia eſt ſententia Lud. Romani in conſ. 510. & Menochij de arbitr. iud. caſu 260. Vt ſi quidem pœna adijciatur propter contemptum, tunc arbitrio iudicis ſit definienda; ſi verò loco intereſſe adijciatur, tunc ſi contractus certam contineat quantitatem, duplum excedere non poterit, ſicut nec illud, quod intereſt. Excipiuntur tamen aliqui caſus, vt ibi per Menoch. nu. 33.

Quarta eſt ſententia Alciati in commentariis d. l. vnicæ, cap. 11. Pęnam conuentionalem excedere non poſſe id, quod re vera intereſt: Videtur enim in eius locum ſubrogata, & Imperator Iuſtinianus, in d. l. vnica argumentum ſumit ex pęnarum moderatione, ad moderationem eius, quod intereſt.

Quinta

Quinta eſt ſententia Petri & Imolæ ac aliorum, quoa Rebuffus commemorat in commentarijs d. l. unicæ in gloſ. in ver. proferuntur, pœnam conuentionalem ad inſtar pœnæ legalis, quadruplum excedere non poſſe.

Poſtrema eſt ſententia Innocentij in ca. Sacro. de ſent. excommun. Et Rebuffi loco annotato, num. 33. pœnam conuentionalem, & duplum, & quadruplum excedere poſſe, & quantacunque fuerit in ſtipulationem deducta, præſtandam eſſe, niſi in fraudem vſurarum fuerit promiſſa: iuxta l. Iulianus. §. ibidem Papinianus. ff. de actio. empt.

Confirmatur hæc ſententia ex regulis generalibus, quibus dicitur contractus ex conuentione legem accipere. l. 1. §. ſi conueniat. ff. de pactis. Pacta & promiſſa ſeruanda l. 1. ff. de pactis, cum ſimilibus. Sed iudicio meo melius confirmari poteſt ex l. ſtipulatio iſta. §. alteri ff. de verb. oblig. vbi dicitur, non eſſe inſpiciendum quid interſit, ſed quæ ſit pœnę quantitas in ſtipulationem deducta.

Et hæc ſententia videtur mihi cæteris longè probabilior, ſi modo ita intelligatur, vt ualeat quidem pœnalis ipſa conuentio & ſtipulatio, quantacunque ſit pœna, ſed tamen Iudex moderari ac taxare debeat ipſam pœnam, ne pati, vt immoderata exigatur pœna, ſicuti docet ſummus Pontifex, in capit. ſuam, de pœnis, quo ex reſponſo exemplum ſumi poteſt pœnę & immoderatę & merito damnandæ. Atque hæc ſententia diſertè probatur ex verbis d. l. unicæ. ibi: *Cum ſciamus eſſe naturæ congruum, eas tantummodo pœnas exigi quæ vel cum competenti moderamine proferuntur vel a legibus certo fine concluſæ ſtatuuntur.* Atque ſe vidiſſe obſeruatum a Senatu Pariſienſi teſtatur Rebuffus loco ſuperius annotato, nu. 49.

CAPVT LI.

Vtrum aduerſus rem iudicatam reſtitutio detur propter inſtrumenta nouiter reperta, cum quis ex iuſta & probabili ignorantia, ea non produxerit.

DVæ ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Altera affirmans, altera negans. Affirmantis authores ſunt Innoc. Io. Andr. Bald. & Panor. in cap. vltra tertiam, de teſtib. & alij: quos refert, & ſequitur Sfortia Oddus, de reſtitut. in integrum quæſt. 72. art. 3. Negantis autem Cuman. in l. Imperatores, ff. de re iudic. Fulgoſius in conſil. 181. nec non in l. arbitrio. §. dolo, ff. de dolo malo.

Affirmantis ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum, Reſtitutio in integrum ex iuſta cauſa conceditur, etiam maioribus viginti quinque annis l. 1. ff. ex quibus cauſ. maio. Sed ignorantia eſt cauſa iuſta & probabilis, l. 1. §. ſi quis autem. ff. de itin. actuq; priua. Ergo, &c.

Secundum argumentum eſt ex l. ſi mater, ff. de except. rei iud. in illis verbis: *Si peteret rurſus hæreditatem, obſtaturam exceptionem rei iudicatæ. Neratius ait: Ego exceptionem obeſſe ei rei iudicatæ non dubito, ſed ex cauſa ſuccurrendum erit ei, &c.*

Tertium ſumitur ex l. argentarius. §. vlt. ff. de edendo iuncta l. vlt. ff. de eo per quem factum erit, &c. Dicitur ibi eum, per quem factum erit, ne aliquis ſe in iudicio ſiſtat, condemnandum in id, quod actoris intereſt. Quod ſi ſoluendo non ſit, aduerſus ipſum reſtitutoriam actionem competere. Dicitur autem in d. §. ult. Argentarium qui rationes alicui non edidit, qui propterea ſuccubuit, condemnandum eſſe in id, quod rationes petentis interfuit, rationes editas fuiſſe. Ergo ſi argentarius ſoluendo non ſit, actio reſtitutoria aduerſus ipſum reum competet, argumento d. l. vlt. Conſequenter in integrum actor reſtituetur, ut cauſam ex integro agere poſſit. Vrget hoc argumentum Sfortia Oddus loco annotato.

Negantis autem ſententiæ, Primum argumentum eſt Rerum iudicatarum authoritas eludi non debet. l. ſeruo A inuito, §. cum prætor. ff. ad Treb. ſed ſi reſtitutio in integrum daretur hoc in caſu, eluderetur authoritas rei iudicatæ. Ergo reſtitutio concedenda non eſt.

Alterum argumentum, Is, qui fortuito caſu læditur, in integrum non reſtituitur, etiam ſi minor ſit. l. verum. §. ſi locupleti, ff. de minoribus. Sed is, qui victus eſt in iudicio, propterea quod inſtrumẽta non produxit ex ignorantia, vel alio impedimento, videtur caſu fortuito victus. Ergo reſtituendus in integrum non eſt.

Hæc ſententia negans videtur mihi veriſſima, authoritate l. ſub ſpecie. C. de re iudic. *Sub ſpecie nouorum inſtrumentorum poſtea repertorum* (ait textus) *res iudicatas reſtaurari, exemplo graue eſt.*

Hæc verba ſunt generalia & conſequenter comprehendunt eum caſum etiam, quo quis ignorantiam habuit inſtrumentorum, & ideo illa non exhibuit. Id patet ex illis verbis: *Sub prætextu nouorum inſtrumentorum, poſtea repertorum.* Si noua ſunt inſtrumenta & poſtea re-B perta; ergo illa non erant litigatori nota, ſed poſtea illa inuenit & extare cognouit.

Confirmatur hæc interpretatio, quia ſi de eo tantum intelligatur textus, qui ſcientiam habuit inſtrumentorũ, & ea non exhibuit, cùm poſſet exhibere, certè nulla eſt ratio dubitandi, quin res iudicata inſtaurari nequeat.

Si dicatur argumentum procedere, quo ad ius ipſum ordinarium, ſed quæſtionem loqui de in integrum reſtitutione. Reſpondeo, rationem legis locum habere etiam in integrum reſtitutione, quia ſcilicet exemplo graue eſt res iudicatas inſtaurari.

Quidquod text. in l. Imperatores. ff. de re iudic. loquitur de ipſa reſtitutione, & ſic ait: *Imperatores Verus, & Antoninus reſcripſerunt, quanquam ſub obtentu nouorum inſtrumentorum reſtitui negotia minime oporteat? &c.*

Ad primum argumentum reſpondeo. Maiores in integrum reſtitui, ex iuſta cauſa, quoad per leges, Plebiſcita, Senatuſconſulta, & cap. licet, vt in d. l. 1. ff. ex quibus C cauſ. maior. Sed per leges non licet hoc in caſu, quia ignorantia non eſt iuſtum impedimentum, & iuſta cauſa reſtitutionis maiorum eſt, quando ſunt in vinculis, vel in hoſtium poteſtate, vel cauſa Reipublicæ abſunt, vt in d. l. 1. & toto titulo, non autem cum inſtrumenta & iura ſua ignorarunt.

Ad ſecundum reſpondeo, textum in l. ſi mater, non obſtare, quia loquitur, quando ex vna tantum cauſa quis egit, cum & alia ſubeſſet. Mater ibi bona filij uindicabat ex Senatuſconſulto, tanquam inteſtati defuncti, & quia putabat patrem in teſtamento alium ſubſtituiſſe filio ſuo, dicebat ruptum eſſe teſtamentum patris, & ſic ſubſtitutioni locum non eſſe. Quia vero teſtamentum ruptum non erat, ſuccubuit. Poſtea apparuit nullum in eo teſtamento ſubſtitutum fuiſſe, ait Iuriſconſultus ſuccurrendum eſſe ei, quæ vnam tantum cauſam egit rupti teſtamenti, vt nempe aliam cauſam deducere poſſit, vt ibi. Hæc ſpecies longo diſtat interuallo a quæſtione D noſtra, in qua de reſtauranda lite contra rem iudicatam agitur, ex eadem cauſa propter inſtrumenta nouiter reperta.

Ad tertium reſpondeo. Dato quod reſtitutoria actio competeret aduerſus debitorem in ſpecie l. argentarius. §. ult. tamen id procederet argentario exiſtente non ſoluendo. Item quando argentarius dolo feciſſet, quo minus rationes ederet, ne ſcilicet ex eius dolo debitor lucrum faciat: Et ſic multa concurrunt in ea ſpecie: ſed nos loquimur abſolutè ac ſimpliciter, an ex iuſta ignorantia quis reſtituatur aduerſus rem iudicatam ex inſtrumentis nouiter repertis. Et merito negamus reſtituendum, ut patet ex prędictis.

CA-

CAPVT LII.

Vtrum ſententia retractari poſſit prætextu teſtamenti nouiter reperti.

SEntentiam latam retractari poſſe prætextu teſtamẽti nouiter reperti authores ſunt gloſ. in lege prima, §. ratio. ff. quemadmodum teſtamenta aperiantur. Bald. in lege tertia. §. primo. ff. de tranſactio. Roma. ſing. 198. & alij, quos refert & ſequitur Sfortia Oddus de reſtitutione in integrum, par. 2. quæſt. 73. art. 4.

Argumenta verò ſunt iſta. Primum, ſententia & trãſactio æquiparantur. l. non minorem. C. de tranſactio. Sed tranſactio retractatur prætextu teſtamenti nouiter reperti. l. Imperatores. §. cum tranſactio. l. non eſt ferendus. ff. de tranſactio. ergo & ſententia.

Secundum, de his, quæ pendent ex teſtamento, ſicut tranſigi non poteſt, niſi perſpectis, cognitisq; verbis teſtamenti. l. de his, ff. de tranſactio. ita nec iudicari poteſt. lege 1. §. ratio. ff. quemadmodum teſtamenta aperiantur ait Iuriſconſultus, *ſine iudice tranſigi, neque apud iudicem exquiri veritas de his controuerſijs, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, aliter poteſt, quam inſpectis cognitisq; verbis teſtamenti.* Igitur ſententia non valet. Conſequenter ob teſtamentum nouiter repertum retractari poteſt.

Ternum argumentum eſt ex lege, ſi mater. ff. de exceptione rei iudicatæ. Vbi mater, contra quam fuit iudicatum, admittitur tamen ad petendam hæreditatem ex teſtamento, in quo apparuit nullum fuiſſe datum ſubſtitutum.

Quartum. Iuramentum & ſententia æquiparantur. lege, nam & poſtea §. qui temporali. ff. de iureiurando. Sed iuramentum retractatur propter teſtamẽtum nouiter repertum. l. ult. C. de rebus creditis, ergo & ſententia.

Contrariam ſententiam habuerunt gloſſ. in lege 3. §. ſi legatarius. in verbo, Euicerit. ff. ſi cui plus quam per legem Falcidiam. & Alexand. in l. ſub prætextu inſtrumen. nume. 5. C. de tranſact. & in l. Imperatores, num. 2. ff. de re iudicata.

Quorum illud eſt fundamentum, quod generaliter lege ſit cautum, ſententiam retractari non poſſe prætextu inſtrumentorum nouiter repertorum. l. ſub ſpecie. C. de re iudicata. l. Imperatores. ff. eodem tit. teſtamentum autem eſt inſtrumentum. l. 1. ff. de fide inſtrumentorum.

Ego autem animaduerto, duobus modis potiſſimum accidere poſſe hanc controuerſiam ex teſtamento nouiter reperto. Primum. Si quis petat certam quantitatem teſtamento ſibi relictam, & ſecundùm eum pronunciatum ſit, deinde aliud teſtamentum proferatur, in quo maior quantitas relicta ſit, hoc in caſu agi poteſt ex nouo teſtamento re iudicata non obſtante, quia noua petitio eſt, & nouum iudicium diuerſum a primo. l. 2. ff. de exceptione rei iudicatæ. l. ſi ex teſtamento ff. eodem.

Secundo. Si quis agat ex teſtamento, & ex iudicis ſententia conſequatur legatum, vel hæreditatem, poſtmodum appareat aliud teſtamentum quo illud prius reuocatum ſit, atque in hoc caſu res iudicata retractari non poteſt, ſub prætextu talis teſtamenti nouiter reperti, nam ex tali teſtamento nihil aliud conſtat, quam nil deberi ei, pro quo eſt pronunciatum. Tanta eſt autem rei iudicatæ authoritas, ut reſcindi non poſſit, etiamſi, conſtet, poſtea nil deberi, nec repeti poteſt, quod indebitè ſolutum eſt authoritate rei iudicatæ. l. ſi fideiuſſor. §. in omnibus. ff. mandati l. 1. de condict. indeb.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpõdeo tranſactionem ideo retractari, quoniam tranſigentes de eo tantum cogitaſſe cenſentur, quod in ea ſcriptu-

A ra tabularum, quas tunc nouerunt, continebatur, ut verbis utar Iuriſconſulti in l. non eſt ferendus. ff. de tranſact. quæ ratio non habet locum in ſententia.

Ad ſecundum reſpondeo, nihil aliud ex eo probari, niſi quod iudex ferre ſententiam nequeat de his, quæ pendent ex teſtamento, niſi cognitis verbis teſtamenti. Quod ſi teſtamentum viderit, & ſuper eo pronunciauerit, non debet res iudicata retractari, quamuis aliud teſtamentum poſtea repertum fuerit.

Ad tertium reſpondeo. l. ſi mater loqui, cùm quis egit ex una cauſa, deinde vult agere ex alia, licet ex eodem facto hoc in caſu ſuccurritur ei, vt agere poſſit. Ideoque mater, quæ cauſam tantum rupti teſtamenti intentauerat, ex teſtamento agere poteſt, quod ruptum non eſſe pronunciatum eſt, quia nullus ei datus fuit ſubſtitutus, ſicuti mater ipſa putauit, ob quam cauſam & teſtamentum ruptum eſſe dicebat. Nos autem loquimur, cum res iudicata directè impugnatur ex teſtamento no-
B uiter reperto.

Ad quartum reſpondeo. Iuramentum retractari per teſtamentum nouiter repertum, quia iuramentum eſt ſpecies trãſactionis, l. 2. ff. de iureiurand. & tranſactio retractatur, ut dictum eſt, ex teſtamento nouiter reperto, l. non eſt ferendus, ff. de tranſact.

CAPVT LIII.

Vtrum Eccleſia aduerſus rem iudicatam audienda ſit, propter inſtrumenta de nouo reperta?

COntrouerſia eſt in eadem materia utrum Eccleſia reſtituenda ſit in integrum aduerſus rem iudicatam, propter inſtrumenta nouiter reperta. Nam ſunt qui affirmant, ſunt qui negant, ſunt qui ex iuſta cauſa reſtituendam putent, cùm videlicet apparet eam vſam
C eſſe omni diligentia, vt inſtrumenta inueniret, nec inuenire potuiſſe. Vide Iaſonem in l. Imperatores ff. de re iudicata, nu. 8. & Sfortiam Oddum de reſtitutione in integrum parte ſecunda q. 85. art. 2.

Ego puto ex cauſa reſtituendam. Moueor authoritate d. l. Imperatores ff. de re iudicata, vbi dicitur in negotio publico ex cauſa permitti, vt quis aduerſus rem iudicatam nouis inſtrumentis vtatur. Si in cauſa, & negotio publico id eſt permiſſum, ergo & in negotio Eccleſiæ permittendum erit: videtur enim publicum, arg. cap. ius publicum, diſtinctione 1. imo Eccleſia & ciuitas æquiparantur, vt ſolet notari in l. fi. C. de ſacroſanctis Eccleſ.

Secundo moueor: quia Eccleſia vtitur iure minoris cap. 1. de reſtit. in integrum, ſed minor reſtituendus eſt, ergo & Eccleſia. Minorem eſſe reſtituendum probo ex l. minor. 38. ff. de minoribus, vbi Iuriſconſultus ait, minorem in integrum reſtitui propter allegationem omiſſam, ergo multò magis propter inſtrumẽta nõ exhibita.
D Contrariæ ſententiæ fundamentum eſt in c. ſuborta, de ſentent. & re iud. in illis verbis: *Si vero non fuerit coram eo exhibitum prætextu priuilegij de nouo reperti, non debet ſententia retractari.*

Reſpondeo, illum textum non obſtare, quia & nos dicimus regulariter. Eccleſiam retractare non poſſe rem iudicatam propter inſtrumenta nouiter reperta, ſed non propterea efficitur, quin ex cauſa reſtituenda ſit in integrum, & audienda contra rem iudicatam, ſicuti in cauſa, & negotio publico conſtitutum eſt, vt in d. l. Imperatores. ff. de re iud.

CA-

CAPVT LIV.

Cùm malæ fidei poſſeſſor ſumptus neceſſarios repetere poſſit in rem factos, cur in ſpecie l. 1. C. de infantibus expoſitis, non liceat furi alimenta repetere?

MAlæ fidei poſſeſſorem ſumptus neceſſarios in rem factos repetere poſſe, docet tex. in l. domũ. C. de rei vend. Cæterùm cur in ſpecie. l. 1. C. de infantibus expoſitis, non idem ſit conſtitutum, non eſt eadem omnium ſententia. Verba textus hæc ſunt. *Si inuito vel ignorante te partus ancillæ, vel adſcriptitiæ tuæ expoſitus ſit, repetere eum non prohiberis, ſed reſtitutio eius, ſi non à fure vindicaueris, ita fiet, vt ſi qua in alendo, vel fortè ad diſcendum artificium iuſte conſumpta fuerint, reſtituas.* His verbis patet furem tales ſumptus repetere non poſſe. Sumptus autem in alendo neceſſarij eſſe dicuntur.

Prima eſt ſententia Accurſij, aliud eſſe conſtitutum in malæ fidei poſſeſſore, aliud in fure. Non rectè. quia etiam prædo ſumptus neceſſarios repetit. l. planè. ff. de petitione hæreditatis.

Secunda eſt ſententia Petri, Cyni & Caſtrenſis, idcirco in ſpecie d. l. 1. repeti non poſſe alimenta, quod videantur à fure donata. Non rectè, quoniam veriſimile non eſt eum donare velle, qui aliena ſurripuit. l. ſui quæſtionis, & l. ſi extraneus. ff. de acquir. hæred.

Tertia eſt ſententia Iacobi Menochij de recuperan. poſſeſſ. remed. 14. nu. 515. Aliud eſſe ſtatutum in malæ fidei poſſeſſore alicuius rei immobilis, aliud in fure: ratio eſt, quia fur condemnatur ad quadruplum rei ſubtractæ, meritò ſumptus tales repetere non poteſt. Sed cur prædo repetere poſſit, & non fur?

Quarta eſt ſententia Franciſci Sarmienti libro 5. ſelectar. interp. c. 10. Tunc demum repeti poſſe ſumptus neceſſarios à malæ fidei poſſeſſore, quando propter huiuſmodi ſumptus res efficitur pretioſior, vt in d. l. planè in fi. ff. de petitione hæred. At in caſu d. l. 1. nõ propter ſumptus factus fuit ſeruus pretioſior, quia ad pubertatem illum natura perduxit & ætas. Non rectè. quia, vt viueret ſeruus, neceſſaria fuerunt alimenta, ſine quibus ad pubertatem minimè perueniſſet. Facit tex. in l. patrem. C. de nuptijs, ibi. *Hanc adultam ſumptibus, & labore tuo factam, &c.*

Poſtrema eſt ſententia Antonij Fabri lib. 2. cõiectur. iur. cap. 1. impenſas neceſſarias repeti poſſe, ſi tolli poſſint ſine rei detrimento, ſecus ſi tolli non poſſint, vt in caſu d. l. 1. non rectè. Quia neceſſariæ impenſæ ſimpliciter repetuntur, vtiles verò ſi tolli poſſint, vt in d. l. domum. C. de rei vend.

Ipſe opinor cauſam huius rei colligi poſſe ex reſponſo Iuriſconſulti, in l. inficiando. §. infans. ff. de furtis, vbi ſic ait. *Infans apud furem adoleuit, tàm adoleſcentis furtum fecit ille, quàm infantis, ideoq; dupli tenetur, tanti, quanti vnquam apud eum plurimi fuit;* Et paulo poſt: *Et non dubitauerim*, inquit, *quin adoleſcentis potius, quam infantis æſtimationem fieri oporteat, & quid tàm ridiculum eſt, quàm meliorem furis conditionem eſſe pro continuatione furti exiſtimare?* Idem docet tex. in l. ex argento. ff. de condict. furtiua in illis verbis: *Quemadmodum ſi infans ſubreptus adoleuerit, æſtimatio ſit adoleſcentis, quamuis ſumptibus furis creuerit.*

Ex his legibus talem ego colligo rationem. Non poteſt aliquis actionem ex ea cauſa conſequi, ob quam ille alteri obligatur, l. ſiue hæreditaria. ff. de negotijs geſtis. Sed fur qui ſumptus fecit, ex quibus infans creuit, & adultus factus eſt, obligatur eà ob cauſam, quia dicitur furtum adoleſcentis facere, & tenetur ad ſoluendã æſtimationem adoleſcentis, ergo non poteſt ſumptus repetere

A alimentorum, propter quos adoleſcens factus eſt. Nam ſi repeteret hos ſumptus, non videretur ipſe condemnatus, quanti plurimi ſeruus apud eum fuiſſet, & ſic ad æſtimationem adoleſcentis. Ratio eſt, quia de tali condemnatione deduceret ſumptus alimentorum. Atque hæc eſt mea, de perdifficili hac controuerſia, ſententia.

CAPVT LV.

De malæ fidei poſſeſſore, an & quomodo vtiles impenſas auferre poſſit, ad interpretationem l. adeò. §. ex diuerſo. ff. de acquirendo rerum dominio. & l. vtiles. ff. de petitione hæredit. & l. 2. C. de rei vendic.

IVriſconſultus Caius in l. adeò. §. ex diuerſo. ff. de acquir. rer. dom. ſcribit in hæc verba. *Ex diuerſo, ſi quis*
B *in alieno ſolo ſua materia ædificauerit, illius fit ædificium, cuius & ſolum eſt: & ſi ſcit alienum ſolum eſſe, ſua voluntate amiſiſſe proprietatem materiæ intelligitur, itaque nec diruto quidem ædificio, vendicatio eius materiæ competit.* Huic ſententiæ repugnare videtur Iuriſconſultus idem, in l. vtiles. ff. de petitione hæredit. in illis verbis: *Nam prædoni probè dicetur non debuiſſe in alienam rem ſupernacuas impenſas facere, vt tamen poteſtas ei fieret tollendorum eorum, quæ ſine detrimento ipſius rei tolli poſſint.* Sed magis apertè repugnare videtur Imperator in l. 2. C. de rei vendic. ſic dicens; *Id quod in ſolo tuo ædificatum eſt, quoad in eadem cauſa manet, iure ad te pertinet; ſi verò fuerit diſſolutum, eius materia ad priſtinum dominum redit, ſiue bona fide, ſiue mala ædificium extructum ſit, ſi non donandi animo ædificia alieno ſolo impoſita ſint.*

Prima eſt ſententia Accurſij in §. ex diuerſo, in inſt. de rer. diuiſ. & Bart. in l. in fundo. num. 12. ff. de rei vendic. aliud eſſe iuris in petitione hæreditatis, aliud in rei ven-
C dic. Quare tex. in d. l. vtiles, de petitione hæreditatis loqui, ac intelligendum eſſe textum verò in d. §. ex diuerſo, de rei vendic. Sed nec rationem affert diuerſitatis, & nihil reſpondet ad d. l. 2. de rei vendic.

Secunda eſt ſolutio aliorum interpretum, quam probat Eguinarius Baro in comment. ad d. §. ex diuerſo. In inſt. de rer. diuiſ. Iuriſconſultum loqui, cùm quis ex propria materia in alieno ſolo ædificat, tunc animo donandi ædificare videtur; diuerſum eſt cùm quis ex aliena materia ædificat, quia diſſoluto ædificio, materiæ dominus eam vendicare poteſt. Ita loquitur Imperator, ac intelligendus eſt in d. l. 2. C. de rei vendicatione.

Non placet hæc ſententia, quia nullum verbum eſt in d. l. 2. quo ſignificetur Imperatorem loqui, cùm quis ædificat ex aliena materia. Et illa verba. *Si non donandi animo, &c.* magis propriè conueniunt ei, qui dominus ſit materiæ.

Tertia eſt ſententia eiuſdem Eguinarij, malæ fidei
D poſſeſſorem cenſeri animo donandi ædificaſſe in alieno ſolo, & ideo materiam vendicare non poſſe, vt in d. §. ex diuerſo. Probare tamẽ poteſt, ſe non animo donandi impendiſſe, & tũc materiam vendicare poteſt. Ita accipiendum eſt quod dicit Imperator in d. l. 2.

Sed huic interpretationi repugnat ipſa l. 2. vbi regula hæc conſtituitur. Malæ fidei poſſeſſorem materiam vendicare poſſe, niſi probetur, animo donandi impoſuiſſe.

Quarta eſt ſententia Frãciſci Sarmienti lib. 1. ſelectar. interpretation. cap. 10. leges, quæ malæ fidei poſſeſſorem vtiles ſumptus repetere poſſe ſtatuunt, ſi abſque detrimento auferri poſſint, locum habere, quando malæ fidei poſſeſſor ipſam rem detinet, in quam ſumptus fecit, vt in l. domum. C. de rei vendic. & in l. vtiles. ff. de petitio. hæredit. ſecus ſi rem non detineat, vt in legibus contrarijs.

Sed repugnat huic ſententiæ tex. in §. certè. in inſtit. de rer. diuiſ. *Certè*, inquit Imperator, *illud conſtat, ſi in*

poſſeſſione

poſſeſſione conſtituto ædificatore, ſoli dominus petat domum ſuam, nec ſoluat precium materiæ, & mercedem fabrorum, poſſe eum per exceptionem doli mali repelli, vtique ſi bona fidei poſſeſſor fuerit, qui ædificauerit. Nam ſcienti alienum ſolum eſſe, poteſt obijci culpa, quòd ædificauerit temerè in eo ſolo, quod intelligebat alienum eſſe. A

Quinta eſt ſententia Myſingeri in comment. ad d. §. ex diuerſo, de rer. diuiſ. quod habetur in d. l. 2. accipiendum eſſe de ædificio extructo à colono vel inquilino, vel emphyteuta, & idcirco eos vendicare poſſe materiam ædificio diſſoluto, quia ius ædificandi habuiſſe videntur. Cæterùm alijs malæ fidei poſſeſſoribus hæc actio non competit, quia ceſſat ratio prædicta, & ita ſunt accipiendæ leges contrariæ.

Sed primò nullum verbum eſt in d. l. 2. quod ſuadeat eam interpretationem, & Imperator loquitur, ſiue bona fide, ſiue mala fide ædificium extructum ſit.

Sexta eſt ſententia Iacobi Cuiacij in poſterioribus notis in inſtitutiones, in §. ex diuerſo & lib. 10. Obſeru. c. 1. B Malæ fidei poſſeſſorem iure quidem vendicare non poſſe materiam ædificij ſeparatam, vt in d. §. ex diuerſo. Benignius tamen eſſe, vt eam vendicare poſſit, ne petitor cum eius iactura locupletetur. argumento l. planè. ff. de petitio. hæredit. & l. Iulianus. ff. de rei vendic. ſi ſciente domino ædificauerit. argumento l. pure. §. ſi donaui. ff. de doli mali except.

Huic ſententiæ oppono tex. in l. ſumptus. 48. ff. de rei vendic. vbi Papinianus ſcribit, ſumptus in prædium alienum factos, peti quidem non poſſe, ſed exceptione doli oppoſita, per officium iudicis æquitatis ratione ſeruari, ſi à bonæ fidei poſſeſſore facti ſint, ergo ſi à malæ fidei poſſeſſore facti ſint, æquitatis ratione ſeruari non debent. Vtitur hoc argumento Anto. Faber. lib. 2. Coniectur. iuris cap. 1.

Ego ſic ſtatuo. Malæ fidei poſſeſſorem vtiles impenſas deducere poſſe, ſi abſque rei detrimento deduci poſſint, vt in l. domum. C. de rei vend. in l. vtiles. ff. de petitione hæredit. & alibi. C Non obſtat tex. in §. ex diuerſo, quia loquitur de ædificante in alieno ſolo. Is enim vendicare materiam non poteſt, quia voluntate eius intelligitur eſſe alienata, ſiue donata ei, qui dñs eſt ſoli, vt ibi dicit Imperator & Iuriſconſultus in d. l. adeo. §. ex diuerſo. Non obſtat tex. in l. 2. C. de rei vend. vbi contrarium dicitur, nempe materiam vendicari poſſe, quia loquitur, cum aliquis in alieno ſolo ædificat ſciente & patiente domino, talis enim ſcientia & patientia hoc operatur, vt materia vendicari poſſit, & in hoc Cuiacij ſententiam probo, argumento d. l. pure. §. ſi donaui. ff. de doli mali, & metus except. ibi: *Dolo enim feci, quia paſſus ſum eum ædificare, & non reddo impenſas.* Quòd d. l. 2. hoc in caſu loquatur, probo. Nam ita dicit: *Si inferiorem partem ædificij, quæ ſolum contingit, ad te pertinere probare potes, eam, quam vicinus tuus impoſuit, acceſſiſſe dominio tuo, non ambigitur.* Hic Imperator loquitur de eo, qui in ſuperiori D parte domus habitabat, & ſimul dominus erat partis inferioris; quamobrem præſumitur non ignoraſſe ædificium fieri in parte inferiori, meritò Imperator poſtea conſiderata facti ſpecie, et circunſtantijs omnibus, declarat diſſoluto ędificio, materiam vendicari poſſe, niſi animo donandi fuerit impoſita. De qua quidem ſpecie non loquitur textus in d. §. ex diuerſo, ſiue Imperatoris, ſiue Iuriſconſulti. Atque hæc mea eſt, de hoc perquam difficili nodo ſententia.

CAPVT LVI.

Vtrum hæres in bona fide exiſtens, condemnandus ſit ad reſtitutionem fructuum, quando defunctus rem poſſedit mala fide.

SI quis mala fide rem poſſideat, & hærede relicto, qui ſit in bona fide, moriatur, in controuerſiam reuocatur, vtrum fructus reſtituere teneatur, an verò eos ſuos faciat, tanquam bonæ fidei poſſeſſor, & quidem ad reſtituendos fructus teneri Bart. exiſtimauit, in l. ex diuerſo. nume. 12. ff. de rei vendic. & multi alij, quos refert & ſequitur Menoch. de recuper. poſſeſſ. remed. 15. nume. 617. Fundamentum eſt in l. 2. C. de fructib. & litium expenſis. vbi poſtquam Imperator dixit: malæ fidei poſſeſſorem teneri ad reſtituendos fructus, ſtatim de hærede eius verba faciens, ſubdit; *Hæredis quoque ſuccedentis in vitium* (ſcilicet defuncti) *par habenda fortuna eſt.*

Contrariam ſententiam amplexus eſt Ioannes Copus in tract. de fructib. lib. 2. tit. 4. cap. 3. Fundamentum ponit in l. bonæ fidei. ff. de acquir. rer. dom. & in alijs legibus, quibus dicitur, bonæ fidei poſſeſſores fructus ſuos facere. Quòd autem dicitur (inquit Copus) hæredem in vitia defuncti ſuccedere, hoc non ad factum, ſed ad ius, hoc eſt, ad vſucapionem pertinet, quæ ob vitium defuncti nulla eſſe poteſt.

Ad l. 2. C. de fructib. & litium expenſis, reſpondet eã eſſe intelligendam de hærede, qui in ipſius defuncti malam fidem ſuccedit, quod ex eo patet, inquit, quia textus loquitur de eo hærede, qui lite conteſtata aduerſus defunctum malæ fidei poſſeſſorem, non poterit ignorare rem alienam eſſe.

Mihi probabilior videtur prior ſententia, quæ & communior eſt, quam confirmo ex l. vitia. C. de acquiren. & retin. poſſeſſ. *Vitia poſſeſſionum*, inquit, *à maioribus contracta perdurant, & ſucceſſorem auctoris ſui culpa comitantur.*

Ad argumenta Copi ſic reſpondeo. Concedo bonæ fidei poſſeſſorem fructus ſuos facere, ſed caſum hunc excipio, cùm videlicet defunctus in mala fide fuit, quia ipſius vitium & culpa ſucceſſorem comitatur.

Quod verò Copus dicit, hoc non ad factum, id eſt, ad fructuum perceptionem, ſed ad ius, id eſt, ad vſucapionem pertinere, nec aliqua lege probat, aut ratione, & contrarium euincit textus in d. l. 2. vbi agitur de fructibus reſtituendis à malæ fidei poſſeſſore, cuius hæres fortunam ſequitur, vtpote in vitium ſuccedens defuncti, vt ait ibi Imperator. Nec probabilis eſt illa interpretatio, quam affert Copus: Imperatorem loqui de hærede, qui litem motam non ignorauerit, & ſic in mala fide fuerit, quia ſi in mala fide hæres exiſtat, hæc ipſa mala fides, non autem ſucceſſio in vitium defuncti fructuum acquiſitionem impediret. Imperator autem eo loci perpendit, non propriam ipſius hæredis ſcientiam & malam fidem, ſed vnum illud, quòd ſcilicet in vitium defuncti ſucceſſerit, qui fuit in mala fide.

CAPVT LVII.

Vtrum bonæ fidei poſſeſſor lucretur, tàm fructus naturales, quàm induſtriales.

INgens eſt diſſenſio inter doctores, vtrum bonæ fidei poſſeſſor omnes fructus lucretur, tàm naturales, quàm induſtriales. Etenim Accurſius in l. ex diuerſo. ff. de rei vend. negat, bonæ fidei poſſeſſorem fructus induſtriales lucrari: Sed duntaxat naturales ſuos facere opinatur. Eius autem fundamentum eſt in l. fructus. ff. de vſuris. vbi Pomponius ita dicit. *Fructus percipiendo vxor,*

vxor, vel vir ex re ſibi donata ſuos facit, illos tantum, quos ſuis operis acquiſierit, veluti ſerendo. Nam ſi pomum deſcerpſerit, vel ex ſylua ceciderit, non fit eius, ſicut nec cuiuslibet bonæ fidei poſſeſſoris, quia nō ex facto eius is fructus naſcitur. Idem docet Duaren. in comment. ad tit. de vſur. & fruct. tit. qui fructus in reſtitutionem veniant.

Confirmatur hæc ſententia ex §. ſi quis à non domino, Inſtit. de rerū diuiſione, vbi Imperator dicit, bonę fidei poſſeſſorem fructus lucrari pro cultura & cura, conſequenter fructus naturales non lucratur, quia nullam ij requirunt curam, vel culturam.

Secunda eſt ſententia Bar. in d. l. ex diuerſo. Is diſtinguit inter poſſeſſorē bonæ fidei, qui & titulum habet, & eū poſſeſſorē, qui non hēt titulum. Si titulū habeat bonæ fidei poſſeſſor, exiſtimat Bar. eum oēs fructus lucrari, authoritate Pauli Iuriſconſulti in l. bonæ fidei. ff. de acquir. rer. dom. *Bonæ fidei emptor*, inquit, *nō dubie percipiendo fructus, etiam ex aliena re, ſuos interim facit, non tātum eos, qui diligentia & opera eius peruenerunt, ſed ē omnes.* Si verò titulum non habeat, exiſtimat eū lucrari fructus dūtaxat naturales, authoritate Pōponij, in d. l. fructus. ff. de vſur.

Tertia eſt opinio Iacobi Menochij, de recuper. poſſ. remed. 15. nu. 580. Bonæ fidei poſſeſſorem oēs fructus lucrari, ſiue naturales, ſiue induſtriales, non tamen abſolutè, ſed ad tempus, hoc eſt, interim, donec res fuerit euicta, ſi enim res euicta fuerit, eos reſtituere tenetur. Mouetur vir præſtantiſſimus authoritate tex. in d. l. bonę fidei, quatenus ibi I. C. dicit, bonæ fidei poſſeſſorē interim fructus ſuos facere, quod quidē confirmari pōt, ex l. qui ſcit, §. vlt. ff. de vſuris. vbi Iulianus ita dicit. *Bonæ fidei emptor, quo ad percipiendos fructus intelligi debet, quandiu euictus fundus non fuerit.* Idē docet Cuiacius, in notis ad inſtitutiones §. ſi quis à non dño, in verbo. pro cultura.

Quarta & poſtrema & ſententia, quæ mihi cæteris probabilior videtur. Bonę fidei poſſeſſorem omnes fructus conſumptos lucrari, & ſuos facere, tam naturales, quàm induſtriales. Ita docet Arrius Pinell. ad l. 2. C. de reſcin. vend. par. 2. c. 4. nu. 59. Ant. Faber lib. 4. coniectu. iur. c. 17. nouiſſimè Harmannus Vulteus lib. vnico Scholaſticarum diſceptationum cap. vlt.

Probatur hæc ſententia primùm ex d. l. bonæ fidei, ff. de acquir. rer. dom. vbi Iuriſconſultus ita diſertè docet. ſic dicens: *Bonæ fidei poſſeſſor, &c.* Secundò, ex l. certum, C. de rei vendic. dum ibi Imperator nulla diſtinctione adhibita declarat, bonæ fidei poſſeſſorem eſſe condemnandum ad reſtituendū fructus extantes. Videtur enim ſignificare, ſecus eſſe ſtatuendū de fructibus cōſumptis.

Tertiò ex l. in pecudum 28. ff. de vſuris. vbi Caius docet, fructus pecudum ſicuti lac, pilum, lanam & fœtum, ſtatim pleno iure fieri bonę fidei poſſeſſoris, & tamen conſtat hos eſſe fructus naturales.

Quartò ex l. qui ſcit, §. vlt. ff. eodem titu. in illis verbis. *Porro bonæ fidei poſſeſſor in percipiendis fructibus, id iuris habet, quod dominus prædiorum tributum eſt.*

Poſtremò ex l. 4. §. lana, ff. de vſucapio. vbi dicitur, lanam ouium furtiuarum, ſi apud bonæ fidei poſſeſſorem detonſa eſt, ſtatim eius fieri, quoniam in fructu eſt. Idéq; de agnis dicendum eſſe, ſi conſumpti ſint.

Ad tex. in l. fructus, ff de vſuris, prætermiſſis aliorum reſponſionibus ac interpretationibus, illa magis probatur quàm Arri. Pinel. attulit. Illa verba text. *Sicut, nec cuiuslibet bonæ fidei poſſeſſoris*, hunc ſenſum non habere, quaſi nullus bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales ſuos faciat; id enim repugnaret alijs legibus, ſed ſenſum eſſe, nō quemlibet bonæ fidei poſſeſſorem tales fructus ſuos facere. Itaque licet bonæ fidei poſſeſſor regulariter tales fructus ſuos faciat, non tamen id iuris habet omnis bonæ fidei poſſeſſor, veluti ſi poſſeſſor talis ſit, qualis in ſpecie, de qua ille textus loquitur, videlicet, vir & vxor rem donatam poſſidentes. Similis caſus eſt in bona fidei poſſeſſore obligato ad fructuum reſtitutionem, licet bona fide perceptorum in l. indebiti. 15. ff. de condictio. indeb.

Ad tex. in §. ſi quis à non domino, in Inſtit. de rerum diui. reſpondeo, non rectè ſumi argumentum à cōtrario ſenſu, quia licet bonæ fidei poſſeſſor pro cultura, & cura induſtriales fructus nūcupatos ſuos faciat, nihilominus tamen lucratur etiam fructus naturales, quia loco domini habetur. Illud verbum *interim*, quod eſt in d. l. in bonæ fidei. in principio, ego ſic interpretor, ut ſignificet quidem, *interim*, antequam res euincatur, bonæ fidei poſſeſſorem fructus ſuos facere, ſed tamen etſi res euicta fuerit, non eos reſtituere tenetur, niſi extent, ut in l. certum. C. de rei vend. Itaque interim ſuos facit, donec rem poſſidet, re autem euicta ſi extent, eos reſtituere tenetur domino rei, nec amplius eos percipiendi facultatem habet.

Poſt hæc ſcripta legi commentaria Don. de iure ciuili lib. 4. cap. 24. 25. & animaduerti, eum in noua quadam opinione eſſe. Imprimis exiſtimat bonæ fidei poſſeſſorem omnes fructus, tàm qui natura, quàm qui opera hominis proueniunt, conſumptos lucrari; quod noſtræ ſententiæ cohęret.

Deinde docet, bonæ fidei poſſeſſorem fructus induſtriales ſtatim lucrari, & ſuos facere, ita vt eos etiam extantes reſtituere non teneatur, ſed naturales extantes reſtituere teneatur. Et hanc dicit eſſe ſententiam Iuriſc. in l. fructus, ff. de vſuris.

Ad l. bonæ fidei, ff. de acqui. rer. dom. reſpondet; illud verbum, *omnis*, id eſt, omnes, qui diligentia & opera bonæ fidei poſſeſſoris non peruenerunt.

Et ad l. certum, C. de rei vendic. reſpondet, illud verbum, *extantes*, idem ſignificare, quod pendentes; Non autem eſſe referendum ad fructus perceptos, & non conſumptos, multiſque argumentis probat induſtriales etiam non conſumptos, reſtituendos non eſſe, & ex eo, quod Iuſtin. dicit in §. ſi quis à non domino, in Inſtit. de rerum diuiſ. bonæ fidei poſſeſſorem fructus cōſumptos lucrari, non rectè colligi opinatur, fructus induſtriales perceptos, & nondum conſumptos eum non lucrari, ſed illa collectio valere poteſt, quoad fructus, qui natura proueniunt: eos enim non lucratur bonæ fidei poſſeſſor, niſi conſumpſerit.

Sed etſi hæc ſpecioſa uideantur, parum tamen probabilia ſunt. Inprimis quod ad l. fructus, ff. de vſuris, attinet, non ibi fit mentio fructuum conſumptorum, vel non conſumptorum, ſed textus dicit: fructus induſtriales acquiri poſſeſſori, non autem naturales; cuius contrarium docet textus in l. bonæ fidei. ff. de acquiren. rer. dominio.

Secundò dicit Don. illud verbum *Omnes* in dicta l. bonæ fidei, referendum eſſe ad omnes fructus, qui induſtria quidem percipiuntur, ſed non induſtria bonæ fidei poſſeſſoris. Contrà, nam textus dicit: Bonæ fidei poſſeſſor fructus percipiendos ſuos facit, non tantum eos, qui diligentia & opera eius peruenerunt, ſed etiam omnes, illud verbum *omnes*, nullos excludit: & ſic non excludit fructus, qui à natura proueniunt abſque poſſeſſoris induſtria. Quæ probabilior eſt expoſitio.

Tertio vult Don. illud verbum, *Extantes*, quod eſt in l. certum. C. de rei vēdicatione, idem ſignificare, quod pendentes: ſed non uidetur hoc probabile, quia textus dicit, bonæ fidei poſſeſſorem omnes fructus extantes ſolere cum ipſa re præſtare. Quod ſi fructus ſint pendentes, & nondum illos habeat poſſeſſor, non uideo, quo pacto illos præſtare poſſit.

Denique non probabile Iuſtin. in §. ſi quis à non domino, in Inſtit. de rer. diuiſio. dum ait, fructus conſumptos peti non poſſe, locutum eſſe de naturalibus fructibus tantum, cum ſupra dixerit, bonę fidei poſſeſſorem eos lucrari pro cultura & cura, & ſic de induſtrialibus locutus fuerit. Aut ex illis verbis argumentum ſumi à contrario ſenſu, reſpectu fructuum naturaliū duntaxat non conſumptorum, ut ſcilicet peti poſſint, cum de naturalibus ibi ſermo non ſit.

D Quid?

Quid? quod fructus extantes opponũtur fructibus cō- A ſumptis in l. malę fidei. C. de condict. ex lege. ibi. *de extãtibus fructibus rei vindicatio, &c. de conſumptis verò, &c.*

Videat ergo Dollenus, quo pacto cōſiſtat ea interpretatio, quæ extantes fructus pro pendentibus accipiendos docet.

CAPVT LVIII.

Vtrum bonæ fidei poſſeſſor conueniri poſſit ad reſtitutionem fructuum conſumptorum, ſiue eorum æſtimationem, ſi factus ſit ex eis locupletior.

IN iudicijs vniuerſalibus, quin bonæ fidei poſſeſſor ex fructibus conſumptis locupletior effectus, eorum cauſa cōueniri poſſit, nulla eſt prorſus dubitatio, quia conueniri poſſe decidit tex. in l. 1. C. de petitione hę- B reditatis, & in l. item veniunt. §. eos autem. ff. eod. tit.

Cęterùm in iudicijs particularibus, vt puta in rei vendicatione, & ſimilibus, vtrum idem ſit dicendum, nō eſt eadem omnium ſententia. Affirmant Bart. in l. ex diuerſo, nu. 7. ff. de rei vendic. & multi alij, quos refert, & ſequitur Couar. reſol. lib. 1. cap. 3. verſ. tertia concluſio, & Menoch. de recuper. poſſeſſ. remed. 15. nu. 598.

Cęterùm negant multi alij, quos cōmemorant Couarruuias & Menochius, & pręter eos Pinellus ad l. 2. C. de reſcin. vend. par. 2. cap. 4. nu. 74. & num. 60. vbi dicit, hanc ſententiam forenſi vſu receptam eſſe, & Anto. Faber. lib. 4. coniectur. cap. 17. non procul à fine.

Prioris ſententiæ argumenta ſunt tria. Primum. In petitione hęreditatis conſtitutum eſt, vt bonę fidei poſſeſſor teneatur, ergo id multò magis ſtatuendum eſt in rei vendicatione, quia dominus rem vendicans, plus iuris habet, quàm hæres, qui aliquando hæreditatem petit, neque rerum hęreditariarum dominium habet, quia for- C tè defunctus dominus non erat.

Secundum argumentū eſt ex æquitate. l. ſi & me & Titium ff. ſi certum petatur. Aequū eſſe quod ex re mea ad te peruenit, mihi reſtitui. Item ex ęquitate, quę dictat neminem locupletari debere cum aliena iactura.

Tertium argumentum ſumitur ex l. itē ſi verberatū. §. 1. ff. de rei vendic. vbi dicitur, ſi poſſeſſor fructus perceptos diſtraxit, ne corrūperentur, precium præſtiturū.

Poſterioris autem ſententię fundamentum eſt in illis legibus, quibus dicitur, bonę fidei poſſeſſorem fructus conſumptos lucrari, & ſuos facere, vt in §. ſi quis à non domino, in Inſtit. de rerum diuiſione. in §. etſi hæreditas, in Inſtit. de officio iudicis. l. 4. ff. finium regund. l. quęſitum 40. ff. de acquir. rer. dom. & alibi.

Et hæc ſententia videtur mihi veriſſima, quia ſi bonæ fidei poſſeſſor teneretur fructus conſumptos reſtituere, eo in caſu, quo factus eſſet locupletior, ſequeretur leges, quibus dicitur eum fructus conſumptos lucrari, tunc de- D mum procedere, cùm bonæ fidei poſſeſſor fructus inutiliter conſumpſiſſet, quod ſanè abſurdum eſſet, quia nemo præſumitur iactare ſuum. Ideoq; non ita leges accipiendæ ſunt, vt eum caſum comprehendant, qui non ita frequenter euenire ſolitus eſt.

Ad primū argumentū contrariæ ſententię reſpōdeo, in petitione hęreditatis ita conſtitutū eſſe, tùm quia fructus pęrcepti hęreditatem augent. l. item veniunt. §. itē non ſolū, verb. fructus. ff. de petitione hæreditatis. Tū quia Senatuſconſulto ita in vniuerſum eſt conſtitutū, vt qui ex iuſta cauſa exiſtimauit hæreditatem ad ſe pertinere, non teneatur, niſi quatenus ex ea factus eſt locupletior, l. item veniunt, §. præter hæc, ver. Eos autem ff. eod. tit. Eæ autem rationes locum non habent in rei vendicatione, & cæteris particularibus iudicijs.

Ad ſecundum reſpondeo: æquitatem, de qua in d. l. ſi & me, & Titium, ad rem hanc non pertinere, nihil enim aliud docet illa lex, niſi æquum eſſe, ut pecunia mea, quę ad te peruenit, mihi a te reſtituatur. Nos autem loquimur de fructibus, quos ut bonę fidei poſſeſſor lucretur pro cultura & cura, & alias ob cauſas, ęquum eſt. Iuſtaq. eſt hęc cauſa, vt poſſeſſor locupletetur cum aliena iactura, quia bonam fidem habet, & loco domini plenè eſt, l. qui ſcit. ff. de vſuris, cum alijs ſimilibus.

Ad tertium reſpondeo, illam legem loqui de poſſeſſore, qui rem & fructus pendente, iudicio diſtraxit, vt patet ex l. officium, ff. eo. tit. & ea ratione confirmatur, quod ſi bona fide poſſeſſor rem diſtraxerit ante litem inceptam, conueniri rei vendicatione nō poſſit, cum nec poſſideat, nec dolo deſierit poſſidere.

CAPVT LIX.

Vtrum, ſi poſſeſſor ab initio ſit bonæ fidei, deinde incipiat eſſe malæ fidei, fructus ſuos faciat ad interpretationem l. bonæ fidei §. in contrarium, ff. de acquir. rer. dom. & l. qui ſcit, §. ult. ff. de vſuris.

DVo ſunt iuris loca, quæ inuicem pugnare videntur. Primus eſt in l. bonæ fidei. §. in contrarium, ff. de acquir. rer. dom. Secundus eſt in l. qui ſcit, §. vlt. ff. de vſuris. Ait Paulus in dicto §. in contrarium. *In contrarium quæritur, ſi eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis eſſe, deinde cognouero alienam eſſe, quia perſeuerat, per longum tempus vſus capio an ante fructus meos faciam. Puto verendum, ne non ſit bonæ fidei poſſeſſor, quamuis capiat. Hoc enim ad ius, id eſt, capionem, illud ad factum pertinet, vt quis bona vel mala fide poſſideat.* Iulianus autem in dicto §. vlt. ita dicit. *Bonæ fidei emptor ſeuit, & antequam fructus perciperet, cognouit fundum alienum eſſe, an perceptione fructus ſuos faciat, quæritur. Reſpondi: Bonæ fidei emptor quo ad percipiendos fructus, intelligi debet, quamdiu fundus euictus non fuerit; Nam & ſeruus alienus quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea, vel operis ſuis acquirit, quamdiu euictus non fuerit.*

Has leges conciliari non poſſe dixerunt Couar. lib. 1. reſol. cap. 3. nu. 7. Menochius de recuperan. poſſeſſ. remedio 15. nu. 613. Eguinarius Baro in §. ſi quis a non domino, in Inſtit. de rer. diui.

Contrà Donellus in cōment. de iure ciuili lib. 4. c. 24. *Et putem,* inquit. *rectè defendi, non eſſe has ſententias contrarias. Reperiemus enim vtrumque rectè dici eum, qui poſtea cognouit rem alienam eſſe, malæ fidei poſſeſſorem eſſe, nec quicquam ex re poſſeſſa acquirere poſſe, & eundem non intelligi malæ fidei poſſeſſorem eſſe, ſi eſſe neget, priuſquam ei res iudicio euicta fuerit:* Et poſt multa verba tandè concludit ex Iuliani ſententia, bonæ fidei emptorem non prius pro malæ fidei poſſeſſore habendum, quàm intellectum fuerit, eum cognouiſſe rem alienam eſſe. Id verò intelligi non poſſe priuſquam res fuerit euicta. Paulum autem loqui, quando conſtat poſſeſſorem cognouiſſe, rē alienam eſſe, nec id ipſe negat.

Sed hæc interpretatio non videtur congrua, quia Iulianus apertè loquitur de bonæ fidei emptore, qui poſteà cognouit fundum alienū eſſe, tamen pronunciat eum eſſe bonæ fidei quo ad fructus lucrandos, donec fundus euictus fuerit. Quod is neget ſe cognouiſſe rem alienam eſſe, nullum verbum in tex. & nil ei prodeſſet negatio, ſi verum eſſet eum cognouiſſe rem alienam eſſe; quia fructus ſuos non faceret ſecundum Pauli ſententiam. Quare vix defendi poſſe cenſeo, quin pugnantia locuti ſint iuriſconſulti.

Sed mihi tamē valdè probabilis videtur Accurſij ſententia ac interpretatio, quæ fuit etiam Iacobi Cuiacij in notis ad Inſtitutio. §. ſi quis à non domino, in ver. pro cultura, ut poſſeſſor interim, donec res euicta fuerit, fructus ſuos faciat; & ſic loquat' Iulianus: Re aūt euicta ceſ

reſti-

reſtituere teneatur, & ita intelligendus ſit Paulus. *Ab eo tempore* (inquit Cuiacius) *fructus percepti, quo poſſeſſor cognouit rem alienam eſſe, eius interim ſunt, l. qui ſcit. §. vlt. ff. de vſuris, at ſi exitum finemq́; iudicij inſpicias, eius nō ſunt*, vt in l. bonæ fidei. ff. de acquir. rer. dom.

Contrà obijcit D. Menochius verba textus in d. l. bonæ fidei in principio, quibus dicitur, bonæ fidei poſſeſſorem interim fructus ſuos facere; Conſequenter in §. in contrarium, dum ait, bonæ fidei poſſeſſorem, qui poſtea fundum alienum eſſe cognouit, fructus ſuos non facere, ita intelligi debet, vt ſcilicet nec interim fructus ſuos faciat. Quod verbum *Interim* in ſuo Codice contineri Menochius aſſerit.

Reſpondeo illud verbum, *Interim*, non ſignificare idē ac ſi diceretur, antequam res euincatur, quia ſi id ſignificaret, ſequeretur bonæ fidei poſſeſſorem fructus conſumptos reſtituere oportere re euicta, quod falſum eſt, vt patet ex l. certum. C. de rei vend. & declarat optime Antonius Faber, lib. 4. Coniectur. iuris, capit. 17. ſed ſenſus eſt, poſſeſſorem interim ſuos facere donec poſſidet, poſtquam enim re euicta deſierit poſſidere, ſicut re ipſa caret, ita & fructibus.

Legibus itaq; ſic conciliatis, ita ſtatuo, quod ad propoſitam quæſtionem attinet: poſſeſſorem fructus ſuos facere eius temporis, quo eſt in bona fide; eos autem quos percepit, poſtquam fuit in malæ fide, nequaquam. Ita docent ſo. Copus de fructibus lib. 2. titu. 4. c. 5. Menochius loco annotato, num. 612. Et probatur ex l. qui bona fide. ff. de acq. rer. do. ibi: *Cæterum ſi cæperit ſcire eum alienum eſſe, vel liberum, videamus an ei acquirat. Quæſtio in eo eſt, vtrum initium ſpectemus, an ſingula momenta: & magis eſt, vt ſingula momenta ſpectemus.* Item probatur ex l. certum. C. de rei vend. vbi bonæ fidei poſſeſſor reſtituere tenetur fructus extantes poſt litem conteſtatam vniuerſos. Ratio eſt: quia per litis conteſtationem mala fides inducitur, l. nemo. C. de acq. poſſ. l. ſed etſi lege. §. ſi ante. ff. de petitione hæreditatis.

CAPVT LX.

Vtrum fructus poſt litem conteſtatam à poſſeſſore percepti, re euicta ſint reſtituendi, ſi inſtantia fuerit prioris iudicij lapſu temporis perempta.

VTrum fructus actori debeantur ex die litis conteſtatæ in eo iudicio, cuius inſtantia eſt perempta, ſi nouo iudicio inchoato rem euicerit, non vulgaris eſt controuerſia. Et quidem deberi cenſuerunt Bart. in l. 2. C. de fructibus & lit. expen. Menoch. de recuper. poſſeſ. remedio 15. num. 596. Robertus Lancellotus alios commemorat de attentatis, in Præfat. ſecūdæ partis cap. 4. nu. 506.

Fundamentum eſt huiuſmodi. Poſſeſſor condemnandus eſt ad fructus, ex eo tempore, quo eſt in mala fide, l. certum. C. de rei vend. l. 3. C. de condict. ex lege §. 2. inſt. de off. iud. l. bonæ fidei. §. in contrarium. ff. de acquiren. rer. dom. cum alijs allegatis in præcedenti capite.

Sed per litis conteſtationē in priori iudicio factam, licet inſtantia fuerit perempta, poſſeſſor in mala fide cōſtituitur; ergo condēnandus eſt ad fructuum reſtitutionē.

Probatur minor propoſitio ex l. 1. C. de præſcript. lōgi temp. ibi. Quod ſi prior poſſeſſor inquietatus eſt, & ſi poſtea per longum tempus ſine aliqua interpellatione in poſſeſſione remanſit; tamen non poteſt vti longi temporis præſcriptione.

Contrariam ſententiam habuerunt Ripa in l. 2. n. 28. C. de eden. & Antonius Valla de rebus dubijs, q. 15.

Argumēta ſunt iſta. Inſtantia perempta eſt perinde ac ſi lis mota nō fuiſſet, l. cum lite mortua. ff. iudicatum ſolui, ſed ſi nulla fuiſſet lis mota, poſſeſſor fructus interim ſuos feciſſet, l. bonæ fidei, ff. de acq. rer. domin. ergo idem ſtatuendum lite mota & inſtantia perempta.

A Secundum argumentum. Si talis poſſeſſor fructus ex die litis conteſtatæ in priori iudicio reſtituere tenetur, id propterea eſſet dicendum, quod per litis conteſtationem videretur eſſe malæ fidei poſſeſſor, ſed conſequens eſt falſum, ergo & illud vnde ſequitur.

Probatur minor propoſitio. Primo ex l. 2. §. vlt. ff. pro empto. ibi. *Non interpellari vſucapionem meam litis conteſtatione.*

Secundo, quia non ſolet deterior conditio fieri eorū, qui litem conteſtati ſunt, l. non ſolet, de reg. iur.

Tertiò, quia nemo tenetur ius ſuum indefenſum relinquere, l. illud. ff. de petitione hæred. Ergo poſſeſſor non tenetur ſtatim lite conteſtata rem actori reſtituere, conſequenter ſi non reſtituat, ſed retineat, non conſtituitur in mala fide.

Ad l. 1. C. de præſcript. longi temp. reſpondet Valla, illam legem nō loqui, quando inſtantia eſt perempta; ſed cùm quæſtio omiſſa eſt. Vbi enim inſtantia eſt perempta, B nullus effectus remanet, vt in d. l. cum mortua lite. ff. iud. ſolui.

Sed mihi prior ſententia veriſſima videtur, iſtis non obſtantibus. Nam quod poſſeſsor in mala fide conſtituitur per litis conteſtationem, patet primo ex l. nemo. C. de acq. & reti. poſs. ubi Conſtantinus ait, ita demum poſſeſſionem eſſe legitimam, *Cum omnium aduerſariorum ſilentio, & taciturnitate firmatur. Interpellatione verò inquit & controuerſia progreſſa, non poſſe eum intelligi poſſeſſorem, qui licet poſſeſſionem corpore teneat, tamen ex interpoſita conteſtatione, & cauſa in iudicium deducta, ſuper iure poſſeſſionis vacillet, ac dubitet.* Secundò, ex l. ſicus 38. ff. de iure fiſci. Tertio, ex l. ſed & ſi lege. §. ſi ante. ff. de petit. hæred. vbi Iuriſconſultus ita dicit. *Quoniam poſt litis conteſtationem omnes incipiunt malæ fidei poſſeſſores eſſe.* & paulo infra idem ſæpius repetit.

Si dicatur id non procedere, quando poſt litem conteſtatam perempta eſt inſtantia, quia poſsesſor credere C poteſt petitorem, qui deſeruit inſtantiam, nullum ius habere. Reſpondeo, id non obſtare, quia etiam inſtantia perempta, durat effectus malæ fidei, quæ per litis conteſtationem inducitur, quod probatur, tùm argumento d. l. 1. C. de præſcript. long. temp. tum ea ratione, quod poſſeſſor credere poteſt actorem deſtitiſſe eam ob cauſam, quod ab alijs fortè negotijs eſſet impeditus, ut in l. vlt. C. de præſcrip. longiſſimi temp. 30. vel 40. anno. & ſi ſuo iure confidebat, actore ceſſante, debebat ipſe poſſeſſor ac reus inſtare, vt cauſa expediretur, iuxta l. properandum. §. & ſi quidem. C. de iudicijs.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpōdeo, lite mortua, ſeu perempta inſtantia, omnia extingui, quæ pertinent ad litis ordinationē. ita loquitur tex. in d. l. cum lite mortua. Cæterùm effectus malæ fidei, qui iam per litis conteſtationem inductus eſt, non tollitur, etſi perempta ſit inſtantia.

Ad ſecundum reſpondeo, non probari quod aſſumi- D tur in argumento, nempe per litis conteſtationem malam fidem non induci quantum ad effectum, de quo loquimur, nempe vt poſſeſſor fructus ſuos faciat. Nam quod dicitur in l. 2. §. vlt. ff. pro emptore, id non pertinet ad factum, ſed ad ius, hoc eſt, ad vſucapionem pertinet, non autem ad fructuum perceptionem: Inter hæc autem latum eſt diſcrimen, quia in percipiendis fructibus, quælibet momēta temporis ſpectamus, in vſucapione autem initium, l. bonæ fidei. §. in contrarium. l. qui bona fide. ff. de acquiren. rer. domin. Quod verò dicitur, non ſolere ex litis conteſtatione ius litigatorum deterius effici, l. non ſolet. ad rem noſtram non pertinet, ſed aliò, quia per litis conteſtationem actio perpetuatur, & multa alia ſequuntur commoda, vt declarant gloſ. & doctor. in d. l. non ſolet. Sed quantum ad malam fidem, fit poſseſsoris conditio deterior, ut dictum eſt, quia ſcilicet incipit dici malæ fidei. Neque vero nos dicimus poſseſsorem debuiſſe ius ſuum indefenſum relinque-

D 2 re, aut

re, aut ſtatim actori rem tradere; ſed dicimus ex litis conteſtatione effici malæ fidei poſſeſſorem, quia iam de ſuo iure dubitare ac vacillare incipit.

Quod poſtremò dicebatur, textum in l. 1. C. de præſcrip. longi tempo. non loqui, quando litis inſtantia eſt perempta, nihil mouere debet: tùm quia loquitur, quando lis incępta, fuit omiſſa, quod poteſt fieri etiam lapſo totius temporis inſtantiæ præfixo, imò loquitur textus, vbi tempus longum pręteriit, tùm quia eſt eadem ratio, ac ſi perempta eſſet inſtantia, vt patet.

CAPVT LXI.

Quomodo ſit accipiendum, quod dicitur, neminem eſſe cogendum ſtare pacto de litigando coram iudice non ſuo, ad interpretationem l. ſi conuenerit. ff. de iuriſ. om. iud & l. pen. C. de pactis.

APhricanus ait: *Si conuenerit, vt alius præterquam cuius iuriſdictio eſſet, ius diceret, & priuſquam adiretur, mutata voluntas fuerit, proculdubio nemo compelletur eiuſcemodi conuentioni ſtare.* l. ſi conuenerit. ff. de iuriſd. omnium iudicum &c.

Contra, Iuſtinianus in l. penult. C. de pactis: *Si quis in conſcribendo inſtrumento, ſeſe confeſſus fuerit non vſurum fori præſcriptione, &c. Sancimus nemini licere aduerſus ſua pacta venire, & contrahentes decipere, &c.*

Reſpondent Bartolus & alij veteres communiter, Imperatorem loqui, cùm quis iure communi ſubiectus eſt iuriſdictioni alicuius, ſed ex ſpeciali priuilegio eam iuriſdictionem declinare poteſt: tunc cogitur pacto eiuſcemodi ſtare, quia facilè res reuertuntur ad ius priſtinum. l. ſi vnus. §. pactus ne peteret. ff. de pactis. Aphricanum verò loqui, cùm iure communi quis non eſt ſubiectus eius magiſtratus imperio, cui pacto ſe ſubijcit; tunc non eſt cogendus pacto ſtare.

Sed obſtat, quòd ratio Iuriſconſulti nulla ſit alia, niſi quòd illud pactum nudum ſit, & ideò nullam producat obligationem l. iuriſgentium. § igitur nuda. ff. de pactis: quæ ratio locum habet etiam in alia ſpecie, de qua Imperator loquitur.

Secunda eſt ſolutio Decij in d. l. penult. nume. 8. & in cap. 1. de iud. col. 10. Imperatorem loqui, vbi is, qui renunciauit præſcriptioni fori, voluntatem ſuam mutat altero inuito; Iuriſconſultum verò, quando vtraque pars conſentit.

Non rectè meo iudicio, quia nullū verbum eſt in d. l. ſi conuenerit, quo ſignificetur vtriuſq; partis conſenſus.

Tertia eſt ſolutio vera, vt mihi videtur, quam attulit Antonius Goueanus in commentariis in d. l. ſi conuenerit, & Iacobus Cuiacius ad Aphricanum tract. 7. legem Aphricani capiendam eſſe de pacto nudo, Iuſtiniani verò legem de pacto contractui adiecto, quod propterea nudum non eſt, & obligationem parit. Id patet ex verbis Iuſtiniani. Sic enim ait: *Si quis in conſcribendo inſtrumento ſeſe confeſſus fuerit non vſurum fori præſcriptione, &c.* Et rurſus; *Sancimus nemini licere aduerſus pacta ſua venire & contrahentes decipere.* Hæc verba oſtendunt pactum in ipſo inſtrumēto contractus, ſeu in ipſo contractu, vel in continenti poſt, adiectum fuiſſe. Porrò pacta huiuſcemodi, quæ contractibus adijciuntur ineſſe cōtractui & obligationem parere nouiſſimum eſt ex l. in bonæ fidei. C. de pactis, & ex aliis locis. Et hæc ſententia magis placet quam Duareni ad tit. de iuriſd. cap. 6. exiſtimantis Aphricanum à Iuſtiniano corrigi. Cum nullum verbum in lege Iuſtiniani reperiatur, vnde colligi poſſit ea correctio. Quod igitur non mutatur, cur ſtare prohibetur. l. præcipimus. C. de appell.

Sed cōtrouerſia eſt, an & eo caſu locū obtineat Aphricani ſententia, quo iureiur. pactum eſt firmatum? Affirmant Antonius Butrius, Abbas & Decius in c. 1. nu. 23.

A de iud. eo. argumento, quòd iuramentum ſequatur naturam principalis obligationis, l. vlt. ff. qui ſatiſd. cog. l. vlt. C. de non nu. pecu.

Sed contraria ſententia mihi verior videtur, quæ & communior eſt, vt patet ex Couar. in c. quamuis. de pactis, lib. 6. in 1. part. §. 4. nu. 7. & ex Seraphino, priuil. 74. nu. 165. Moueor eo argumento, quòd iuramentum obligat iurantem poſthabitis iuris ciuilis regulis, vt in c. cū contingat, de iureiur. Quare cùm obligetur iurans, cogetur & iuramento ſtare, nec ab ea pactione poterit recedere. Non obſtat argumentum, quia vt aliàs dictum eſt, quod attinet ad vim obligandi iurantem, non inſpicitur natura principalis obligationis. Nam etſi illa non oriatur, & contractus non obliget, & improbetur iure ciuili, iuramentum tamen ſuam producit obligationem, vt in d. c. cum contingat.

B

CAPVT LXII.

Vtrum ex ſententia iudicis, dominium transferatur.

VAriæ ac diuerſæ ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Prima eſt Accurſij in §. vlt. in inſtit. de officio iudicis. Alexandri in l. Pomponius. §. ſi iuſſu, nu. 9. & 10. ff. de acq. poſſeſ. & aliorum, quos commemorat Iaſ. in l. ex hoc iure. num. 44. ff. de iuſt. & iur. dominium transferri per ſententiam.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex d. §. vlt. in inſt. de offic. iud. in illis verbis: *Quod autem in iſtis iudicijs alicui adiudicatum fuerit, id ſtatim eius fit cui adiudicatum fuit.*

Secundum, ex l. ſtatuliberi à cæteris. §. Quintus. ff. de ſtatuliberis, in illis verbis: *Sed veriſſimū eſt, quod & Ariſto Cælius ſcripſit, poſſe dari pecuniā heredi ab inteſtato, ſecundùm quem ſententia dicta eſt, quoniam lex XII. Tabul.*
C *emptionis verbo omnem alienationem complecti videtur, nec intereſſe quo genere quiſque dominus fieret.*

Tertium eſt ex l. 3. §. item quæri poteſt. ff. de reb. eorum, &c. in illis verbis: *Idemq́, erit dicendum, etſi fundus petitus ſit, qui pupilli fuit, & contra pupillum pronūciatum, tutoresq́, reſtituerunt. Nam & hic valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem.*

Quartum argumentum. Factum à iudice reputatur factum ab ipſa parte, l. ſi ob cauſam. C. de euictio. ſed ſi pars condemnata rem traderet, ex iuſta cauſa transferret dominium, ergo & per ſententiam iudicis transfert.

Poſtremū argumentū. Ex cauſis, quibus à non dño te tradita vſucapiendi conditio acquiritur, ſi res à domino tradatur, dominiū acquiritur. l. clanibus. ff. de contrah. empt. ſed vſucapiendi conditio acquiritur, ſi per ſententiam iudicis res adiudicetur, l. ſi per errorē. ff. de vſucap. l. Pomponius. §. ſi iuſſu. ff. de acquir. poſſ. ergo ſi res adiudicetur eius, qui ſit dominus, transfertur dominium.

D Secunda eſt ſententia Gloſ. in l. exceptio. ff. de exceptione rei iud. Petri, Cyni, Raynerij & aliorum à Iaſone citatorum in d. l. ex hoc iure, nu. 44. ff. de iuſt. & iur. non transferri dominium per ſententiam.

Fundamentum eſt, quia cum per ſententiam res mea tibi adiudicatur, eo prætextu, quòd ſit tua, ibi procul dubio error interuenit. Error autem dominij translationē impedire ſolet, l. 3. §. ſubulus. ff. de condict. cauſa data. Si verò nullus error interueniat, ſed res tua ſit, dominiū per ſententiam transferri non poteſt, tum quia illud iam habes. §. ſic itaque diſcretis inſtit. de action. tum quia ſententia declarat dominium ad te pertinere, & ad hoc tendit actio inſtituta, non autem illud transfert. l. & ex diuerſo. §. 1. ff. de rei vendic. l. Pomponius. §. ſed & ſi. ff. de procurat. l. ſicuti. §. ſi quæratur. ff. ſi ſeruitus vendicetur.

Tertia eſt ſententia Bart. in d. l. ex hoc iure. in actione perſonali dominium transferri per ſniam, ſi ad hoc

illa ten-

illa tendat, vna cum actione inſtituta; In reali vero non transferri, ſi ſecundum reum pronunciatur: cæterum, ſi pro actore, qui dominus non ſit, transferri.

Quarta eſt ſententia Hoſtienſis & Ioan. Andr. in cap. propoſuit. de conceſſ. præben. Per ſententiam iudicis dominium transferri in iudicijs vniuerſalibus, ſecus in particularibus.

Ego vero priorem ſententiam magis probo, ſi modo, & ſententia & actio inſtituta in eum finem tendant, vt dominium transferatur, ſicuti dicebat Bart. & moueor authoritate d. §. vlt. in inſtit. de officio iudicis, & deinde hac ratione, quod ſententia videtur eſſe iuſta cauſa, per quam traditione ſecuta dominium transferatur. Quæ vero in contrarium afferuntur, locum ſibi vendicare poſſunt in eo caſu, quo, vel error admittitur, vel ſententia & actio inſtituta, ad alium finem tendunt.

CAPVT LXIII.

Vtrum leges, quæ præſcriptionem inducunt cum mala fide, iure Canonico ſint correctæ.

VAriæ atque diſſidentes ſunt Doctorum ſententiæ circa leges, quibus præſcriptio inducitur, mala fide nõ obſtante, an & quomodo ſint iure Canonico ſublatæ.

Ac prima quidem opinio eſt glo. in c. vlt. de præſcrip. nec non Practici Papien. in forma reſponſionis rei conuenti, in verbo. præſcriptionis, iure Canonico ſublatas non eſſe, ſed ſeruandas in foro ac iuriſdictione Cæſaris, Canones vero in foro Pontificis.

Et fundamentum eſt, quod tex. in d. c. vlt. de præſcrip. leges ciuiles non corrigat, ſed tantum dicat, nullam præſcriptionem cum mala fide valere, ſiue Canonicam, ſiue Ciuilem. Quorum verborum ſenſus eſſe videtur, ſiue de re temporali agatur, ſiue de re ſpirituali & eccleſiaſtica, nullam iure Canonico, atque in foro ipſo Eccleſiaſtico, valere præſcriptionem cum mala fide.

Sed rejicitur communiter hæc interpretatio, quia ſenſus dictorum verborum longè eſt diuerſus. Quod enim ait S. Pontif. *Definimus, vt nulla valeat abſque bona fide præſcriptio, tam Canonica, quam Ciuilis*, nihil aliud ſignificat, niſi omnem præſcriptionem, tam à lege Ciuili inductam, quam a ſacris ipſis Canonibus, corruere, & nullius eſſe momenti, propter malam fidem.

Secunda eſt ſententia Hoſtien. in ſumma de præſcrip. tit. quæ res præſcribi poſſunt. col. 1. verſ. actiones vero perſonales, & Bart. in l. ſequitur. §. ſi viam. ff. de vſucap. præſcriptionem quidem rerum cum mala fide non procedere, ſecus in præſcriptione actionum.

Et fundamentum eſt, quia S. Pontif. dum ſtatuit præſcriptionem cum mala fide non ualere, ſemper loquitur de poſſeſſore rei alienæ. Id patet ex capit. poſſeſſor malæ fidei, de regu. iur. lib. 6. & ex d. cap. vlt. de præſcript. ibi: *Oportet, vt qui præſcribit, in nulla tẽporis parte rei conſcientiam habeat alienæ.* Quamobrem leges, quæ de actionũ præſcriptione loquuntur, eamque per longiſſimum tempus inducunt, non videntur eſſe ſublatæ.

Sed obſtant huic expoſitioni illa verba dicti cap. vlt. *Nulla valeat abſque bona fide præſcriptio.* & rurſus obſtat ratio qua mouetur S. Pontif. Quòd, uidelicet, omne, quod non eſt ex fide, peccatum eſt, &c.

Tertia eſt ſententia Panorm. in d. c. ulti. de præſcript. leges Ciuiles præſcriptionem cum mala fide inducẽtes, in actionibus perſonalibus ſublatas non eſſe, eo in caſu, quo debitor non eſt in mora ſoluendi, nec offerre tenetur creditori debitam pecuniam. Nam ſi non fuerit ab eo petita, is uidetur ſe præſcriptione tueri poſſe, eamque præſcriptionem non tàm ex mala fide procedere, quàm ex negligentia creditoris non petentis.

Verum obſtat & huic ſententiæ, quod licet creditor ſit negligens, debitor tamen ſcit ſe obligatum eſſe, conA ſequenter ſi poſt longiſſimum tempus ab eo petatur debita pecunia, non poteſt ſe præſcriptione tueri, quia eſt in mala fide.

Quarta eſt ſententia nõnullorum quos Couarruuias refert in cap. poſſeſſor malæ fidei, in 2. parte §. 11. Leges correctas non eſſe, de quibus dictum eſt, quantum attinet ad forum externum, ſecus uero, quod attinet ad forum internum ipſius animæ & conſcientiæ. Sed cùm dicat S. Pont. nullam præſcriptionem ualere, vbi mala fides adeſt, tàm Canonicam quàm Ciuilem, ſequitur, ut neque in foro externo recte obijci poſſit, aut aliqua eius ratio haberi debeat, ſecundùm tritam regulam. Non præſtat impedimentum, quod de iure non ſortitur effectũ, præſertim, quia S. Pont. derogat omni legi & conſuetudini, quæ abſque peccato mortali obſeruari non poteſt, qualem procul dubio ibi exiſtimat eſſe legem & cõſtitutionem, quæ abſque bona fide præſcriptionem inducit.

Quinta & poſtrema eſt opinio, uera & communis,

B vſu etiam recepta, Omnes leges & conſtitutiones, quæ præſcriptionem abſque bona fide inducunt, iure Canonico ſublatas & correctas eſſe, ſiue pertineant ad actiones reales, ſiue perſonales, & ſiue agatur de foro interno, ſiue externo. Ita docent Ancharanus & Frãcus in d. cap. poſſeſſor malæ fidei. Imola & Felyn. in d. capitu. ult. Baldus de præſcript. in 2. parte 3. partis princip. q. 13. & alij quos refert & ſequitur Couar. loco nuperrimè citato. Nec non Anton. Gabriel. comm. conclu. titu. de præſcript. conclu. 3. nu. 3.

Probatur hæc ſententia hoc argumento. Si Pontifex omnes leges prædictas tollere & corrigere potuit & uoluit, ergo ſublatæ & correctæ eſſe cenſentur, quoniam ex poteſtate & uoluntate, ut dicebat Ariſtoteles, actiones humanæ perfectionem accipiunt. Potuiſſe S. Pontificem, nemini dubium eſt, quia hic agitur de peccato, quo quidem in re propter animæ ſalutem, ſummã habet poteſtatem decernendi ac ſtatuendi, ut in cap. no

C uit. de iudiciis. Voluiſſe autem, negari non poteſt, quia hoc expreſſe habetur in d. cap. ult. de præſcript. & alibi. Vt nulla ualeat abſque bona fide præſcriptio, tam Canonica, quàm Ciuilis, quoniam omne, quod nõ eſt ex fide, peccatum eſt, inquit S. Pontifex: *Et generaliter omni conſtitutioni & conſuetudini derogandum ſit, quæ abſque mortali peccato obſeruari non poteſt.* Vnde ſic argumentatur S. Pontifex. Omni conſtitutioni eſt derogandum, quæ ſeruari non poteſt abſque peccato mortali, ſed præſcriptio ſine bona fide peccatum continet, ac nutrit, quia omne, quod non eſt ex fide, peccatum eſt, ergo legibus & conſtitutionibus, quæ illam admittunt & probant, derogandum eſt, quia ſine peccato obſeruari non poſſunt. Et tantum ſufficit de iſta controuerſia.

CAPVT LXIIII.

D *Vtrum præſcriptione completa bona fide, ſi is qui præſcripſit, cognouerit rem eſſe alienam, teneatur in foro conſcientiæ eam reſtituere domino ſuo.*

DOctiſſimus uir Alciatus in libello de quinque pedum præſcript. exiſtimauit, præſcriptionem in foro conſcientiæ locum non habere, & ideo poſſeſſorem teneri, ſi cognouerit rem alienam eſſe, dño reſtituere. Idem docuerunt nonnulli Theologi, quos commemorat Couar. in c. poſſeſſor malæ fidei, in 3. p. §. 2. & horum omnium illud eſt fundamẽtum, quod in foro cõſcientiæ ceſſet ratio præſcriptionis, ut litium aliquando finis eſſet, & ſi quæ alia ratio affertur, in eoque maximè bona fides uigeat, quam quilibet Chriſtianus agnoſcere debet, & ultro rem ad dominum deferre. Quibuſcunque enim uerbis lex loquatur, iubeat, ſingat, præſu-

mat, nunquam naturalem illam iuſtitiam abolere poteſt, in qua cardo omnis, fundamentumque Euangelicæ veritatis reſidet. Idem docuit Gregorius Syntagmate iuris lib.40.cap.8.nu.4.

Sed contraria ſententia, quę crebriori calculo, tum Theologorum, tum Iuriſconſultorum eſt recepta, mihi quoque magis probatur. Ita enim docuerunt Tiraquellus poſt alios de pręſcript.§.s.Gloſ.a.Couaru.loco ſuprà citato. Franciſcus Sarmient.lib.a.ſelectar.interpretationum, cap.10.& Alciatus ſibi parum conſtans ad rub.de pręſcript.nu.33.

Fundamentum eſt præclarum, ac ſolidum, quia qui præſcripſit bona fide iam dominium acquiſiuit rei alienæ, conſequenter eam alteri reſtituere non tenetur, quia non alterius, ſed ipſius, qui præſcripſit, eſt. Abſurdum verò eſt exiſtimare, præſcriptiones, quæ ſacris Canonibus receptæ ſunt, vimque habēt in foro externo, ac poſſeſſorem tuentur, in interiori conſcientiæ foro locū non habere. Sic enim ſequeretur eum peccare, qui ſacris Canonum conſtitutionibus innititur, quo nihil eſt à veritate magis alienum.c.qui peccat.23.queſt.4. Pręſertim cùm in hac ipſa præſcriptionis materia, magnoperè ſacri canones inuigilarint, ne aliquod peccatum inducatur, vt in c.vlt.de pręſcript.& alibi. B

Quòd verò dicebatur, in foro animæ interiori, eam rationem non habere locum, cui præſcriptionis leges innitūtur, nec poſſe leges rationem naturalem tollere, quæ dictat rem reſtituendam domino, nihil mouere debet, quia iuſtas ob cauſas inducta eſt præſcriptio, ideoq; valet & obtinet etiam in foro conſcientiæ, ſicut & aliæ leges, quibus ex iuſtis cauſis decernitur, dominio rei ſuæ aliquem priuari poſſe, & ratio illa naturalis iuſtas ob cauſas temperari à legislatore poteſt in aliquibus caſibus, ſicuti conſtat ex notatis in c. quæ in eccleſiarum, de conſtitutionibus, & alibi.

CAPVT LXV.

Vtrum is, qui dubitat, an res ſua ſit, vel aliena, poſſit præſcribere.

SI poſſeſſor ab initio dubitauerit, an res ſit ſua, vel aliena, inter omnes conſtat eum præſcribere non poſſe.

Cęterùm, ſi ab initio bonam fidem habuerit, & poſt modum dubitare incęperit, vtrū poſſit iure præſcribere & vſucapere rem alienam, aliqua eſt inter Doctores controuerſia. Etenim præſcribere non poſſe talem poſſidentem, opinati ſunt Anton. Butr.in cap.vlt.de præſcript.& Dom.Sot.de iuſt.& iur.lib.4.art.4.q.4.

Fundamentum eſt illùd, quòd pręſcripto requirat bonam fidem, dubitans verò in bona fide eſſe non videatur, imò verò non procul eſſe a peccato, quandoquidem is, qui dubitat, an id quod facit, ſit peccatū, in peccatum D incidit, iuxta ſententiam illam; Qui amat periculum, peribit in illo, vt habetur in c. literas, de reſtitutione ſpoliator.& in c.in pręſentia, de ſponſal.

Sed contrariam ſententiam & communiorem & veriorem eſſe iudico. Eam ſecuti fuere Panorm. Imola & Felyn.in d.c.vlt. Baldus de pręſcript.in 2.parte 3.partis princip.q.2. Couar.ad c.poſſeſſor malę fidei.in 2.par. §.7.de reg.iur. lib.6. Franciſc.Sarmient.ſelectarum interpretationum, lib.2.cap.10.

Probatur hæc ſententia ex dicto, cap.vltimo, ſi principium cum fine iungatur. Sic enim ait in principio. *Definimus, vt nulla valeat abſque bona fide præſcriptio* (ſed in ſpecie noſtra poſſeſſor bonam fidem habet) ſequitur deinde textus: *Itaque oportet, vt qui præſcribit, in nulla temporis parte rei habeat conſcientiam alienæ.* Sed poſſeſſor in quęſtione propoſita non habet conſcientiam rei alienæ, qui enim dubitat, non dicitur habere ſcien-

A tiam, ſicut declarat optimè Bartol.in l.admonendi, nu.18.ff.de iureiur. igitur præſcribere poterit.

Dubium autem eſt duplex, alterum ſpeculatiuum vt vocant, alterum practicum. Speculatiuum, cùm quiſpiā dubitat, an res ſit ſua, vel aliena. Practicum vero cum dubitat, an poſſit illam retinere ſine peccato.

Priori dubio implicitus, non eſt in mala fide, neque peccat, quia licet dubitet, an ſua ſit res, vel aliena, credere tamen poteſt, ſe iuſtè eam poſſidere, ac retinere poſſe, donec cognouerit alienam eſſe.

Poſteriori vero dubio inuolutus, peccat, & ſecundum illud habent locum argumenta prioris ſententiæ.

Cœterum non de poſteriori hoc practico dubio, ſed de priori ſpeculatiuo, communis, & noſtra hæc ſententia eſt accipienda. Vide etiam de hac re Vaſq. Controu. Illuſt.lib.2.cap.77.

CAPVT LXVI.

Vtrum mala fides authoris noceat bonæ fidei ſucceſſori, quò minus præſcribere poſſit, ſeu vſucapere rem alienam.

HÆc res partim iure definita eſt, partim controuerſa, in ſucceſſore quidem ſingulari definita eſt Auth. malæ fidei. C.de præſcript.longi temporis. Cæterùm in vniuerſali ſucceſſore, qualis eſt hæres, dubia eſt & controuerſa, vti videre licet ex Panor. Felyn.& alijs Doctoribus, in c.ſi diligenti, de præſcript. ex Dyno in regul. poſſeſſor malæ fidei, de regulis iuris, libro ſexto, & ex Didac.Couar.eodem in loco, in ſecunda parte relection.§.9.

Ego vero in eorum ſententiam magis deſcendo, qui hæredem negant præſcribere poſſe, quamuis ſit in bona fide, ſi defunctus, cui ſucceſſit, malam fidem ha-
C buerit.

Moueor in primis authoritate text. in l.cum hæres. ff. de diuerſ.& tempor.præſcript. vbi iuriſconſultus ita dicit: *Cùm hæres,* inquit Papinian. *in ius omne defuncti ſuccedat, ignoratione ſua, defuncti vitia non excludit, veluti cum ſciens alienum, vel precario poſſedit, quamuis enim precarium hæredem ignorantem non teneat, tamen vſucapere non poterit, quod defunctus non potuit.*

Secundo, authoritate text.in l.nec vſufructuarium. C.de vſucap.pro hærede. *Nec vſufructuarium,* inquit textus, *ad obtinendam proprietatem rerum, quorū vſumfructum habet, neque ſucceſſores eius, vlla temporis ex ea cauſa tenentes præſcriptio munit.*

Tertio, ex iuris Canonici regula, quæ habet; hæredē obligari ad exonerandam defuncti conſcientiam, vt vulgo dicitur, c.vlt.de ſepultur.cap.in literis, de raptor.cap.tua nos, de vſuris.c.ſi Epiſcopum.16.quæſt.6.ſi ergo defunctus malam fidem habuit, quippe qui ſciebat rem
D alienam eſſe, tenebatur rem domino reſtituere, ſi non reſtituit, & ad hæredem ea res peruenit, is tenetur exonerare eius conſcientiam, & ſic domino rem reſtituere, nō autem vſucapione ſuam facere.

Fundamentum cōtrariæ ſententiæ infirmum eſt, nec magno labore opus eſt in eo refutando. Eſt enim in eo politum, quod hæres ſit in bona fide, concedo, qui eſt in bona fide præſcribere poteſt, concedo, ergo hæres præſcribere poteſt. Nego, quia minor propoſitio in vniuerſum vera nō eſt, excipiendus eſt enim ille caſus, quo quis in vitia defuncti ſuccedit. Etſi enim bonam fidem habeat, vitia defuncti non excludit, neque præſcribere poteſt, quod defunctus non potuit. d.l.cum hæres. Non ignoro Vaſq.lib.2.Controuerſ.Illuſtr.cap.73. aliter docuiſſe, ſed eius argumentis alio in loco ſatisfaciam, lib.10.Controuer.cap.vlt.

CAPVT

CAPVT LXVIII.

Quomodo ſit accipiendum, quod vulgo receptum eſt, ac dici ſolet: poſt longiſſimum, temporis, malam fidem allegari non poſſe contra poſſeſſorem: & an ſit verum.

MAlam fidem aduerſus poſſeſſorem longiſſimi temporis, allegari non poſſe docuit Bartol. in l. vlt. C. unde vi: illius textus authoritate adductus, nimirum propter illa verba in fine poſita. *Si non ex die, ex quo poſſeſſio detenta eſt, triginta annorum exceſſerint curricula.* Bartolum ſecuti ſunt alij, vt teſtatur Couar. ad cap. poſſeſſor malæ fidei, de reg. iur. lib. 6. in 2. parte, §. 8. nu. 3.

Iam controuertitur, quomodo id accipiendum ſit. Prima eſt ſententia Cornei. in conſ. 207. col. 2. libr. 3. quem refert, & ſequitur Crauetta in conſ. 146. nu. 5. accipiendum eſſe illud dictum, quoad effectum d. §. vlt. C. vnde vi. cùm enim ea lege caueatur, vt nemo poſſit abſentis poſſeſſoris poſſeſſionem inuadere, ac inuadens eam reſtituere teneatur, ea allegatione reiecta, quod per ignorantiam ſe alienam rem occupaſſe dicat, dum propriam eſſe putaret, excipitur ille caſus, quo ex die occupationis triginta anni effluxerint, conſequenter, quod ad eam ſpeciem attinet, malæ fidei præſumptio ex lapſu triginta annorum ceſſat.

Verum obſtat huic interpretationi, quod ſi in ea ſpecie d. l. vlt. ita ſtatuendum, eſt, nil proponi videtur, cur & in alijs ſimilibus idem ſtatuendum non ſit, nam vt Iulianus dicebat, non poſſunt omnes articuli ſingulatim, aut legibus, aut Senatuſconſultis comprehendi, ſed cum in aliqua cauſa ſententia eorum manifeſta eſt, is, qui iuriſdictioni præeſt ad ſimilia procedere, itaque ita ius dicere debet. l. non poſſunt. ff. de legibus.

Secunda eſt opinio eiuſdem Crauettæ in d. conſ. 146. nu. 6. quem ſecutus eſt Hyppol. Rimi. in conſ. 249. lib. 3. communem illam aſſertionem intelligendam eſſe, vt locum habeat in ſpecto iure ciuili. Cæterum iure canonico nequaquam vera eſt, quoniam omnis præſcriptio, etiã longiſſimi temporis iure canonico ſublata eſt abſque bona fide.

Sed obſtat illud, quod licet Iure canonico ita conſtitutum ſit, non tamen eſt ſublata communis aſſertio, de qua loquimur, nempe poſt lõgiſſimum tempus malam fidem non præſumi.

Tertia eſt ſententia eiuſdem Cranettæ, & Riminaldi locis annotatis, & ante eos Aretini in conſ. 155. adhibendam eſſe diſtinctionem inter malam fidem veram, & præſumptam. Mala fides vera ſemper allegari poteſt, ſemperque præſcriptionem infirmat, præſumpta vero nequaquam. Quare ſi quis probet rei alienæ poſſeſſorẽ etiam longiſſimi temporis, reuera nõ ignoraſſe rem alienam eſſe, exceptio malæ fidei obtinebit, & impediet præſcriptionem. Cæterùm ſi hoc obijiatur longiſſimi temporis poſſeſſori, quod præſumatur eſſe in mala fide, rem alienam non ignoraſſe, quodq; credere debuerit, quod ſuum non erat, ad alios pertinere, iſthæc allegatio & exceptio nihil oberit, quia vires non habet poſt longiſſimum tempus elapſum.

Ego vero longè diuerſam ab his opinionem habeo, Nam quod attinet ad l. vlt. C. unde vi; nihil illa aliud docet, niſi poſſeſſorem rem, qua occupauit, reſtituere oportere, niſi triginta annorum curricula exceſſerint. Verba textus ſic habent. *His videlicet, quæ ſuper recipienda poſſeſſione a nobis diſpoſita ſunt, locum habentibus, ſi non ex die, ex quo poſſeſſio detenta eſt, triginta annorum exceſſerint curricula.* Hic de præſumenda, vel non præſumenda mala fide poſt longiſſimum tempus, deque poteſtate eam allegãdi, vel non allegandi, nullum verbum animaduerto. Supra quidem Imperator dixit, *Ridiculum etenim eſt*

A *dicere, vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis, quaſi propriam occupauerit; omnes autem ſcire debent, quod ſuum non eſt, hæc ad alios modis omnibus pertinere.*

Cæterũ hæc allegatio, hæc præſumptio, hęc obiectio, non tollitur ex lapſu longiſſimi temporis, quoniam & poſt longiſſimum tempus mala fides poſſeſſoris durat, qui alienam rem occupauit, ſed tollitur condictio ex illa lege, ſicut & omnes aliæ actiones regulariter per triginta annorum ſpacium tolluntur, mala fide poſſeſſoris non obſtante, ut in l. omnes, & in l. ſicut. C. de pręſcript. longiſſimi tẽporis. Quod verò dicitur de mala fide præſumpta, nihil eſt, quia bona fides præſumitur in poſſeſſore, vt notum eſt, conſequenter etiam ante longiſſimum tempus, malę fidei pręſumptio ceſſat, & qui dicit poſſeſſorem malæ fidei eſſe, id probare debet. leges ſunt hac de re claræ & notiſsimæ. Quare ſic ſtatuo, bona tantorum Patrũ venia; huius communis aſſertionis fundamentum nullũ eſſe, ac proinde quomodo accipienda ſit, ſuperuacaneam

B eſſe indagationem.

CAPVT LXVIII.

Vtrum ſtatutum Ciuitatis, quo cauetur, ut niſi intra certum tempus creditor petierit debitum, excludatur, valeat, & ſeruandum ſit.

VAriæ & inter ſe diſſidẽtes ſunt Doctorum ſententiæ de ſtatutis, quę in Italia potiſſimũ multis in locis vigẽt, & quibus ita cauetur vt niſi intra certũ tẽpus creditor ſibi debitũ petierit, excludatur a iure ſuo, an valeãt & ſeruãda ſint. Nam valere ac ſeruanda eſſe in pęnã negligẽtis creditoris Bart. exiſtimauit, in l. ſequitur. §. ſi viam. ff. de vſucap. & cũ eo multi alij, quos commemorat Ant. Gabr. commu. concl. tit. de pręſcrip. concl. 4. Cæterum non ualere huiuſcemodi ſtatuta, quia pecca-

C tum inducere videantur propter malam debitoris fidẽ, reſponderunt Io. Andr. & Anchatan. in c. 2. de exceptiõ. lib. 6. & multi alij a Gabrielio citati loco annotato.

Alij diſtinctione hac vtuntur, vt ſiquidem ſtatuti verba ad debitorem referantur, non valeant, ſi ad creditorem, valeant. Ita Caſtren. in d. §. ſi uiam.

Sunt & qui diſtinguãt, vtrum debitum ſit iuratum, necne, ut primo caſu non valeant, ſecũdo autem caſu valeant. Ita Ang. Rom. & Iaſ. in l, nam & poſtea. §. ſi quis qui temporali. ff. de iureiur.

Alij, utrum ſtatutum creditorem eſcludat a Iure ſuo, an vero debiti probationem infringat; priore caſu illud non valere docent; poſteriore caſu ualere exiſtimant. Ita Alex in conſ. 170. libr. 7. Socin. ſen. in conſ. 120. num. 19. lib. 1. Ant. Gabriell. commun. concl. tit. de ſtatutis. concl. 11. nu. 12. Hieron. Gabr. in conſ. 4.

Alij denique ſtatutum ualere, quatenus debiti probationem infringit, putant, ſi modo iuſta ratione id fiat.

D alias ſecus. Ioan. Andr. in addit. ad Specul. tit. de Inſtru. edit. §. compendioſè, ſuper verbo, ſed nunquid. verſ. ſed conuerſo caſu. Anton. Butr. & Abbas. in c. 2. de probat. Ego vero omnem hanc controuerſiam ſequentibus concluſionibus dirimi poſſe iudico.

Prima cõcluſio. Statutum, quo cauetur, vt ſi creditor non petierit debitum intra certum tempus, excludatur a iure ſuo, non valet, ſiue uerba ad creditorem dirigantur, ſiue ad debitorem, ſi modo debitor ſit in mala fide. Probatur hæc aſſertio, ex ca. ult. de pręſcript. in illis verbis. *Cum ſit omni conſuetudini, & conſtitutioni derogandũ, quæ abſque mortali peccato ſeruari non poteſt.* Et ſupra S. Pontifex ſic ſtatuit, ut nulla valeat abſq. bona fide præſcriptio, tam canonica, quam ciuilis.

Secunda concluſio. Statutum huiuſmodi creditorem excludens, & debiti probationem infringens, ſi ob iuſtã cauſam conditum eſſe non appareat, nõ ualet. Probatur hæc cõcluſio. primo, ex. c. 3. de probation. Quatenus ibi

S. Pon-

S.Pontifex improbat conſuetudinem, quæ abſque iuſta cauſa probationibus factis derogabat. Secundo probatur, quia ſtatutū ſicut, & lex, debet eſſe iuſtum c.erit autem lex. 4.diſt.Innocen.in c.pleriſque in fine.de immu. Eccleſia Abbas in d.c.2. nu.4.de probat. tale autem ſtatutum eſt iniuſtum, quia legitimis probationibus fides eſt adhibenda. Tertio, quia tale ſtatutum probationem infringens, licet non directè, attamen effectu ipſo conſiderato præſcriptionem inducit cum mala fide, neq; ſeruari poteſt abſq; mortali peccato, quoniam debitor ſcit ſe debitorem eſſe, creditor vero id probare non poteſt, atq; ideo excluditur & priuatur iure ſuo.

Tertia concluſio. Statutum, de quo agitur, ſi probationem infringat ex iuſta, & legitima cauſa, valet & ſeruandum eſt. Probatur hæc ſententia, quia lex poteſtatem habet ex iuſta & probabili cauſa, iuſtam & plenam probationem infirmandi, id patet, quia legitima probatio regulariter conficitur ex duobus, vel tribus teſtibus, iuxta illud, in ore duorum, vel trium ſtat omne verbum. c. cum eſſes.de teſtam. cap.in omni negotio. de teſtibus, c. forum.§.in omni negotio. de verbor. ſignificatione, & tamen iuſte ad fraudes tollendas ſancitum eſt, vt in teſtamentis ſeptem requirantur, in codicillis quinque, & in alijs multis caſibus. Iuſtam vero cauſam hic ego non præſumo, nec facile probari poſſe iudico.

Poſtrema cōcluſio. Huiuſmodi ſtatutum ex iuſta cauſa probationem infirmans, ualet & locum habet, etiam in debito iurato. Probatur hæc concluſio, quia iuramentum adhibetur, ad contractum confirmandum, non autem ad probationem inducendam. Probatio enim differt ab eo, quod in obligatione continetur. Igitur hoc in caſu iuramentum nihil operatur, quia ſcilicet ipſum iuramentum probari non poteſt, vti dicebat Aleiat.in cap. cum contingat.n.242.de iuream.& ideo receptum eſt, iuramentum nequaquam habere vim, & poteſtatem ſupplendi ſolemnitatem probatoriam, vt loquuntur noſtri, talis enim ſollemnitas iure publico inuenta eſt, ac proinde pacto & iuramento partium ſuppleri non poteſt. Vide Bart. in l.ſi quis pro eo, nu.13.ff.de fideiuſſ. Panorm. in c.cum contingat.n.24.de iureiur. Gabriel.comm.concl. tit.de ſtatut.concl.31.nu.12.

CAPVT LXIX.

Vtrum aduerſus præſcriptionem competat maioribus viginti quinq; annis in integrum reſtitutio, ex cauſa iuſta & probabilis ignorantiæ.

CONtrouerſi iuris eſt, an aduerſus præſcriptionem maioribus XXV. annis competat in integrum reſtitutio ex cauſa iuſtæ & probabilis ignorantiæ, vt videre licet ex Didaco Couaruu c.poſſeſſor malæ fidei in 3.parte.§.2.de reg.iu.lib.6. Abbate & Felyno in cap. vigilanti de præſcript. Pinello in auth. niſi tricennale. nu. 58.C.de bonis matern. Crauett.in conſil.201. Boerio deciſ.39. Sfortia Oddo de reſtit.in integ.parte 2.quæſt.90. Franciſco Sarmiento ſelectar.interpret.lib. 2. cap. 10. & Federico Scoto, conſ.1.lib.4.com.2.

Ego eam ſententiam vſu forenſi receptam eſſe non ignoro, quæ reſtitutioni fauet. Sed tamen contrariam ſententiam, legibus eſſe magis conſentaneam exiſtimo, quam imprimis confirmabo, deinde communis ſententiæ argumento refutabo.

Igitur maioribus XXV. annis ex dicta cauſa non competere reſtitutionem aduerſus præſcriptionem, his argumentis probatur.

Primum ſumitur ex l.vlt.C.de præſcrip. longi temporis: in illis verbis. *Nulla ſcientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occaſio.* quibus verbis hoc Imperator, vult, ut præſcriptio locum habeat, tam contra ſcientem, quam contra ignorantem, A ne ſi duntaxat contra ignorantem locum habeat ob eam cauſam nouæ lites & dubitationes exoriantur, ergo reſtitutio aduerſus præſcriptionem non eſt concedenda ex cauſa ignorantiæ, ne ſuper ignorantia vel ſcientia, nouæ oriantur lites uel dubitationes.

Secundum eſt ex l. ſicut C. de præſcript. XXX. uel XL. annorum, ubi poſtquam Imperator dixit, eam præſcriptionem contra omnes locum habere. *Non abſentia,* inquit, *non militia contra eam legem defendenda, ſed pupillari ætati duntaxat huic eximenda ſanctioni.*

Tertium eſt ex l. omnes. C. eod. tit. ubi dicitur, eum qui præſcripſit, pleniſſima munitione ſecurum eſſe, quod ſanè verum non eſſet, ſi reſtitutio in integrum competeret aduerſus ipſam præſcriptionem ex cauſa ignorantię.

Quartum eſt ex l.vlt.C.de fundis patrimonial.lib.11. in illis uerbis. *Nullam penitus ſuper dominio memoratorum omnium fundorum, &c. a publico actionem vel moleſtiam, uel quamlibet inquietudinem formidare, &c.*

B Quintum eſt ex.l.vni.C.de uſucapione transformanda. ubi Iuſtinianus commemorans antiquas circa præſcriptionem conſtitutiones, eaſque corrigens, quoad tempus præſcriptionis clarè indicat præſcriptionem vim habere, ac efficaciam, etiam aduerſus ignorantes. Sic enim ait.

Sed ſi quis res alienas Italicas tamen bona fide poſſidebat per biennium, miſeri rerum domini excludebantur, & nullus eis ad eas reſeruabatur regreſſus. quæ & neſcientibus dominis procedebant, quo nihil inhumanius erat, ſi homo abſens, & neſciens, tam anguſto tempore ſuis cadebat poſſeſſionibus. Quam quidem temporis anguſtiam ibi corrigit Imperator duntaxat, & ſic antiquæ leges valent, quibus præſcriptio etiam ignorantibus nocet.

Sextum eſt ex c.ad aures.de præſcription.ibi: *Quadragenalis præſcriptio, omnem prorſus actionem excludit.*

Septimum argumentum, ac poſtremum eſt huiuſmodi. Quia videlicet abſentibus propter iuſtam ignoran-

C tiam maius tempus conceditur, vt ſuas res perquirant. Quare ſi intra conſtitutum tempus nō perquiſierint, merito excluduntur. Item, quia ſi reſtitutioni locus eſſet propter ignorantiam, nunquam, vel raro præſcriptio locum haberet, quis.n.ſciens pateretur ſuas res ab alijs vſucapi?

Reſpondent contrarię ſententiæ authores, his argumentis probari, præſcriptionem etiam ignorantibus obeſſe, ſed non probari, nec idcirco colligi poſſe, reſtitutionem eſſe denegandam. Nam & abſentibus Reipublicę cauſa nocere ſolet, qui tamen in integrum reſtituendi ſunt. Rectè, ſi leges extarent, quibus ex cauſa ignorantię reſtitutionem eſſe concedendam caueretur, ſicuti ex cauſa abſentię, Reipublicę cauſa cautum eſt, ſed nulla extat lex tale aliquid dicens, & multę contra extant conſtitutiones, ac leges, quibus contrarium ſuaderi probabiliter poteſt.

Sed iam videamus quantum habeant momenti ſententię communioris argumenta.

D Illud in primis affertur, quod habetur in l.1.ff.ex quibus cauſis maiores in integrum reſtituantur. *Si qua alia iuſta mihi cauſa eſſe uidebitur in integrum reſtituam.* Reſpondeo, non ita ſimpliciter textus dicit, ſed ita. *Item ſi qua alia mihi iuſta cauſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam, quoad eius per leges, plebiſcita, Senatuſconſulta, edicta, decreta Principum licebit.* At nulla extat lex, nullum decretum, quo ignorantiam eſſe iuſtam reſtitutionis cauſam aduerſus præſcriptionem demonſtrari poſſit.

Si dicatur, ſufficere, nullam eſſe legem, quę reſtitutionem prohibeat, quia ſic illa verba edicti accipienda ſunt l.nec non §. quod eis. ff. ex quibus cauſis maior. ibi. *Quæ clauſula non illud pollicetur, ſe reſtituturum, ſi leges permittant. ſed ſi leges non prohibeant.* Item ſufficere ſi æquitas reſtitutionem ſuadeat, ſic enim illa verba. *Si qua alia mihi iuſta cauſa uidebitur,* accipienda ſunt, vt in l. ſed & ſi per prætorem. §. item inquit prætor: ff.eod. tit. reſpondeo, leges hoc in caſu reſtitutionem prohibere, ſi non expreſſe.

laltem

ſaltem tacitè: quia videlicet etiam ignoranti nocere volunt præſcriptionem, nec ratio æquitatis reſtitutionem dari poſtulat, quia ſic nunquam eſſet litium finis, & parum ipſa præſcriptio prodeſſet, cùm ſcientes res ſuas ab alijs detineri ſæpius interrumpant præſcriptionem, & longum tempus, ideo ſit conſtitutum, vt perquirêdi res ſuas dominis facultas daretur.

Secundò affertur tex. in l.1.§.ſi quis propter. ff.de itinere, actuque priuato. Reſpondeo, textum non loqui de impedimento, quod ex ignorantia procedit. Sic enim habet. *Si quis propter inundationem vſus non ſit itinere, actuq; hoc anno, cùm ſuperiore vſus ſit, poteſt repetita die hoc interdicto vti, per in integrum reſtitutionem, ex illa parte edicti, ſi qua mihi iuſta cauſa videbitur.*

Tertiò affertur tex. in l.& Atticilinus. ff.de ſeruitutibus ruſtic. prædior. Reſpondeo. Reſtitutionem dari in ea ſpecie ex alio impedimêto, quàm ignorantiæ, ſic enim ait textus. *Hi, qui ex fundo Sutrino aquam ducere ſoliti ſunt, adierunt me, propoſueruntq; aquam, qua per aliquot annos vſi ſunt, ex fonte qui eſt in fundo Sutrino, ducere non potuiſſe, quòd fons exaruiſſet, & poſtea ex eo fonte aquam fluere cœpiſſe, petieruntq; a me, vt quod ius non negligentia, aut culpa ſua amiſerant, ſed quia ducere non poterant, his reſtitueretur. Quorum mihi poſtulatio, cùm non iniqua viſa ſit, ſuccurrendum his putaui. Itaque quod ius habuerunt tunc, cum primum ea aqua ad eos peruenire non potuit, id eis reſtitui placet.*

Quartò affertur tex. in l.ab hoſtibus. ff.ex quibus cauſis maiores. Reſpondeo, textum loqui de abſente ab hoſtibus capto, non autem de ignorante.

Quintò affertur tex. in l.ſi partem. §.1. iuncta Glo. ff. quemadmod. ſeruitus amittatur. Reſpondeo, textum illum potius fauere ſententiæ noſtræ, & Glo. in verbo, non vtendo, quæ reſtitutionem in cauſa ignorantiæ concedendam arbitratur, niti authoritate l. & Atticilinus. ff.de ſeruitut. ruſt. præd. qui tex. ad hanc rem non pertinet, vt ſupra dictum eſt. Iuriſconſulti verba, in d.l.ſi partem.§.1.hæc ſunt. *Si per fundum meum viam tibi legauero, & adita mea hereditate, per conſtitutum tempus ad amittendam ſeruitutem ignoraueris eam tibi legatam eſſe, amittes eam non vtendo.*

Sextò affertur illa ratio, quòd cùm ex cauſa infirmitatis & abſentiæ, & ex alijs iuſtis impedimentis reſtitutio concedatur, ſit etiam ex cauſa ignorantiæ concedenda, quia iuſtum impedimentum afferre videtur. Reſpondeo hæc eſſe diſſimilia. Nam idcirco tempus ignoranti datur à lege, vt res ſuas perquirat, ne iuſtam conquerendi cauſam habeat, & vt ſi vel noluerit, vel non potuerit, iura ſua inuenire, id vel negligentiæ ſuæ, vel fato adſcribat, neque enim perpetuæ lites eſſe debent in Republica, & dominia rerum in incerto eſſe.

Poſtremò affertur illa ratio, quòd præſcriptio inducta eſſe videatur in odium negligêtis. Is autem qui ignorat, negligens eſſe non dicatur. Reſpondeo, bono publico inductam eſſe vſucapionem, ne ſemper dominiã rerum in incerto eſſent, & vt aliquando litium finis eſſet. l.1.ff.de vſucapion.l.vlt.ff. pro ſuo.

CAPVT LXX.

Vtrum præſcriptione, ſiue vſucapione acquiratur dominium directum, an verò vtile tantum.

VTile dominium, ſi noſtrorum interpretum loquendi vſum, & placita ſpectemus, duobus modis dicitur. Primùm illud quod opponitur directo dominio, ſecundò id, quod ex directo dominio pendet, quale dicuntur habere emphyteutæ, & vaſſalli: de qua quidem appellatione aliquibus quidem probabili, aliquibus non ſatis probabili, iam non diſputo, ſed de re ipſa, ac omiſſa poſteriore ſignificatione. Quòd ad priorem attinet, non deſunt, qui ex præſcriptione negant

A acquiri directum dominium. Non deſunt etiam, qui affirment; Inter omnes autem conuenit, ſi de vſucapione rerum mobilium agatur directum acquiri dominium ſimiliter inter omnes conſtat non acquiri ex præſcriptione longiſſimi temporis, ſi poſſeſſor ſit in mala fide. Vide Alciat. in l.vt ſunt. ff. de verb. ſignific. Vaſquium; Controuerſ.illuſt.cap.54.& Pinell.in Authen. niſi Tricennale. nu.38. C.de bonis matern. Omnis controuerſia eſt de præſcriptione longi temporis, ac longiſſimi, cũ poſſeſſor eſt in bona fide. Etenim eiuſmodi præſcriptione vtile duntaxat dominium acquiri, reſponderunt Glo. in l.traditionib. C.de pact.& in d.Auth. niſi tricennale, quam vtroque in loco ſecutus eſt Bart. & Felyn. in rub. de præſcript. atque ibid. Panorm. Bald. de præſcript.2. parte 3. partis princip. q.x. & alij quos commemorat Couar. ad reg. poſſeſſor malæ fidei, in 3. parte in princip. de reg.iur.lib.6.

Argumenta verò ſunt iſthæc. Primum ex l.ſi duo patroni. B §.1. ff.de iureiur.in illis verbis. *Poſt longi temporis præſcriptionem, etiam vtilem actionem habere debere.*

Secundum eſt ex l.1.in fin. ff.de aqua plu.arcen. & ex l.ſi quis diuturno. ff. quemadmodum ſeruitus vindicetur. in quibus locis habetur, acquiſita ſeruitute per præſcriptionem, actionem vtilem competere.

Tertium argumentum eſt ex eo, quòd ex præſcriptione dicitur oriri exceptio. vt l.ſuper longi. C.de longi temporis præſcript. & in l.ſi quis emptionis. C.de præſcript. longiſſ.temp. Exceptio autem eſt actionis excluſio. l.2. ff.de exception. ergo is, contra quem excipitur, de præſcriptione dominium rei habet, alioquin rem vendicare & agere non poſſet, cùm autem dominium vtile non habeat, eſt enim illud penes poſſidentem, neceſſariò ſequitur eum habere directum, & ſic vtile duntaxat præſcribenti fuiſſe quæſitum.

Poſtremum argumentum eſt huiuſmodi. Dominium ex iure gentium prouenit, l.ex hoc iure. ff.de inſt. & iu. C ergo ex iure ciuili tolli non poteſt ex præſcriptione. §.vlt. in inſt.de iure naturali, gentium & ciuili.

Sed contrariam ſententiam habuerunt doctores galli veteres, Deci. & Alciat. in l.traditionib. C.de pactis. Cotraſius lib.6. Miſcellaneor.cap.20. Couar. loco nuperrimè citato. Vaſquius Controuerſ.illuſt. c.54.& Pinell. in Auth. niſi tricennale. C. de bonis matern.nu.39.

Argumenta verò ſunt iſta. Primum ex l.3. ff.de vſucapion. & ex l.acquiritur.x. §.non ſolum. ff.de acquir.rer. dom.& ex l.traditionib. C.de pactis, quibus in locis habetur, vſucapionib. dominia rerum nobis acquiri. Quę quidem dominij appellatio, in potiori ſignificatu eſt accipienda, l.1.§.qui in perpetuum. ff.ſi ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur.

Secundum argumentum eſt ex §.1. in inſtit. de vſucapion. vbi Imperat. ita dicit. *Et ideo conſtitutionem ſuper hoc promulgauimus, qua cautum eſt, vt res quidem mobiles per triennium, immobiles verò per longi temporis poſſeſſionem vſucapiantur. & his modis, non ſolum in Italia, ſed etiã* D *in omni terra, quæ imperio noſtro gubernatur, dominia rerum, iuſta cauſa poſſeſſionis præcedente, acquirantur.*

Tertium eſt ex l.vlt. C.de edicto D. Hadriani tollendo, & ex l.omnes in fi. C. de præſcript. longiſſ. tempor, quibus in locis habetur. Ei, qui bona fide præſcripſit, pleniſſimam ſecuritatem ſuper dominio præſtari.

Quartum & poſtremũ eſt ex c. inter memoratos. 16. q.3. vbi dominium præſcriptione acquiſitum appellatur æternũ, & ex c.clerici, ead.q. vbi proprietas nuncupatur.

Ego in hac difficultate ſic ſtatuo. Primum & ſecundũ argumentum prioris ſentêtię, ac poſtremum etiam, nullius eſſe momenti. Nam quòd attinet ad tex. in l.ſi duo. §.1. ff.de iureiur. ſenſus illius loci non eſt ex præſcriptione naſci vtilem actionem, ſed actionem vtilem ei, qui iurauit competere ex iureiurando, etiam poſt longi temporis præſcriptionem, ſcilicet ab aduerſario poſſeſſore cõpletam; vti explicat omnium optimè Duaren. in comment.

men.ad tit.ff.de iureiur.cap.5. Quòd verò attinet ad ſeruitutes, quia non propriè poſſidentur, non mirum videri debet, ſi earum nomine vtilis actio ex præſcriptione quæratur.

Denique quod attinet ad vltimum argumentum, certum eſt illud nil obſtare, quia ius naturale, quo dominiũ propriæ rei quiſque habet, & quod dictat illud, nemini auferendum, interpretationem ſumit ea alia eiuſdem iuris naturalis ratione, quæ dictat, vt Reipub. & Principibus pareamus, & ſic leges præſcriptionem inducentes obſeruemus, quæ iuſtam ob cauſam & propter publicã vtilitatem conſtitutæ ſunt.

Vna ſupereſt difficultas circa tertium argumentum. Nam cùm antiqui legum interpretes intelligerent, antiquo rerum domino, actionem competere ad rem ipſam vindicandam, ex eo ſtatim argumentati ſunt, dominium aliquod eum habere, ſi non vtile, ſaltem directũ: quod verò agere poſſit antiquus rei dominus, inde deduxerunt, quoniam leges dicũt, poſſeſſorem aduerſus eum exceptionem præſcriptionis habere; exceptio enim eſt actionis excluſio, & ſic præſuppoſita exceptione ex parte præſcribentis, præſupponenda eſt etiam actio ex parte agentis, qui ſcilicet olim rei dominus erat. Sed iſtud argumentum parum habet ponderis, quia antiquus dominus etſi agat, & nomine tenus & de facto rem vendicare tanquam dominus videatur, attamen re ipſa & de iure dominus non eſt: quod patet, primò, quia exceptione repellitur ab eo, qui præſcripſit; deinde, quia ita iure conſtitutum eſt, vt ſi is, qui rem præſcripſit, bona fide à poſſeſſione cadat, rem vẽdicare poſſit, vt patet ex d.l. ſi quis emptionis. C. de præſcript. longiſſ. temporis, conſequenter non antiquus dominus, ſed ipſe poſſeſſor rei dominium habet: Quæ cùm ita ſint, haud quaquam opus erat diſtinctione vtilis & directi dominij. Nihil enim intereſt ipſo iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. l. nihil intereſt. ff. de reg. iu.

Quare in eam ſententiam deſcendo, quæ ſic vſucapioni faue, vt ea directum & abſolutum dominium acquiri confirmet.

CAPVT LXXI.

Vtrum iudex teneatur minorem delinquentem leuiori pœna afficere, quàm ſit à lege impoſita delicto.

TRactant hanc quæſtionem fusè & accuratè Sfortia Oddus, de reſtitutione in integrum parte 2. q.79. art.9. & Antonin. Theſaurus, in nouis Deciſionibus Pedemont. deciſ. 161. Alios tàm veteres, quàm recentes authores ipſi referunt, quorum aliqui ad pœnam minuẽdam delinquentibus, minoribus XXV. annis iudicem obligatum eſse contendunt; alij verò negant: alij diſtinctionibus quibuſdam vtuntur.

Ego quid ſentiam in hac difficultate, paucis explicabo, ſi prius argumenta vtriuſque ſententiæ, tàm affirmantis, quàm negantis in medium attulero.

Igitur eorum, qui exiſtimant pęnam eſſe leniendam, argumenta hæc ſunt præcipua. Primum eſt ex l. auxiliũ. ff. de minoribus. in illis verbis. *Niſi quatenus interdum miſeratio ætatis ad mediocrẽ pœnam iudicem perduxerit.*

Secũdũ eſt ex l. ferè in omnibus, de reg. iu. *Fere in omnibus pœnalibus iudicijs, ætati & imprudentiæ ſuccurritur.*

Tertium eſt ex l. ſi adulterium. §. fratres. ff. ad leg. Iul. de adulteriis. *Fratres denique Imperatores, Claudio crimen inceſti* propter ætatem remiſerunt.

Quartum ex c. vlt. de ſententia Excommunicationis; ibi. *Propter defectum ætatis in qua fuit commiſſus exceſſus, rigor manſuetudine temperandus ſit.*

Poſtremum argumentum eſt huiuſmodi, quia videlicet, vbi minor eſt culpa, ibi minori etiam pœnæ locus eſſe debeat: negari verò non poteſt, quin minoris XXV. annis culpa longè ſit leuior, quàm maioris, propter imprudẽtiam atque inconſultum calorem, quibus illa ætas magis eſt obnoxia. Igitur lenienda eſſe videtur pęna minoribus delictum committentibus.

Argumenta vero eorum qui contrariam ſententiam amplexi fuere, iſta ſunt præcipua. Primum ex l. ſi ex cauſa. §. nunc videndum. ff. de minoribus. ibi. *Et placet in delictis minoribus non ſubueniri.* Secundum ex l. ſi minor. 36. ff. ad leg. Iul. de adult. *Si minor annis adulterium commiſerit, lege Iulia tenetur.*

Tertium ex l. excipiuntur. ff. ad Senatuſconſultum Syllanianum, ibi. *Qui verò miniſtri, vel participes cædis fuiſſent, & eius ætatis, quanquam nondum puberis vt rei intellectum capere poſſent, ij non magis in cæde domini, quam in nulla alia cauſa parci oportere.*

Quartum eſt ex l.7. C. de pœnis, vbi tex. ita dicit. *Impunitas delicti propter ætatem non debetur.*

Quintum eſt ex l.6. C. ad leg. Corn. de ſicariis. ibi. *Innocentia purgari crimen, non adulta ætate defendi conuenit.*

Poſtremum argumentum eſt ab authoritate Cõſtantini Harmenopuli in promptuario iuris lib 6. c.6. *Qui cædem,* inquit, *meditatò & conſultò fecit, cuiuſcunque ætatis ſit, gladio plectitur, &c.*

Ego igitur ſic ſtatuo, in adulterij & homicidij crimine minori delinquenti, haudquaquam pœnam eſse minuendam, quoniam huiuſmodi delicta in ætate adulta potiſſimum committuntur.

Moueor authoritate tex. in d. l. ſi minor. 36. ff. ad l. Iul. de adult. & authorit. tex. in d. l.6. C. ad l. Corn. de ſicarijs. Quod verò ad alia delicta attinet, permagni referre iudico, vtrum ſemel an ſæpiùs minor deliquerit, vtrũ fuerit aliàs punitus propter delictum commiſsum necne, ſitne atrox delictum, vel leue, & an malitia ætatem suppleat nec ne, & denique, vtrum ſpes affulgeat aliqua melioris frugis. Equidem ſi de graui crimine agatur, quod ſæpius adultus perpetrauerit, haud ſemel animaduerti, capitali ſupplicio affectum fuiſſe, quod & magnopere probo. His ceſſantibus benigniorem ſententiam ſecutus ſum.

Denique argumentum nullum video, quo ſententia ſtabiliri poſſit perpetua, per quam iudices ad mitiorem pœnam adultis delinquentibus infligendam, teneantur. Etſi interdum id eis licere non dubitem, quemadmodũ argumenta prioris ſententiæ facilè euincunt; illud enim argumentum poſtremum, quod ſumitur ex leuitate culpæ, non eſt ſolidum. Nam ſi verbi gratia adultus hominem occiderit, non is quidem tam grauiter peccat, ac ſi maior eſſet XXV. annis, ſed nõ propterea efficitur, eum minori pœna afficiendum, quàm hominem occidenti ſit præſcripta: ratio eſt, quia tam grauiter delinquit, vt pœnæ homicidii meritò reus eſſe debeat.

Exemplum eſto. Homicidium eſt maius crimen adulterio, vnde qui hominem occidit, magis peccat, quàm qui adulterium committit, & tamen vterque capitali pęna dignus eſt. Qui enim minus grauiter delinquit quàm alter, ita tamen delinquit, vt incidat in pœnam à lege conſtitutam.

CAPVT LXXII.

Vtrum minor XXV. annis reſtituendus ſit, aduerſus confeſſionem delicti.

MInorem annis qui confeſſus ſit delictum, de quo conuictus non eſt, aduerſus confeſſionem eſſe reſtituẽdum, Angelus exiſtimauit in l. certum. §. in pupillo. ff. de confeſſis; quem poſtea ſecuti ſunt alij, vt Alexander refert, in conſ. 115. lib 3. & Iaſon. in l. nam & poſtea §. ſi minor. ff. de iureiur. & alij paſſim. Horum argumenta ſunt iſta.

Primum ex d. l. certum. §. in pupillo. ibi. *Minorem à confeſſione ſua reſtituemus.* Secundum eſt ex eo, quod minor

nor aduerſus negationem reſtituitur, vt patet ex l. ſi ex A cauſa. §. nunc videndum, ff. de minorib. ergo eadem ratione reſtituendus videtur aduerſus confeſſionem. Tertium eſt ex regula generali. Minoribus læſis ſuccurrendum eſſe l. minoribus. ff. eod. tit. cum alijs, ſed hic eſt læſus ex confeſſione, quia delictum nõ poteſt aliunde probari, ergo reſtituendus eſſe videtur.

Iſtis non obſtantibus contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, quam defendit Franciſcus Sarmientus lib. 3. ſelectar. interpret. cap. 13. Moueor authoritate textus in l. auxilium. ff. de minorib. vbi dicitur, in delictis, minorem nõ mereri in integrum reſtitutionem, & paulo poſt de eodem minore confitente, ita dicitur: *Sed vt ad leges Iuliæ de adulterijs coercendis præcepta veniamus, vtique nulla deprecatio pœna eſt, ſi ſe minor annis adulterum fateatur.* His verbis probatur non eſſe in integrum reſtituendum minorem, aduerſus ſuam confeſſionem, quia ſi reſtituendus eſſet, aliqua certè eſſet pœnę B deprecatio, quia ſcilicet reſtitueretur aduerſus ſuã confeſsionem, & pœnam euaderet, niſi aliunde conſtaret eum deliquiſſe.

Confirmatur hæc ſententia: nam aut verum faſſus eſt minor, aut falſum, aut nobis non conſtat, vtrum verum aut falſum dixerit. Primo caſu reſtitutionẽ non meretur, quia iure communi vſus eſt, l. vlt. C. de in integr. reſt. mino. tenebatur enim verum dicere. Secundo caſu reſtituendus eſt, ſi de errore ſuæ confeſſionis doceat. l. 1. §. ſi quis vltro. ff. de quæſt. Tertio caſu eſt indignus reſtitutione, quia nõn eſt pręſumendum, quod mentitus ſuerit contra ſe, ſi modò ſit ſanæ mentis, & intelligat rem, de qua agitur, vt ſolent adulti.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, tex. 1. in §. in pupillo, de cauſis pecuniarijs intelligendum eſſe. Id patet ex legibus præcedentibus. Nam in præcedentibus habetur confeſſum pro iudicato haberi & ſufficere, ſi tutores vel curatores fateantur. Pupillo C vero confeſſionem non obeſſe, quia reſtituendus erit. Nos vero loquimur de adulto confitente maleficium.

Ad ſecundũ reſpondeo, tex. in d. l. ſi ex cauſa; locum habere, quando falſo adultus negauit delictum, propter quam negationem creſcit in duplum condemnatio, & ſic de læſione eius conſtat, & de falſitate confeſſionis.

Ad poſtremum reſpondeo, hic non conſtare de læſione, niſi vel metu fuerit confeſſus delictum, vel alterius dolo, vel reuera illud non commiſerit, tunc enim non debet ei confeſſio nocere, ſicut nec maiori, vt in d. l. 1. §. ſi quis vltro. ff. de quæſt.

CAPVT LXXIII.

Vtrum filiatio probetur ex ſola tractatione, vt loquuntur, & educatione: vbi agitur de obtinenda hæreditate aut ſimilibus iudicijs petitorijs.

Filiationem probari ex tractatione & educatione tẽderunt Antonius Butrius in c. tranſmiſſa, colum. 3. qui filij ſint legitimi, Decius in conſ. 54. Pariſius in conſ. 10. nu. 110. lib. 2. Crauetta in conſ. 246. nu. 2. Illuſtriſſimus & Reuerendiſſimus Cardinalis Palęotus de nothis & ſpurijs, cap. 22. num. 5. Alba in conſ. 85. Purpuratus in conſ. 559. lib. 2. D. Cephalus in conſ. 137. nu. 44. lib. 1. Couar. de ſponſalib. parte 2. cap. 8. §. 3. nu. 6. Menochius de arbitr. iudicum, caſu. 89. nu. 70. & de præſumpt. li. 6. c. 53. nu. 22.

Fundamentum eſt in eo, quod ex tali educatione & tractatione filius quis præſumatur, & conſequenter aduerſæ parti id neganti, onus incumbat contrarium probandi: iuxta l. circa. ff. de probat. Quod autem ea præſumptio oriatur ex educatione & tractatione, probatur ex l. 1. §. ad quæſtionem. ff. de quæſtionib. in illis verbis: *Nec facile credendum, ſubiectam eam, quam ambo paren-*A *tes dicũtur charam filiam habuiſſe, reſcripto Diuorum Fratrum ad Lucium Tiberianum emiſſo declaratur.*

Contrariam ſententiam ſecuti fuere Baldus in conſ. 180. mortuo lib. 3. & in c. per tuas, de probat. & in l. non ignorat C. qui accuſare non poſſunt, vbi etiam Petrus & Cynus, Albericus & Salicet. Iaſon. in l. neque profeſſio. C. de teſtam. & in conſilio 120. libro. 4. Caſtren. in conſ. 434. non procul a principio libr. 1. Decius in conſil. 521. Alciatus Reg. 3. præſumpt. 35. & in conſil. 201. 524. 614. Berous in conſ. 158. nume. 4. 5. lib. 2. D. Cephalus in conſil. 82. nume. 48. lib. 1. Rolandus a Valle in conſi. 49. nu. 48. lib. 4.

Quæ poſterior ſententia mihi magis probatur. Primùm ex eo, quod habetur in l. filium. ff. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt, ubi Iuriſconſultus: *Filium definimus, qui ex viro & vxore eius naſcitur.* Ergo id probare debet is, qui ſe filium aſſerit.

Nec obſtat, ſi dicatur id probare ex præſumptione, B quæ oritur ex eo, quod habitus & educatus fuerit tanquam filius, quia in iudicijs petitorijs non ſufficit actori ſuæ intentionis fundamentum probare ex præſumptione & cõiectura. Id patet. Nam ex poſſeſſione dominium præſumitur, ſecundum Bartoli ſententiam communiter receptam in l. quidam in ſuo ff. de cond. inſtit. & tamen hęc pręſumptio non ſufficit in rei vendicatione, ſed probanda ſunt quatuor, nempe titulus, traditio, precij numeratio, & diuturna poſſeſſio: vt declarat optimè Menochius de arbit. iudicum, caſu. 44. ſic igitur & in propoſita ſpecie, cùm principalis ſit quæſtio, an aliquis ſit filius, ad hoc vt hæreditatem vendicare poſſit, probandũ erit, filium eſſe aliter quam per vnam illam præſumptionem, illa enim nihil amplius tribuit, quam poſſeſſionem vel quaſi, filiationis, poſſeſſio autem non ſufficit ad obtinendum in petitorijs iudicijs, vt dictum eſt.

Non obſtat argumentum contrariæ ſententiæ, quia textus allegatus nihil aliud probat, niſi quod de pręſum- C ptione dictum eſt, eam videlicet ſuppoſitam non præſumi, quam parentes tanquam charam filiam habuerunt. Sed tamen ex eo non dicitur conſtare filium eſſe, argumento l. neque profeſſio. C. de teſtam. l. non nudis l. non epiſtolis. C. de probationibus. Neque enim coniectura loco probationis habetur. l. tutor petitus. C. de periculo tuto. & declarat Iaſon in l. licet. nu. 13. de legatis 1. in petitorijs vero non ſufficiunt præſumptiones, ſed probationes requiruntur.

CAPVT LXXIV.

Vtrum appellare liceat a ſententia Iudicis, quæ pronunciat ſententiam exequendam eſſe.

Non eſt certi, ſed cõtrouerſi iuris, utrum ab ea ſententia appellare liceat, qua pronũciatur ſententiã D exequendam eſſe. Diuerſarum opinionum authores nõ commemorabo, quoniam ex commentarijs interpretum noſtrorũ facilè colligi poſſunt, ad l. ab executione. C. quorum appellationes non recipiantur, & ad l. ab executore. ff. de appellationibus & relationibus. Fuſeque commemoratur a Gabriellio commu. concl. tit. de appellat. concluſ. 4. rationes potius & argumenta placet diligenter expendere.

Igitur qui putant appellari non poſſe, trib. potiſſimum argumentis vtuntur. Primum. Ab executione appellari non poteſt d. l. ab executione. & d. l. ab executione. Ergo nec a pronunciatione de exequendo. Conſequens probatur, quia pronunciatio de exequẽdo nihil aliud eſt in effectu, quam verbalis executio. Si ergo non licet a reali executione appellare, nec licebit a uerbali.

Secundum argumentũ. Pronunciatio de exequendo, nihil aliud eſt, quàm præambulũ ipſius executionis. Ergo lex, quę prohibet appellationem ab executionẽ, vide-

videtur etiam eam prohibere ab huiuſmodi pronunciatione de exequendo, quoniam eſt eadem ratio, & lex non eſt impoſita verbis, ſed rebus. l. 2. C. communia de legatis.

Tertium argumentum. Prohibito vno cenſetur etiam prohibitum id, per quod peruenitur ad illud. l. oratio. ff. de ſponſ. ſed prohibita eſt appellatio ab executione, ergo videtur etiam eſſe prohibita a pronunciatione de exequendo per quam peruenitur ad ipſam executionem.

Fundamentum autem eorum, qui contrariam ſententiam ſunt amplexi, illud eſt, quod ab omni ſententia regulariter appellare liceat. l. & in maioribus, C. de appellat, ergo & ab huiuſmodi pronunciatione de exequendo.

Et licet ab executione appellari non poſſit, eſt tamen ratio differentiæ, quia executor non poteſt grauare partem, niſi modum excedat; neque enim eius officium eſt in cognoſcendo, ſed in exequendo. Verum qui pronunciat ſententiam eſſe exequendam, prius cognoſcere debet, an ſit exequenda, quare, ut perperam pronunciet, facilè accidere poteſt.

Ego ſanè, ſi de mero executore agatur, cuius officium in exequendo, non autem in cognoſcendo, iuxta text. in c. Super quæſt. de offic. delegati in illis verbis: *Non tam cognitorem, quam executorem, &c.* non dubito, quin prior ſententia veriſſima, eamque planè euincant argumenta ſuperius allata. Cæterùm, ſi de executore agatur non mero, ſed mixto, qui ſcilicet executioni præmittere cognitionem debeat, nihil ſanè video, cur appellare non liceat. Etenim, vt contra ius litigatoris pronunciet, fieri poteſt, ergo appellare licet. Nam & appellatio eſt permiſſa ab eo, qui ſententiã male interpretatur, vt in d. l. ab executore. ff. de appellat. & relatio. Quod ſi ius Canonicum inſpiciamus, nulla ferè dubitatio eſſe poteſt, quoniam eo iure inſpecto, appellare licet ab omni ſententia & interlocutione Iudicis.

Quæ quidem diſtinctio, ſi recipiatur, nihil obſtabunt priori ſententiæ argumenta, omnia enim locum habent in executore mero, vt enim ab executione appellare non licet, ita neque ab eius præambula pronunciatione. Cæterum in executore mixto, qui & exequi, & cognoſcere debet, nullas habent vires ea argumenta, quia cognitio illa & pronunciatio, an ſententia ſit exequenda, non eſt præambulum executionis, neque rei ei annexa, ſiue acceſſoria, ſed principalis & prorſus ſeparata, præcipueque definienda ac terminanda.

CAPVT LVXV.

Vtrum in cauſis poſſeſſorijs appellare liceat.

VAriæ ac diuerſæ ſunt doctorum ſententiæ, vtrum in cauſis poſſeſſorijs appellare liceat. Prima eſt opinio eorum, qui ſimpliciter appellari poſſe negant. Ita Bart. Caſtr. & cæteri antiquiores, nec non Cæſar Cotardus in cõmentarijs. l. 1. C. ſi de momẽtanea poſſeſſ. fuerit appellatum. quorum fundamentum eſt in textu dictæ legis, qui ſic ſe habet. *Cum de poſſeſſione & eius momento cauſa dicitur, etſi appellatio interpoſita fuerit, tamen ſententia lata ſortiatur effectum.* Confirmatur ea ratione, quoniam præiudicium, quod per ſententiam in poſſeſſorio latam irrogatur, in iudicio petitorio reparari poteſt.

Secunda eſt opinio: iure quidem ciuili appellari non poſſe a ſententia in poſſeſſorio lata, verum ſecus iure canonico. Ita Abbas in ca. cum ad ſedem, nu. 30. de reſtitu. ſpoliator. Ripa in ca. ſæpè, colu. penult. eod. tit. Federicus Senen. in conſilio 77. Decius ad l. 1. nume. 6. C. de bonor. poſſeſſ. ſecundum tabu. Contardus in commentarijs d. l. vnicæ. limitatione 3. numero 1. Couar. practicar. quæſt. capit. 23.

Argumenta quibus probatur iure canonico appellari licere, ſunt hæc. Primũ, quia regulariter in omnibus cauſis, etiam minimis appellatio eſt a ſacris canonibus permiſſa. c. de appellationibus, extra de appellationib.

Secundum, ex c. cum ad ſedem de reſtit. ſpoliatorum, vbi ſententia lata fuit in cauſa poſſeſſoria, & ad ſedem Apoſtolicam appellatum, reformataque ipſa ſententia.

Tertium ex c. ex conqueſtione eod tit. & cap. ſignificauerunt, de teſtibus: quibus in locis de cauſa poſſeſſoria agitur, & præſuppont videtur appellari potuiſſe a ſententia lata.

Quartum ex Clem. 1. de cauſa poſſeſſ. & propriè. ibi. *Tam appellanti, quam appellato licere decernimus, nedum petitorium, ſed & poſſeſſorium intentare.*

Poſtremum ex Clem. unica de ſequeſtratio. poſſeſſ. & fruct. ubi deciditur, non eſſe quempiam beneficij poſſeſſione priuandum, per vnam tãtum ſententiam in poſſeſſorio latam, ſed beneficium eſſe ſequeſtrandum apud aliquem, qui fructus ei reſtituat, qui victoriam obtinebit Deinde dicit, id obſeruandum etiam circa negotia pendentia per appellationem, ex quibus omnibus Summus Pontifex indicare videtur, appellationem eſſe permiſſam in cauſis poſſeſſorijs.

Tertia eſt ſententia tàm iure ciuili, quam iure canonico appellare licere in cauſis poſſeſſorijs: ſed tamẽ executionem rei iudicatæ non ſuſpendi, quod perinde eſt, ac ſi vna cum doctoribus dixerimus, appellari poſſe quoad effectum deuolutiuum, non autem quoad effectum ſuſpẽſiuum. Ita Archidiaconus in ca. & qui §. ſiquis auſus fuerit. 2. q. 6. Bart. in l. 2. ff. de appellat. recipien. Angelus in conſ. 107. Couar. pract. quæſt. c. 23. nume. 8. verſic. Secunda concluſio.

Atque hæc poſtrema ſententia videtur mihi probabilior alijs omnibus. Nam ſi ius ciuile ſpectemus, non dicit lex appellationem prohiberi, ſed dicit ſententiam latam effectum ſortiri. *Etſi appellatio,* inquit, *interpoſita fuerit, tamen ſententia lata ſortiatur effectum.* l. 1. C. ſi de momenta poſſeſſ. fuerit appellatum, quæ lex à Gratiano inſerta eſt decreto, vt patet ex c. ei qui §. ſiquis auſus fuerit, 2. q. 6. Ex quo aliquam coniecturam licet ſumere, non eſſe hac in re diſcrimen inter ius canonicum & ciuile. Nullus vero iuris canonici locus afferri poteſt, quo appellatio permiſſa eſſe dicatur quoad effectum ſuſpenſiuũ ut propterea loca ſuperiùs relata pro ſecundæ opinionis confirmatione, huic noſtræ non obſtent: Etſi enim euincant appellationem dari, non tamen euincunt executionem ſententiæ appellatione ſuſpendi. Quod enim eſt conſtitutum in Clem. 1. de ſequeſt. poſſeſſ. & fruct. ad beneficia eccleſiaſtica nominatim pertinet, nec ad alias profanas cauſas rectè porrigitur; quia ſi generaliter acciperetur, lata ſententia, in petitorio, vel poſſeſſorio ſequeſtrationi locus eſſet, vt in ea ſpecie, quod tamẽ eſt abſurdum affirmare: quoniam appellatione pendente nihil debet innouari. Vide Affict. deci. 98. Lancellotum de attentans appellatione pend. ampl. 7.

CAPVT LXXVI.

Vtrum a ſententia, per quam heres inſtitutus in teſtamento, in poſſeſſionem bonorum hæreditatis mittitur, appellatio ſit permiſſa.

N*On permittitur appellare, ne ſcriptus hæres in poſſeſſionẽ inducatur.* vt inquit Paulus iuriſconſultus, in l. vlt. ff de appel. recipien. Id quomodo accipiendum ſit nonnulla eſt controuerſia, & quidem appellationem permiſſam non eſſe, quoad effectum ſuſpenſiuũ, vt vocant, ſecus autem quoad deuolutiuum, author eſt Iacob. Menoch. de adipiſcend. poſſeſſ. remedio 4. nu. 827. eo argumento, quod & in pleriſque alijs caſibus, cùm appellatio prohibetur, intelligitur eſſe prohibita quo ad effectum ſuſpenſiuum, non autem quoad deuolutiuum, veluti

veluti in poſſeſſorijs, Bar. in l. 1. ff. de appellation. recipiẽ. A in ſententia dotis, Baldus Nouell. de dote, par. 9 priuil. 7. Cæterùm quoad vtrumque effectum, appellationẽ eſſe prohibitam docuerunt Auguſtinus Berous, q. 44. Petrus Benintẽdius, deciſ. 79. nu. 7. & Ioſephus Ludouicus, deciſ. Peruſ. 20. nu. 10. quibus & ipſe aſſentior. Moueor authoritate tex. in l. quiſquis. C. quorum appellationes non recipiũtur, vbi Imp. Gratianus, & Theodoſius ita dicũt. *Quiſquis ne voluntas defuncti teſtamento ſcripta reſcretur, vel ne ij, quos ſcriptos patueris hæredes, in poſſeſſionem mittãtur, auſus fuerit prouocare, interpoſitam q́; appellationem is, cuius ea de re notio erit, recipiendam eſſe crediderit, viginti librarum auri mulcta, & litigatorem, qui tàm importune appellauerit, & iudicem, qui tam ignauam conniuentiam adhibuerit, inuoluat.*

Argumentum ex hoc textu ſumitur in hũc modum. Nam ſi & appellanti, & iudici appellationem admittenti pęna irrogatur, nullo diſcrimine adhibito, ſequitur indiſtinctè appellationem eſſe prohibitam, quia ſi permiſſa eſſet quoad effectum deuolutiuum, neque appellans, neque iudex puniendus eſſet. Liceret enim aliquo mo- B do & appellare, & appellationi deferre.

Quæ verò afferuntur ſimilia in argumento contrariæ opinionis, vt maximè vera ſint, parum tamen obſtant, quia nulla eſt lex in alijs cauſis poſſeſſorijs & ſimilibus, quæ afferuntur, tàm diſertè appellationem prohibẽs pęna etiam conſtituta, quemadmodum hoc in caſu.

CAPVT LXXVII.

Vtrum in cauſa alimentorum appellatio ſit permiſſa, & quomodo.

QVod attinet ad cauſam alimentorum, vtrum appellatio ſit permiſſa, Specul. in tit. de appell. rubr. in quibus cauſis ceſſat appellatio. verſ. octauo, quando res dilationem nõ recipit, &c. vti- C tur hac diſtinctione. Aut alimenta officio iudicis petuntur, & tunc à ſententia iudicis appellatio prohibetur, quia incidenter, & ſummatim cognoſcit. l. ſi iudex. ff. de his qui ſui, vel alieni iuris ſunt. l. ſi quis à liberis. §. ſolent. ff. de liberis agnoſcendis. c. ex parte, & c. penult. de accuſationibus. Aut actionis iure petuntur, & tunc appellatio eſt permiſſa, quoniam iudex procedit, vt fit in iudicijs ordinariis. Sequitur eandem diſtinctionem Bart. ad l. ſi. ff. de appellationibus recip.

Altera eſt ſententia, quæ mihi probabilior videtur, appellationem in cauſa alimentorum permiſſam non eſſe, quò ad effectum ſuſpenſiuum, ſecus quò ad deuolutiuũ. Ita Io. Andr. in additio. ad Specul. loco ſuperius annotato. Bal. Nouel. de dote, par. 8. priuil. 7. ſcilicet ſi de futuris alimentis agatur, ſecus enim ſi de præteritis, vt tradit Lancellott. de attent. titu. de attent. lite pend. limit. 24. num. 7.

Probatur hæc ſententia, nam appellari poſſe à tali ſen- D tentia ſuadetur ex generali regula, quæ in omnibus cauſis appellationẽ permittit, niſi ſpecialiter ſit prohibita l. & in maioribus. C. de appellat. cap. de appellationibus. extra de appellatio. Neque prohibitam eſſe probat tex. in l. vlt. ff. de appellationibus recipien. quia loquitur de alia cauſa alimentorum, videlicet ne frumentũ in vſum militum in annonę ſubſidia contrahatur, & ſic cùm agitur de alimentis, quæ militibus debentur.

Appellatione verò non ſuſpendi effectum rei iudicatę, eo argumento demonſtrari poteſt, quod cauſa ipſa alimentorum, moram & dilationem non patitur, ne dum ipſa appellationis cauſa pendet, atque diſcutitur, alimentarius fame moriatur, quæ cauſa eſt, vt alimentorum cauſæ etiam diebus feriatis audiantur. l. 2. ff. de ferijs, & multa alia priuilegia ſint conſtituta, vt patet ex Bart. & alijs ad l. Mela. ff. de alimentis & cibarijs legatis.

CAPVT LXXVIII.

Vtrum à ſententia iudicis ſubdelegati appellandum ſit ad ſubdelegantem; an verò ad ſubdelegantis ſuperiorem, id eſt ipſum delegantem primum.

IVriſconſultus in l. 1. §. 1. ff. qui, & à quib. appell. Ita dicit. *Ab eo, cui quis mandat iuriſdictionem, non ipſe prouocabitur,* (hoc eſt à delegato non appellatur ad delegantem.) *nam & generaliter is erit prouocandus ab eo, cui mandata eſt iuriſdictio, qui prouocaretur ab eo, qui mandat iuriſdictionem,* (hoc eſt à delegato appellandum eſt ad ſuperiorem ipſius delegantis.)

Cæterùm in l. 1. C. qui pro ſua iuriſd. contrariũ docet Imperator. Ait enim. *Hæc teneant, niſi iudices à nobis ſpecialiter delegantibus dati, alijs cauſas delegauerint iudicandas: Nã his delegantibus nullo perſonarũ, cauſarum ve habito tractatu, appellationũ ad eos iure iudicia remeabũt.* Hoc eſt à delegatis iudicibus ad ipſos delegãtes appellabitur, nõ ad Principem, qui delegauit, ac delegãte ſuperior eſt.

Bartolus in d. l. 1. §. 1. diſtinguendum putat inter Principis delegatum, & alterius. Si Principis delegatus alijs vices ſuas commiſerit, ad ipſum delegantem appellandum erit, vt in d. l. 1. C. qui pro ſua iuriſd. ſi verò alius quàm Principis delegatus id fecerit, non ad delegantem appellabitur, ſed ad ſuperiorem delegantis, vt in d. l. 1. §. 3. ff. qui & à quibus.

Alij exiſtimant has leges accipiendas eſſe ſecundum iuris canonici diſtinctionẽ, quæ habetur in c. ſuper quæſtionũ §. porrò, de off. deleg. nempe vt ſi delegatus totam cauſam ſubdeleget, nihil ſibi reſeruando, tũc ad ſuperiorẽ ipſius ſubdelegantis appelletur: ſi verò aliquid ſibi reſeruauerit, ad ipſum ſubdelegãtẽ, vt in c. ſi delegatus de officio deleg. lib. 6. ita glo. in d. c. ſuper quęſtionũ, §. porrò, Abbas & Imolen. ibid. Franeus in c. Dilecti. 3. nu. 30. de appel. Io. Longouallius ad l. imperium in 2. par. nu. 9. ff. de iuriſd. om. iud. vbi ita ſcribit. *Ex cuius §. porrò diſpoſitione & doctrina puto l. vnicã. C. qui pro ſua iuriſd. eſſe variandã & declarandã. Nã ſi delegatus Principis totã cauſam ſubdeleget, (Ad nos, in ea legedũ erit, (hoc eſt, appellationẽ interponẽdã eſſe ad ipſum Principẽ.) Si verò parte; ſcribemus. Ad eos ſcilicet ad delegã. ẽ, iure remeabit appellatio.*

Ego in hac re ſic ſtatuo. Quod attinet ad antinomiã, nullam eſſe. Nam hæc duo differũt mandare iuriſdictionem, & iudicem dare, ſiue delegare. l. cum prætor. ff. de iudicijs. ibi. *Is quoque cui mandata eſt iuriſdictio, iudicem dare poteſt.* Itaque mandatur iuriſdictio in vniuerſum, vel quo ad vnam ſpeciem. Iudex verò datur in vna cauſa particulari, vel in articulo vnius cauſę. Vide Longouallũ loco annotato, nu. 2. Soc. in l. 1. ff. quis, & à quo appel. Alciatum in rubr. extra de off. ordi. Caſſiuncula in lib. 2. de off. iudicis, cap. 2. verſ. Hoc autem loco Federicũ Scotum ad rubr. ff. de officio eius, &c. nu. 48.

Textus ergo in d. l. 1. §. 1. ff. qui & à quibus loquitur de iudice, cui mandata eſt iuriſdictio, & qui alteri eã mandat: quare non ad ipſum, ſed ad ſuperiorem eius appellari debet. Ratio eſt, quia is cui iuriſdictio mandata fuit, nihil proprium habere dicitur, ſed eius, qui mandauit iuriſdictione vti, l. 1. §. qui mandatam. ff. de off. eius, cui mand. eſt iuriſd. itaque videtur quodammodo ſententia ab ipſo mandante lata; & ſic ad eum appellari nõ debet, quaſi videatur idem auditorium, ac tribunal, ſicuti de Epiſcopo & eius Vicario dicitur in cap. 2. de conſuetud. lib. 6. & in c. Romana, de appella. lib. 6.

Textus verò in d. l. unica. C. qui pro ſua iuriſd. loquitur in iudice dato, ſeu delegato à Principe, qui alij ſubdelegauit cauſam, ſic enim ait textus: *Niſi iudices à nobis ſpecialiter delegantibus dati, &c.* A iudice autẽ ſeu delegato ſecundum iuris regulas appellari debet ad delegantem: l. 1. & l. 3. ff. qui, & à quib. l. Imperatores. ff. de appell. & relatio. Ratio eſt, quia debet gradatim appellari, vt ibi dr.

E Quod

Quod verò ad quæſtionem ipſam propoſitam attinet, A exiſtimo, diſcrimen eſſe ſtatuendũ inter ius canonicum, & ciuile. Iure canonico, ſeruabitur quod eſt in d.c. ſuper quæſtioné. §. porrò. & in d.c. ſi delegatus. Iure autẽ ciuili, quod habetur in d.l. vnica, & in d.l. Imperatores, ff. de appell. & relatio. & in l. 1. & 3. ff qui & à quib. Eſt enim aperta hac in re diuerſitas, vt patet ex dictis legibus. Sic enim conſtitutum eſt in d. l. Imperatores. *Iidem reſcripſerunt a iudice quem à Præſide Prouinciæ quis acceperat, non rectè Imperatorem appellatum eſſe; ideoq; reuerti eum ad præſidem debere*. Vides ex hac lege ad delegantẽ appellari. Idem habetur in d.l. vnica. Nec enim ea variatio admitti poteſt, quam commemorat Longouallius, quoniam omnes Codices habent. *Adeos*, non autem *ad nos*. Et in l. 1. & 3. ff. qui & à quib. *Dato*, inquit textus, *iudice à magiſtratibus populi Romani cuiuſcunque ordinis, etiãſi ex authoritate Principis, licet nominatim dederint, ipſi tamen magiſtratus appellabuntur.*

Quid verò canones? Audi. *Porrò* (verba ſunt Pontif. B Max.) *cùm delegatus à nobis iuriſdictionem ſuam in alium transfert totam, ſi fuerit appellandum, non ad eum, ſed ad nos appellari debebit. Cùm autem ſibi aliquid de iuriſdictione reſeruat, ſi cauſa ſit ei, appellatione remota, commiſſa, non ad nos, ſed ad eum poterit de iure appellari*. Hactenus tex. in d.c. ſuper quæſtionem. §. porrò, de off. deleg.

Vides nõnihil differre canones & leges. Quare vtrũque ius obtinebit in ſuo cuiusque foro, nec aliquod abſurdum inde ſequitur. Cùm & in alijs hæc iura nonnihil diſcrepent in eadem appellationum materia.

CAPVT LXXIX.

An poſt lapſum anni, ſententia, à qua appellatum eſt, poſſit executioni mandari, quaſi appellatio deſerta ſit.

ANnus appellanti conceditur ex die appellationis C interpoſitæ, ad eam proſequendam, ac finiendã, & ex cauſa biennium, vt in Auth. ei qui. C. de tempo. appell. in c. cum ſit, de appellation. & in Clement. ſicut, eo. tit. ſed vtrum elapſo primo anno, ſententia lata ſit executioni mandanda, nonnulla eſt controuerſia.

Et quidem negant exequendam, & biẽnij lapſum expectandum eſſe cõtendunt, Bartolus in d. Auth. ei qui, Baldus in l. eos, colum. 2. C. de appella. & ibi Salicetus, nu. 6. Alex ad Bart. in d. Auth. ei qui. Felynus in cap. ex parte, 2. col. 7. de reſcript. Francus in c. ex ratione, nu. 5, de appellatio. his potiſſimum argumentis.

Primò, per lapſum primi anni certũ eſt appellationẽ deſertam non dici, ſi aliquod impedimentum fuerit, vt in d. Auth. ei qui. Cum ergo impedimentum intercedere potuerit, iudicare debemus illud interceſſiſſe, ne appellatio deſerta eſſe cenſeatur. Hæc enim eſt benignior interpretatio.

Secundò, id probari poſſe videtur ex ipſa Authen. ei D qui, dum ibi ſemel atque iterum habetur, poſt biennij lapſum ratam manere ſententiam.

Tertiò, ex Auth. Si tamen, C. de temp. appell. ibi. *Et propterea biennium tranſeat, intra quod oporteat appellationem finiri &c.* Quibus verbis patet, biennium eſſe conſtitutum ad finiendam appellationem, ergo ante hoc tempus ſententia executionem habere non poteſt.

Verùm iſtis non obſtantibus contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, nempe executioni eſſe mandandã ſententiam lapſo primo anno, niſi iuſtum allegetur, ac probetur impedimentum, propter quod expediri cauſa non potuerit appellationis.

Ita docuerunt Innocentius & Imola in c. ex ratione de appellat. Angelus in conſ. 310. nu. 2. Maranta par. 6. de appellationib. nu. 220. Senatus Pedemontanus apud Oſaſcum deciſ. 18.

Probatur hæc ſententia. Primum ex l. vlt. §. illud, C. de temp. appellat. in illis verbis. *Iubemus eundem appellatorem, niſi obſeruauerit iudicium, & cauſam vſque ad finem peregerit, ſed niſi per eum ſteterit, quo minus omnia litis certamina impleantur, nec appellatione defraudari, & ſententiam contrà eum latam in ſuo robore durare, & ad effectum perduci tanquam ſi ab initio minime fuerit prouocatũ. Niſi ipſe appellator euidentiſſimis probationibus poſſit oſtendere, ſe quidem ſumma ope niſum, voluiſſe litem exercere. per iudicem autem ſtetiſſe, vel aliam inexorabilem cauſam ſubſecutam, propter quam hoc facere minimè valuit.*

Quodnam verò tempus ſit, intra quod finiẽda ſit appellatio, initio legis habetur, nempe annũ eſſe. ibi. *Et in deſidia reliquum tempus permaneat; & annale tempus poſt inchoatam litem præterierit, &c.*

Secundò probatur hæc ſentẽtia ex Clem. *Sicut, de appellatio. Sicut appellationẽ iudicialem, ſic & extraiudicialem intra annum à die interpoſitionis ipſius, vel à die illati grauaminis, vbi a futuro grauamine appellatur, proſequi & finire tenetur appellans. Quod ſi iuſto impedimento ceſſante non fecerit, debebit eius appellatio deſerta cenſeri*. Hactenus ſummus Pontifex.

Ad primũ argumentum cõtrariæ ſnĩæ reſpondeo, negando illã conſequentiã. Potuit impedimentum interuenire, ergo interuenit. Non valet argumentũ de potentia ad actũ ad affirmandũ. l. non hoc. C. vnde legit. Et text. docet in d. l. vlt. §. illud; impedimentum eſſe probandum ab appellante, non autem allegandum duntaxat.

Ad ſecundũ rñdeo; textum in d. Auth. ei qui, nõ obſtare, ſic enim ait. *Et, qui appellat, impertiatur annus, intra quẽ ſecundùm ſe, communiterue cum aduerſario litem exequatur, aut ſi iuſta cauſa interceſſerit, alius annus indulgeatur, quo tranſacto, lite non completa, rata manet ſententia.*

Illa verba, *quo trãſacto* (ſcilicet biẽnio) *rata manet ſententia*, nihil obſtant, quia intelligũtur, qñ alter annus ex iuſta cauſa indulgetur. Sed nos dicimus indulgendũ nõ eſſe, niſi probetur iuſta cauſa ab ipſo appellante.

Ad tertiũ eadẽ rñſio valet, quia qđ dř in d. Auth. ſi tñ; *Intra bienniũ oportere appellationẽ finiri*, intelligendũ eſt, cum elapſo primo anno, ex iuſta cauſa bienniũ indulgetur; Etenim iuſta cauſa ceſſante, lapſo primo anno, appellatio deſerta cenſetur, vt in d. Clem. ſicut, de appellat.

CAPVT LXXX.

Vtrum iudex teneatur regulariter admittere appellationem ab interlocutoria.

IVdicem, à cuius interlocutione appellatur, regulariter non teneri appellationem interpoſitam admittere, authores ſunt glo. & Francus in c. de priore, de appellatio. & Angelus in l. quoniam iudices. C. eod. tit.

Quorum illud eſt argumentum; quia ſi appellationi deferre teneretur, appellatione admiſſa, vlterius de cauſa cognoſcere non poſſet, c. cum appellationibus, de appellat. lib. 6. Certum eſt autem ipſum iudicem appellatione interpoſita nõ obſtante, in cauſa cognoſcenda procedere poſſe, antequam inhibeatur, vt in c. Romana. §. ſi verò, & c. non ſolum, de appellation. lib. 6.

Verùm iſtis nil morantibus contrariam ſententiam amplector, Decium ſecutus in d. c. de priore. & Romanum in conſ. 301. ſic autem ſtatuo. Si talis cauſa fuerit allegata ab eo, qui prouocauit, quæ ſi vera eſſet, appellatio meritò fuiſſet interpoſita, iudicem debere appellationi deferre. Moueor ex c. debitus, de appellationib. vbi ſummus Pontifex monet appellantem, vt cauſam probabilem appellationis exponat, *talem videlicet* (inquit) *quæ ſi foret probata, deberet legitima reputari, & tunc ſuperior de appellatione cognoſcat, & ſi minus rationabiliter eum appellaſſe conſtiterit, illum ad inferiorem remittat*. His verbis colligitur, ſi cauſam offerat appellans iuſtam, ac probabilem, appellationem eſſe admittendam, aliàs ſecus.

Idem clarius colligo ex c. cordi, de appellation. lib. 6. vbi

vbi ſummus Pontifex ita dicit. *Sancimus igitur, vt ſi quis in iudicio, uel extra ſuper interlocutoria, uel grauamine aliquo ad nos duxerit appellandum cauſam appellationis in ſcriptis aſſignare deproperet, petat apoſtolos, quos ei præcipimus exhiberi. In quibus appellationis cauſam Iudex exprimat, & cur appellatio non ſit admiſſa, vel ſi appellationi forſan ex ſuperioris reuerentia ſit delatum, &c.*

His verbis ſummus Pontifex aperte indicat, appellationem eſſe admittendam, ſi iuſtam cauſam, vt ſupra dictum eſt, appellatus allegauerit; nam ſi iudex non teneretur illam admittere, non teneretur etiam cauſam allegare ſummo Pontifici, cur eam non admitteret.

Secundo moueor ex c. Romanos. §. quod ſi obijciatur, de appellat. libr. 6. *Quod ſi obijciatur,* inquit tex. *ex minus iuſta cauſa, ſeu minus legitima, ante ſententiam appellationem interpoſitam extitiſſe, & ex eo non eſſe appellationem huiuſmodi admittendam, nequeunt prædicti, &c.* Quib. ex verbis apparet appellationem admittendam non eſſe, vbi ex legitima cauſa interpoſita non eſt, igitur admittenda erit, ſi ex cauſa interponatur.

Cauſam verò legitimam appello, vt iam dixi, quæ ſcilicet, ſi probata eſſet, legitima cenſeretur, vt in d. cap. vt debitur de appellatio.

Poſtremò appellationibus friuolis deferendum non eſt, c. cum appellationibus, de appellat. libro 6. ergo legitimis eſt deferendum. Quare cum ab interlocutoria iure canonico liceat appellare, iudex appellationem admittere debet, ſi fuerit legitima, & non friuola, hoc eſt, ex cauſa minus probabili interpoſita.

Ad argumentū contrariæ ſententiæ reſpondeo; iudicem a quo eſt appellatū, non poſſe de cauſa cognoſcere, poſtquā appellationem admiſit, quia dicitur a ſe iuriſdictionem abdicaſſe, vt in d. ca. cum appellationibus, de appellation. lib. 6. ſed ſi appellationē non admittat, tūc procedere in cauſa poteſt antequam inhibeatur. Quod ſi appellationis cauſam, verā eſſe conſtiterit, proceſſus reuocabitur: ita loquuntur canones in argumento citati. cap. non ſolum, de appellatio. lib. 6. Si vero minus rationabiliter appellatū fuerit, appellās ad iudicem inferiorem remittendus erit, a quo ſcilicet appellauit, & in expenſis condemnandus, vt in cap. ut debitus, de appellationibus.

CAPVT LXXXI.

Vtrum appellans probare debeat, ſe iuſtè appellaſſe, & perperam fuiſſe iudicatum: an vero appellatus, iuſte pronunciatum, & perperam appellatum.

APpellanti onus incumbere probandi ſe iuſtè appellaſſe, indicare videtur tex. in l. hi qui ad ciuilia C. de appellat. in illis verbis: *Cum igitur ad munus uocatus appellaueris, apud Præſidem Prouinciæ, iuſte te appellaſſe, oſtende.* Sed contrariū Imperator docet in §. illud Auth. de his qui ingrediuntur ad appellat. Ait enim: *His patiantur victores ſententijs, ſi eas rectè habere monſtrauerint..*

Bart. in d. l. hi qui. tres caſus diſtinguit. Primus cùm quæritur, an ritè, hoc eſt, legitimo tempore fuerit appellatū: & tunc appellanti onus incūbit probandi. Secūdus cum quæritur, an iuſtè fuerit appellatū, & tunc ſi ex negatione fundatā habeat intentionē appellans, ei ſufficit dicere, ſe iniuſtè condemnatū, & acta exhibere. Si vero ex teſtibus vel inſtrumentis pendeat probatio, tunc probandi onus ad eū pertinet in cauſa appellationis, ad quē pertinet in cauſa ipſa principali, l. per hanc. C. de temp. appellat. l. eos. §. 1. C. de appellat. ſi tamen ex litigatoribus vnus tantum appellationem proſequatur, altero abſente, tunc is probare debet, qui proſequitur. §. illud in auth. de his qui ingrediuntur de appell.

Bartolū ſecuta eſt Capella Tholoſana deciſ. 341. Sed

A quod attinet ad primū diſtinctionis membrū, contrariū decidit Rota deciſ. 316. Itē ſi poſſeſſor in nouis, vbi decidit, non incumbere id onus appellanti, vt doceat ſe intra decē dies appellaſſe, ſed aduerſario, vt contrariū demonſtret. Idem docet Francus in c. 1. num. 11. de appellatio. & in c. bonę. col. 8. verſ. octauo debet appellans, eod. tit.

Fundamentum eſt, quia tempus appellāti currit a die ſcientiæ, non autem a die ſententię latæ, cap. concertationi de appellat. lib. 6. ignorantia vero præſumitur. l. verbis ff. de probation. ergo probādum eſt, appellantem ſciuiſſe ſententiam datam, & ex eo tempore intra decennium non appellaſſe.

Quod vero Bart. dixit in ſecundo membro diſtinctionis, ſi vnus tantum ex litigatoribus appellationem proſequatur, altero negligente, onus ad eū ſpectare probandi, ſe iuſtè appellaſſe, viſum eſt iniquū Præpoſito, in c. vt debitus de appellat. & Aufrerio in additione ad Capellam Tholoſanam dicta deciſ. 341.

B Ego vero ſic ſtatuo Bart. rectè locutum eſſe, ſi rectè intelligatur. Aut. n. appellans fuit præſens ſn.ię latę, & tunc cum ſcientiā habeat, tenetur appellare intra decē dies, & id probare ſe feciſſe, neque enim pręſumitur, argumēto l. quicunque. §. qui a pupillo. ff. de Publiciana: aut abſens fuit, & tunc diuerſa ſententia locum habere poteſt.

Quod vero attinet ad alterum caput ſeu membrum diſtinctionis Bartoli, ſimili modo diſtinguendum eſt, vt ſi quidem is, qui proſequitur appellationem, altero abſente, ex ſola productione ſententiæ contra ſe latæ præſumptionem habeat pro ſe, veluti, ſi tanquam debitor fuerit condemnatus, & ſe debitorem eſſe neget, tunc probare non debeat ſe iuſtè appellaſſe, quia aduerſarius eius, qui eſt actor, probare debet l. actor quod aſſeuerat. C. de probat. & ita accipiendus eſt tex. in §. illud, in authē. de his, qui ingrediuntur ad appellatio. ſi vero appellans pro ſe non habeat pręſumptionem, ac vt dicitur vulgo, intentionem fundatam, tunc is probare debet, ſe rectè appel-

C laſſe. Veluti ſi actor, qui ſe creditorem eſſe contendit, in prima ſententia ſuccubuerit, & ab ea appellauerit, nō habet intentionem fundatam, ſed probare debet ſe creditorem, atq. adeo ſe iuſtè appellaſſe. Ita accipiendus eſt text. & doctrina Bart. in d. l. hi qui ad ciuilia. C. de appellat. Et enim appellatio rem in eum ſtatum reuocat, in quo erat ante ſententiam, l. appellat. C. de appellat. ſed in prima inſtantia ante latam ipſam ſententiam a primo iudice actori onus probandi incūbebat, ergo & in cauſa appellationis incūbet. Vide Menochiū de Præſumpt. lib. 2. c. 95.

CAPVT LXXXII.

Vtrum ſit locatio, an vero alius contractus, cum pro mercede pecunia non datur, ſed aliud.

D COmmunis eſt, & vera ſententia, locationem eſſe, cum pro mercede pecunia datur, ſi vero aliud quam pecunia, alium eſſe contractum. Ita docet Glo. in l. 5. 1. ff. de pręſcript. verb. in l. ſi olei. C. locati. & in l. 1. §. ſi quis ſeruum. ff. depoſiti. & Bar. & alij in dictis locis. Ant. Gomeſ. de contract. c. 3. n. 3. & recentiores, Balduinus, Eguinarius, & alij in Inſt. de locato, in prin.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex d. l. 5. §. at cum do. ff. de præſcript. verb. *At cum do vt facias,* inquit textus *ſi tale ſit factum, quod locari ſoleat, puta, vt tabulam pingas pecunia data, locatio erit, ſicut ſuperiore caſu emptio ſit; ſi res ſit, non erit locatio, ſed naſcetur, vel ciuilis actio, in hoc, quod mea intereſt. vel ad repetendum condictio.*

Secundum eſt ex d. l. 1. §. ſi quis ſeruum. ff. depoſiti. in illis uerbis: *Quod ſi operæ eius ſerui cum cuſtodia compenſabantur, quaſi genus locati & conducti interuenit; Sed quia pecunia non dabatur, præſcriptis verbis datur actio.*

Contrariam ſententiam defendit Ioannes Corraſius li. 2. Miſcellan. cap. 11. nec non Arrius Pinell. ad legem 2.

C.de reſcin.vend.in 2.parte rubr.c.3.nu.29.

Argumenta ſunt iſta, Primum ex l.ſi olei. C.locati. *Si olei certa ponderatione*, inquit textus, *fructus anni locaſti, de contractu bonæ fidei habito propter hoc ſolum, quod alter maiorem obiulit ponderationem, recedi non oportet.*

Secundum eſt ex l. & hæc diſtinctio. §. vlt.ff. eod. tit, in illis verbis: *Si proponatur inter duos, qui ſingulos proprios fundos haberent, conueniſſe, vt alterius fundū, ita conductum haberet, vt fructus mercedis nomine penſarentur, &c.*

Tertium ex l. licet.C. eod.tit.ibi. *Certis annuis quantitatibus*, quæ verba non magis ad mercedem in pecunia, quam in fructibus applicari poſſunt; pro qua ſententia facit etiam textus in l.excepto.C.eodem tit.

Quartum eſt ex l.ſi merces §. vis maior.ff.eod.tit.ibi: *Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit, alioquin partiarius colonus, quaſi iure ſocietatis, & damnum, & lucrum cum domino fundi partitur.* Quibus verbis apparet prædium conduci poſſe, ita vt pecunia, vel fructus præſtentur.

Quintum ex §.adeo. in inſt. de conduct. & locat. ibi: *Quamdiu penſio ſiue redditus præſtentur, &c.*

Ad text.in l. 5.§.at cum do, reſpondet Coraſius, verbū *pecunia*, eo in loco omnes res ſignificare, iuxta l. vlt. C. de conſtituta pecu. aliter etiam Pinellus reſpondet, nempe illa verba; *Si res ſit*, referri ad differentiam facti, vel rei in locationem deductæ, non autem ad mercedem ipſius. Sed hæc & ſimilia, quæ iſti afferunt, nō tanti ponderis mihi eſſe videntur, vt quempiam a communi ſententia amplectenda deterreant. Ea enim ſatis luculenter probatur ex duabus legibus allegatis. Et quod Coraſius dicit, planè eſt improbabile, nempe pecuniæ verbum in d.l.5.§.at cum do, omnes res ſignificare. Nam eo in loco pecunia opponitur rei, ſiue alijs rebus: *Pecunia data*, inquit textus *locatio erit, ſi res ſit, non erit locatio*, hoc eſt, ſi res detur, quæ non ſit pecunia, non erit locatio. Confirmatur hæc interpretatio, Nam textus dicit, *Pecunia data, locatio erit ſicut ſuperiori caſu emptio*. Conſtat autem in emptione requiri pecuniam numeratam. Minus vero probabilitatis habet Pinelli ſententia, alio referentis illa verba. *Si res ſit*, contra apertam Iuriſconſulti mentem hoc diſcrimen ſtatuentis, vt ſiquidem pecunia detur, ſit locatio, ſi vero aliud quam pecunia, non ſit locatio.

Itaque cum ſatis clara ſint loca, quibus ſententia communis fulcitur, ego conuenientius eſſe iudico, alias leges, quæ obſcuriores eſſe videntur, declarandas eſſe ex magis claris & perſpicuis, quam è contrario.

Igitur quod attinet ad l.ſi olei.reſpōdeo, illud verbum *Locaſti*, ibi impropriè vſurpatum eſſe: nec mirum, quia etſi pecunia non detur, vř tamen eſſe quoddam genus locati & conducti, vt in d.l.1.§.ſi quis ſeruum. ff. depoſiti,

Ad l.& hæc diſtinctio.§. vlt. reſpondeo, non hoc velle Iuriſconſultum ibi, vt locatio ſit cum fructus dantur pro mercede, ſed quando merces conſtituitur in pecunia numerata, ita tamen vt fructus mercedis nomine compenſentur. Aut ſi ſecus Iuriſconſultus dixerit, non erit propriè locatio.

Ad tertium reſpondeo, illa verba, *Certis annuis quantitatibus*, accipienda eſſe de pecunia, ſi propriè ſit locatio, non autem de alijs rebus, vbi locatio propria non ſit & vera, quæ reſponſio valet etiam ad l. excepto.

Ad quartum reſpondeo. Inter colonum partiarium, locationis contractum propriè non eſſe, ſed potius ſocietatis, vt habetur in d.l.ſi merces, §.vis maior.

Quintum nihil obſtat, quia Imperator in d. §. adeo, loquitur de contractu emphyteuſis, in verbis, quæ ponderantur.

Cætera quæ Pinellus adducit loco annotato, mihi videntur eſſe leuiora, quam vt confutatione egeant.

A

CAPVT LXXXIII.

Vtrum ſi quis vendiderit agrum cum pacto redimendi intra quinquennium, & ad illud tempus illum conduxerit, deinde finito tempore in conductione manſerit, cenſeatur tempus redimendi prorogatum eſſe.

IN propoſita ſpecie renouatam uideri locationem & conductionem cum eodem redimendi pacto ſēdit Alex.in conſ.28.lib.4. quem refert, & ſequitur Menoch.de præſumpt.lib.3.cap.85.n.21.& fundamentum eſt l.item quæritur. §. qui impleto. ff. locati. in illis verbis. *Etiam pignorū videtur durare obligatio, &c.* Item quia tpis prorogatio cenſetur facta cum eiſdem qualitatibus ex regula deſumpta, ex l.lecta.ff.ſi certum petatur, præſertim vero, quia pactū huiuſmodi videtur eſſe pars pre-

B cij.l.fundi partem.ff.de contrah. emptio.

Verùm iſtis nil morantibus cōtrariam ſniam veriorē eſſe exiſtimo, nempe locationē quidem renouatam cenſeri, ſed nō pactum redimendi ad longius tpš prorogatū videri, ita reſpondit Alexander ſibi contrarius in conſil. 76.lib.5.Gozadin.ad.l.2.C. de reſcind. vendit. quæſt.31. Cagnol.ibid.q.58. Alios refert nouiſſimè Ioſephus Maſchardus, de probation.vol.2.concl.998.nu.4. & 5.

Probatur hæc ſententia ex regula generali. Quoties obligationi certū tpš eſt conſtitutū, ſi poſt tpš agař, obſtat exceptio. l. eū qui ita ſtipulatur.§.qui ita.ff.de verb. oblig. Cum ergo venditor ſtipulatus fuerit, ſibi ius ac poteſtatem redimendi intra quinquēnium concedi, elapſo quinquennio redimere volenti obſtat exceptio.

Ad textū in d.l.item quæriř.§.qui impleto, rñdeř, illum textū loqui de obligationibus & hypothecis ad locationem ipſam pertinentibus, ita vt renouata locatione, renouatæ ēt intelligantur cæteræ obligationes, quæ

C ipſam locutionē comitatur. Quæ rñſio valet etiam ad regulam l.lecta.ff. ſi certum petatur. Quòd verò dicitur pactum eſſe partem precij, nihil obſtat, quia intelligitur eſſe pars precij, ſecundum tempus conuentioni adiectum, quare tempore conuentionis elapſo, is, qui vendidit, ſumma ratione redimendi facultati priuatuř.

CAPVT LXXXIIII.

Vtrum ſicut locatio finito tempore, renouata dicitur ex vtriuſque partis taciturnitate, iuxta l. Item quæritur. §. Qui impleto ff.locati, ita etiam Emphyteuſis renouata intelligatur.

REſpondet Iaſ.in l.1.nu.66.C.de iure emph.renouatā non cenſeri, quia emph. requirit ſcripturā, vt in l.1.C.de iure emph. vbi aūt ſcriptura requiritur

D tacita reconductio locū nō habet, vt in d.§.qui impleto, in vltimis verbis. Eandem ſententiam habuit Alex. cōſ. 76.lib.5.Ruyn.conſ.61.nu.6.li.1.Cranetta conſ. 87. nu. 3. Iacob.Menoch.de præſump.li.3.c.85.nu.36.

Addit Alex.hanc rōnem. Quod ſi emphyteuſis renouata intelligeretur, id eſſet argumento a locatione ſumpto, vt in d.§.qui impleto, ſed tale argumentum ſumi nō poteſt, quia diuerſa eſt ratio inter locationem & emphyteuſim. Per emphyteuſim ius in rem, atq; adeo vtile transfertur dominium. Per locationem vero non æquè.

Contrarium placuit Ludouico Romano in conſ. 103. & Alciato in tractatu de præſump.regu.2. Præſumptione 17.num.3.

Mouet Romanus non ſolū argumento de locatione, ſumpto ex d.§. qui impleto, verum ēt quia datur tacita emphyteuſis renouatio, ſi enim emphyteuta canonem non ſoluat per triennium, excluſus ac priuatus iure emphyteutico dicitur. & tamen ſi poſtea ſoluat, dño conniuente,

niuente, renouatio emphyteuſis tacitè facta dicitur.

Quod uerò dicebatur ad emphyteuſim ſcripturam requiri, & idcirco tacitè renouari non poſſe, reſpondet Romanus conſuetudine haud quaquam eſſe id receptum.

Verior uidetur mihi communis ſententia, quia quidquid Romanus de conſuetudine dicat, quæ in locis illis eſt obſeruanda, in quibus uiget l. de quibus. ff. de legibus illud certum eſt, de iure ſcripturam eſſe neceſſariam ad emphyteuſin conſtituendam, propter illa uerba. l. 1. C. de iure emphy. ibi. *ſcriptura interueniente*, ut tradunt Iulius Clar. lib. 4. ſententiar. q. 4. & Ioſeph. Maſcard. de probationib. nu. 2. concl. 602. qui alios multos commemorant, conſequenter tacito conſenſu abſque ſcriptura conſtitui non poteſt.

Non obſtat, quod Romanus adducit de emphyteuta priuato propter canonem non ſolutum domino, renouatio enim emphyteuſis per canonis receptionem fieri dicitur, non principaliter, ſed per conſequentiam. Nam per receptionem canonis pœna remiſſa videtur, remiſſa autem pęna manet ſaluum ius emphyteutæ, quod prius habuit, ante ſcilicet quã priuatus eſſet, & multa permittuntur in conſequentiam, quæ principaliter non conceduntur. l. 1. ff. de autho. tuto.

CAPVT LXXXV.

Vtrum conductor gratia colligendorum fructuum ſumptus in rem conductam factos, repetere a locatore poſſit, quando ad perpetuam rei vtilitatem facti ſunt.

RESpondit Paulus Caſtrenſis in cõſi. 270. lib. 2. tales ſumptus repeti non poſſe. Primò, quia videntur eſſe facti gratia colligendorum fructuum. l. ſumptus. ff. de rei vendic. l. diuortio §. impendia. ff. ſoluto matr. ſecundò, quia conductor eſt obligatus omnia facere, quæ pertinent ad vtilitatem & culturam agri. l. itẽ ſi fundi. ff. de vſufructu. l. ſi merces. §. conductor. ff. locari. Tertiò, quia conductor ipſe eam ob cauſam vberiores fructus percipiet, argumento l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. & l. ſi merces. §. vis maior. ff. locati.

Verùm iſtis non obſtantibus contrariam ſententiam amplector vnà cum Ruyno in conſ. 135. lib. 3. & Rolando à Valle in conſi. 28. lib. 1. Moueor hoc argumento. conductor repetere ſumptus poteſt qui cadunt in perpetuam vtilitatem rei conductæ l. colonus. l. dominus horreorum. §. 1. ff. locati. tales ſunt ſumptus de quibus agitur, ergo, &c.

Non obſtat primum argumentum, quia intelligitur de ſumptibus qui ſolent fieri vt plurimum, veluti in arãdo, ſerendo & ſimilibus, ſecus eſt in his ſumptibus, qui pertinent ad perpetuam rei vtilitatem, nec ita ſoliti ſunt fieri, neque neceſſarij.

Ad ſecundum, negatur conductorem obligatum eſſe ad tales ſumptus faciendos; licet enim teneatur agrum colere, non tamen obligatus eſt ad ſumptus ingentes faciendos, quo longè melior & precioſior reddatur.

Ad tertium reſpondeo, rationem habendam non eſſe eius vtilitatis & commodi, quod conductor percipiet, quia temporaneum eſt, & non perpetuum, & ſi ratio habenda eſſet, nunquam ſumptus tales repeti poſſent, quoniam nunquam ferè accidere poteſt, vt res locata melior & precioſior reddita, maiora commoda & emolumenta non afferat, & tamen certum eſt, huiuſmodi ſumptus repeti poſſe, quod ſumma ratione conſtitutum eſt, vt ſcilicet locator, qui eſt dominus rei, & qui perpetuam vtilitatem eſt percepturus, onus illud ſuſtineat refundendorum ſumptuum conductori, l. ſecundum naturam. ff. de reg. iur.

A

CAPVT LXXXVI.

Si conductor ſuſcipiat in ſe periculum caſus fortuiti, & caſus inſolitus contingat, vtrum ad illum, an vero ad locatorem pertineat.

REſpondendum videretur ad locatorem pertinere, quia is, qui ſuſcipit in ſe periculum caſus fortuiti, cenſetur cogitare de ſolito, non autem de inſolito, ex notatis per Bart. in l. ſed etſi quis. §. quæſitum. ff. ſi quis cautionibus. Ripam in tracta. de peſte. rubr. de priuilegijs contractuum tempore peſtis, nu. 97. Boſſium de remiſſione conductori faciẽda, num. 66. vbi dicit hanc ſententiam communem eſſe. Menoch. de arbit. iud. caſu 80. Andr. Geyll. lib. 2. practi. obſeru. cap. 23. & probatur ex l. fiſtulas. §. frumenta. ff. de contrahen. emptione.

B Contrarium tamen mihi videtur verius, ex l. ſi quis fundum. ff. locati. vbi dicitur, ſtandum eſſe pacto, ſi quis locauerit fundum ea lege, vt etiam ſi quid vi maiore accidiſſet, præſtaretur ei merces. Vis autem maior intelligitur omnis vis tempeſtuoſæ calamitatis, cui reſiſti nõ poteſt, vt in l. ex conducto. §. ſi quis tempeſtatis. ff. eodem. Vnde ſaltem in genere, de omni caſu fortuito, ſiue ſolito, ſiue inſolito, cogitatum videtur ea pactione. Nec dicitur caſus fortuitus, niſi rarò cõtingat, vt dicebat Bald. in d. l. ſed etſi quis. §. quæſitum. ff. ſi quis cautio. qui propterea diſceſſit à ſententia Bartoli, ſicuti ab eadẽ diſceſſerunt Angel. Fulg. Caſtren. & Alex. in d. §. quæſitum. Imola. in c. 1. de locato. Iaſon. in conſi. 107. lib. 1. Crauetta in conſi. 294. nu. 8.

Et re vera ille tex. in d. §. frumenta, nihil facit pro altera ſententia. Eius verba hæc ſunt. *Frumenta quæ in herbis erant, cum vendidiſſes, dixiſti, te, ſi quid vi aut tempeſtate factum eſſet, præſtaturum. Ea frumenta niues corru-*
C *perunt. Si immoderatæ fuerint, & contra conſuetudinem tempeſtatis, agi tecum ex empto poterit.*

Senſus legis eſt, eũ qui uendidit frumenta in campis exiſtentia, ſi promiſit emptori ſe præſtaturum id, quod vis, ac tempeſtas mala damni attuliſſet, eum ex hac promiſſione teneri, ſi damnum niues immoderatæ intulerunt, & contra conſuetudinem ſæuientes, non ſi ordinariæ, mediocres & moderatæ ſunt; quia cùm tempore hyemis ningere ſoleat, non cẽſetur emptor damnum ex moderata niue ac ſolita tempeſtate timuiſſe, ſed ex inſolita, nec venditor præſumitur voluiſſe obligare ſe ex cauſa cuiuſcunque damni euenientis. Quæ res nihil iuuat ſententiam dictam, imò alteram, quã ſequimur, potius confirmat.

CAPVT LXXXVII.

D *An ſi domus conducta comburatur, locatoris damnum ſit, vel conductoris.*

QVæſtio eſt ſanè difficilis, quam Doctores tractant in §. præterea. inſtit. quibus modis re contrahi. oblig. in l. data opera C. qui accuſa. non poſſunt & in l. quæ fortuitis. C. de pigno. actio. Ex conſulentibus. Alex. in conſi. 50. lib. 1. Angelus 197. Cæpolla conſi. crim. 69. Roland. à Valle cõſi. 95. lib. 2. ex alijs ſcriptorib. Grãmaticus dec. 3. Ioſephus Ludouicus deciſ. Peruſina 25. Menoch. de arbitr. iud. caſu 390. Andr. Geyll. lib. 2. pract. obſer. cap. 21. Ioſeph. Maſchardus lib. 2. de probationib. in verbo incendium. Aliquid per Couar. select. to. 1. 2. par. cap. 6. nu. 14.

Atque in duobus articulis omnes conueniunt, in vno autem diſcrepant. Inter omnes conuenit, ſi fortuito caſu incendium exortum ſit, conductorem non teneri, ex l. ex conducto, §. ſi vis, in fine. ff. locati. ex l. contractus. ff. de reg. iur. & ſimilibus.

Item conuenit inter omnes è contrario conductorē teneri, imo puniri etiam, vbi culpa, vel dolo eius incēdium factum ſit. ex l. ſi quis fundum. §. imperator. ff. eod. l. ſicut certo. §. nunc videndū. ff. commodati. l. capitalium. §. incendiarij. ff. de pœnis. de genere autem pœnæ conſulendus eſt Menochius loco nuperrimè citato.

Controuerſia autem inter doctores eſt in eo. Quid ſi neſciatur, vtrum culpa, vel caſu ortum ſit incēdium? Alij enim, quorum ſententia eſt communior, dicunt conductorem non teneri, & damnum ad locatorem pertinere. Alij vero contrà, eum teneri, niſi de diligentia ſua doceat. Et hæc poſterior ſentētia videtur mihi verior, ea ratione, quia incēdium plerunq; culpa inhabitantiū fit. vt ait Iuriſconſ. in l. 3. ff. de officio præfecti vigilū. Reſpondent omnes id verū eſſe, ſed culpam hanc leuiſſimā eſſe, de qua cōductor non tenetur, allegant glo. vtrunq; dicētem in §. prætereà. Inſt. quibus modis re contrahi. oblig.

Sed non videtur bona reſponſio, quia glo. illa hoc dicit abſque lege & ratione. Verba glo. hæc ſunt. *Furtum fieri non poteſt ſine leuiſſima culpa, vt ff. pro ſocio. l. cum in duobus. vel incendium naſci abſque leuiſſima culpa. licet nō noceat talis leuiſſima culpa inculpabilibus, vt ff. de off. præf. vigil. l. 3. §. 1. & ff. de peric. & cōmodo rei vēdita, l. ſi vēdita & ſupra proximo §. ſic Accurſ.* hic §. quē citat nihil facit.

Ad probandum itaque incendiū leuiſſima culpa inhabitantiū plerunque oriri, & cōſequenter non nocere, adducit tex. in d. l. §. 1. ff. de off. præf. vigi. qui nō loquitur de leuiſſima culpa, ſed de culpa ſimpliciter. Item l. ſi vendita. ff. de pericu. & cōmo. rei vend. ſed ille textus non ſolum id non dicit, verùm etiam mirè adiuuat ſententiam noſtram. Verba eius hæc ſunt. *Si vendita inſula combuſta eſſet, cùm incendium ſine culpa fieri non poſſit, quid iuris ſit? Reſpondit, quia ſine patrisfamilias culpa fieri poteſt, neque ſi ſeruorum negligentia factum eſſet, continuo dominus in culpa eſt. Quamobrem ſi diligentiam venditor adhibuiſſet tā in inſula cuſtodienda, quam debent homines frugi & diligentes præſtare, ſi quid accidiſſet, nihil ad eum pertinebit.*

Senſus legis eſt, incendium quidem regulariter abſq; culpa non fieri, & plerunque inhabitantium culpa, vt ait ibi dicit IC. ſed non ſtatim patremfamilias eſſe condemnandum, qui ſi diligentiam adhibuit, non tenetur. Diligentię ergo probatio excuſat patremfamilias, quod argumento eſt, ad eum alioqui incendij damnum peruenire, propterea quod in culpa præſumatur, vt habet ſententia noſtra, ſcilicet, niſi probet diligentiam.

Nonnulla alia iuris loco citātur à Menoch. loc. annot. nu. 9. ad probandum, ex leuiſſima culpa conductorē non teneri. nimirum l. ſicut certo. §. nunc videndum. ff. commodati, l. in iudicio. C. locati. & l. contractus. ff. de reg. iur. ſed nullum in his verbum de leuiſſima culpa.

Sed dicit Andr. Geyll. loco proximè citato. Ad hoc, vt quis de incendio teneatur, & condemnari poſſit, neceſſe eſt probare culpam certi hominis, quia licet incendium culpa inhabitantium factum præſumatur, nō tamen pręſumitur culpa certæ perſonæ, per tex. inquit in l. ſi vendita. ff. de pericu. & cōmodo rei vend. vbi caſus ſpertus, quod incendium ſine culpa patrisfamilias fieri poſſit, ergo vt teneatur conductor ex generali illa pręſumptione, quæ ex habitatione ſuboritur, neceſſe eſt probare culpā certæ & determinatæ perſonæ, quæ ſi nō probetur, remanet incertitudo, & per conſequens ſententia condemnatoris ſequi non poteſt. l. licet. §. vlt. ff. nautæ, caupones & ſtabul. ibi. *Vt certi hominis factum arguamus.*

Reſpondeo; Licet d. l. ſi vendita. affirmet incendium fieri poſſe abſque patrisfamilias culpa, non rectè tamen infertur patrisfam. culpam non præſumi. Si non præſumeretur, non eſſet ei neceſſe probare diligentiam.

Nec vera eſt illa propoſitio, ſic generatim ſumpta, ſequi non poſſe condemnationē, niſi culpa probetur certæ & determinatæ perſonæ. Nā contrarium docet tex. in l. ita vulneratus. verſ. his conſequens eſt. ff. ad l. Aquiliam. vt per Menochium de arbitr. iud. caſu 362. nu. 19.

A Quòd verò dicitur in d. l. licet. §. vlt. locū habet in caupona publica, vbi ſunt plures hoſpites & viatores, quorū culpa euenire poteſt incendium, vt meritò caupo non teneatur, niſi certi hominis factum arguatur, ſi enim apparere poſſet, culpane cauponis, aut ipſius familiæ, incendium ortum fuerit, an vero hoſpitum & peregrinorum.

CAPVT LXXXVIII.

Si quis locauerit rem, & conductori obligauerit omnia ſua ſua bona, vt plerunque fit in Italia, deinde rem vendiderit. vtrum emptor poſſit conductorem expellere.

FInitur locatio, ſi locator rem vendiderit, l. emptorem. C. locati, ſed tamen ex cōmuni doctorum ſententia ſi in inſtrumento locator obligauerit omnia

B ſua bona conductori, vel ſpecialiter ipſam rem locatam pro contractus obſeruatione, poterit conductor rem retinere vigore talis obligationis, donec ſibi quod ſua intereſt, præſtetur, ob id quod re locata vſus non eſt, ſicuti adnotarunt Bartolus in d. l. emptorem, & alij, vt per Couar. lib. 2. uariar. reſol. cap. 15. nu. 5. & probatur hæc ſententia in l. ſi creditor. §. vlt. ff. de diſtract. pignor.

Controuerſia igitur eſt, ſi emptor ac ſingularis ſucceſſor offerat ipſi cōductori id, quod intereſt, an poſſit eum expellere? et poſſe cōmunis eſt doctorū ſentētia, de qua teſtatur Neguzantius de pignorib. primo mēbro ſecūdę partis, nu. 6. & Couar. loco proximè citato. Etenim conductori, cui non licet facto locatoris uti re conducta, nil aliud debetur, niſi quod ſua intereſt, eū poſſe uti re cōducta, l. ex cōducto. ff. locati, & l. ſi merces §. 1. & l. qui fundū, eod. tit. ſi ergo ei tale intereſſe offeratur, nihil habet quod cōqueratur. Porrò à tertio offerri poſſe probat, ex l. Paulus. §. qui pign. ff. quib. modis pignus uel hypoth.

C ſoluitur, & ex l. cum ſecundus. ff. de diſtractio. pignorū.

Contrarium reſpondit Bart. Socinus in cōſ. 90. lib. 4. & ad ſuperius argumentum reſpondet negando conductorem pro obſeruatione contractus agere poſſe tantū ad intereſſe. Imo uero locator (inquit Socinus) tenetur & compelli poteſt præciſè ad præſtandam patientiam utendi, ut in l. æde. C. locati, & in l. ſi duo. §. ſi cum inquilinus, cum ibi notatis. ff. uti poſſidetis qui locus nihil penitùs ad rem facit, & nihil de hac re dicit.

Ad l. æde. reſpondeo nihil facere. Dicitur ibi cōductorem expelli non poſſe, ſi penſionē ſoluat, quod facilè concedo, ſed non efficitur, quin dominus poſſit eam rem alteri uendere, ut in d. l. emptórem. C. eod. tit. & conſequēter quin ab emptore expelli poſſit, ut ibi dicitur.

Secundo dicit Socinus, communem ſententiam non procedere, quando ſtipulatio in contractu locationis interpoſita eſt, quia illa corroborat contractum & maiorē ei efficaciam præſtat. iuxta l. ex placito. C. de rerum per-

D mutation. cum ſimilibus.

Rndeo, ſtipulationem cōtractui robur addere, quoad hoc, ut actionē producat, in reliquis naturā ſequi cōtractus, ſup quo interponitur l. 2. ſi qs ſub cōditione. ff. ut legatorū nomine caueatur, & ex l. ſi ſtipulatus ff. de uſuris, & ſimil. Quare cū naturæ locationis ſit, ut nō impediat alienationē rei locatę, dominijq; eius in altū translationē, vt d. l. emptoré, ſequetur, ſtipulationē haudquāq̄ immutare ius emptoris, & ſingularis ſucceſſoris poſſe.

Tertiò Socinus dicit, memoratam concluſionem nō habere locum, vbi iuramentum in locatione interpoſitū eſt, ſimul cum bonorum obligatione, quia illud præciſè obligat ad obſeruanda promiſſa. Et Socinum ſequi videtur Couar. loco ſuprà citato, licet ſubdat dubiam eſſe hanc Socini ſententiam, cùm hic non tractetur de vinculo iuramenti reſpectu iurantis, uel ſucceſſoris eius uniuerſalis, qui iuramento ſtare tenetur, ſed reſpectu ſingularis ſucceſſoris, qui non tenetur ſtare iuramento.

Sed

Sed mihi videtur vera Soc. ſententia, quia cùm iuramentum obliget præciſè ad factum, vt in l. ſi pecuniam. ff. de cond. cauſam. vbi Glo. Iaſ. & alij. Poterit conductor rem conductam retinere. Et ſi ſingularis ſucceſſor dicat, quod tua intereſt, paratus ſum dare, reſpõdebit ipſe, obligatus eſt mihi locator, ac rei dominus præciſè ad factũ, hoc eſt, ad patientiam præſtandam vtendi, fruendi, in eamque cauſam obligauit bona. Quare competit mihi retinendi ius, quia tu non potes melioris eſſe conditionis, quàm locator, à quo cauſam habes, vt in l. ſi mulier. §. 1. ff. ad Senatuſconſultum Velleianum. Vide etiam de hac re Roland. à Valle, conſ. 6. lib. 1. num. 10. & 29.

CAPVT LXXXIX.

Si particulare damnum contingat, ex quo tota rei emphyteuticæ ſubſtantia non depereat, vtrum ad emphyteutam pertineat, etiam quando non exiguam penſionem ſoluere tenetur domino, ſed magnam & reſpondentem fructibus.

SI particulare damnum contingat, illud ſpectare ad emphyteutam certum eſt, l. 1. C. de iure emphy. ſed controuerſia eſt, quid ſi damnum notabile, puta inſignis ſterilitas contingat, & talis ſit emphyteuta, qui nõ exiguam, ſed magnam penſionem ſoluere teneatur, vtrũ idem ſtatuendum ſit?

Duplex eſt interpretum ſententia. Prima eſt, hoc in caſu locum nõ habere, & remittendam eſſe penſionem emphyteutæ, ſicut conductori remittitur. Ita reſpondit Alex. in conſ. 112. lib. 1. Franc. Aretin. conſ. 55. nu. 110. Carol. Rui. 77. nu. 7. lib. 1. Rolan. à Valle 96. nu. 26. lib. 1. Io. Sicardus, in d. l. 1. nu. 28. Clar. lib. 4. ſententiarum. §. emphyteuſis, q. 8. verſ. Sed numquid propter ſterilitatẽ. Hipp. Rimi. conſ. 49. nu. 14. lib. 1. Et hanc ſententiam benigniorem ſibi videri dicit Andr. Geyll. lib. 2. pract. obſeru. c. 23. nu. 24.

Altera eſt ſententia penitus contraria, non eſſe remittendam penſionem emphyteutæ, ſed omne damnum particulare ad ipſum pertinere, ſiue modicam penſionẽ ſoluat, ſiue magnam, ita reſpondit Natta in conſ. 49. & 194. & alij, vt refert & ſequitur nouiſſimè Aurelius Corbulus in tract. de iure emphyt. cap. 15. amp. 12.

Videbatur mihi prima ſententia verior, primò ex l. ſi vno. ff. locati. vbi dicitur cõductori fundi vectigalis propter ſterilitatem remittendam eſſe penſionem, ſi conductori fundi vectigalis remittenda eſt, ergo & emphyteutæ, is enim ab eo cõductore viz differt, vt docet Gloſ. in rubr. ff. ſi ager vectig. vel emphyt. peta.

Secundò ex eo, quod habetur in §. lex itaque in Auth. de non alienandis reb. eccleſ. & in Auth. perpetua. C. de ſacroſ. eccl. dicitur in illis legibus concedi poſſe rem Eccleſiaſticam in emphyteuſim cũ diminutione ſextę partis mercedis iuſtæ, & hoc propter fortuitos caſus, qui ad emphyteutam ſpectant, ergo ſi iuſta penſio ab emphyteuta ſoluatur, videtur dicendum, caſus fortuitos ad eũ non ſpectare.

Tertiò. Nã ceſſante rõne legis, ceſſat lex. l. adigere. §. quamuis. ff. de iure patro. Sed ratio cur damnum particulare ſpectet ad emphyteutam, illa eſt, quia is modicam penſionem ſoluit in recognitionem dominij, non autẽ in compenſationem fructuum, quos percipit ex re emphyteutica. vt docet Bart. in d. l. 1. in 2. oppoſitione, C. de iure emphyt. ergo ſi magnam penſionem præſtet æquiualentem fructibus, ſecus eſt dicendum.

Poſtremò quia illa non eſt propriè emphyteuſis, in qua magna pẽſio ſoluitur fructibus attemperata, ſed eſt potius locatio. Emphyteuſis. n. eſt propriè, cùm res datur ad meliorandum, modica aliqua penſione data. Id patet ex verbi etymologia, ex qua ſumi poteſt argumentum, vt docet Bart. in l. oẽs popul. in 6. q. ff. de iuſt. & iu.

Cæterùm re diligentius conſiderata & perſpecta, contrariam ſententiam veriorem eſſe puto; Non eſſe remit-

A tendam penſionem emphyteutæ propter ſterilitatem, licet magnam penſionem ſoluat. Moueor ex d. l. 1. vbi dicitur damnum ex quo tota rei ſubſtantia non perit, ad emphyteutam ſpectare, ſed damnum propter ſterilitatem contingens, non eſt tale, vt tota res intereat, ergo ad emphyteutam ſpectat.

Non obſtant argumenta in contrariũ adducta. Quòd enim attinet ad l. ſi vno. Rñdeo non eſſe veram aſſumptionem, quòd emphyteuta non differat à conductore fundi vectigalis. Illa ſententia Glo. nullo iure probatur. Contrarium patet eſſe verum ex traditis per Franc. Conna. lib. 7. comment. iu. cap. 12. num. 7. & per Alciat. lib. 3. diſpunctionum, cap. 10. & lib. 1. parerg. cap. 36.

Ad ſecundum reſpondeo, non eſſe bonam conſequentiam illam. Res Eccleſiaſtica in emphyteuſin concedi poteſt cum diminutione ſextæ partis penſionis propter caſus fortuitos, qui ad emphyteutam pertinent. Ergo ſi iuſta penſio præſtetur ab emphyteuta abſque vlla diminutione, caſus fortuiti ad eum non ſpectabunt. Conſequentia debet ſic fieri. Ergo ſi caſus fortuiti ad emphyteutam non ſpectent, res Eccleſiaſtica concedi nequit, cum diminutione illius ſextæ partis. Quid enim prohibet, quò minus emphyteuta damnum ex fortuitis caſibus patiatur, ſecundum naturam contractus, & ad iuſtã & magnam penſionem ſoluendam obligetur expreſſa conuentione?

Ad tertium argumentum rñdeo, Ratio cur particulare damnum ad emphyteutam ſpectet, illa eſt, quia ſoluit penſionem in recognitionem dominij, non autẽ in compẽſationem fructuum, ſicut conductor, concedo, ſed dũ dicitur, quia modicam penſionem ſoluit. nego. Quid enim impedit, quò minus ſoluat in recognitionem directi dominij, etiam magnam & iuſtam penſionem?

Ad quartum & vltimum. Emphyteuſis dicitur propriè cum res datur ad meliorandum, concedo, ſed cùm dicitur conſtituta modica penſione annua, id nego. Nec C argumentum illud probat. Et quod dicatur emphyteuſis, licet magna & iuſta penſio ſoluatur, probat tex. in §. quia verò leuis in Authen. de non alienand. reb. eccl.

CAPVT XC.

Si res emphyteutica ſit ab hoſtibus occupata, vtrum remittenda ſit penſio emphyteuta.

ILlud etiam eſt in controuerſia. Vtrum ſi res emphyteutica ſit ab hoſtibus occupata, remittenda ſit emphyteutæ penſio?

Variæ ac diuerſæ ſunt doctorum ſententiæ. Alij enim docent locum eſſe remiſſioni; & hæc videtur magis communis ſententia legiſtarum, vt inquit Abbas in c. potuit de loca. Iaſ. in l. 1. nu. 91. C. de iure emphyt. Iul. Clar. lib. 4. ſententiar. §. emphyteuſis, quæſt. 8. verſ. ſed quid in emphyteutica. Andr. Geyll. lib. 2. pract. obſeru. cap. 23. D

Alij contra, non eſſe locum remiſſioni, quia caſus fortuiti ad emphyteutam ſpectant, vt in §. lex itaque, in Authen. de reb. eccleſ. non alien. bellum autem dicitur caſus fortuitus, l. in rebus. ff. commod. & quia tota res non perit, licet fructus pereant, fructus enim dicuntur pars rei, l. fructus pendentes. ff. de rei vendic. ita Card. Florentin. reſpondit, vt refert Abbas loco annotato, & ita etiam reſpondit Collegium Patauinum, vt refert Iaſon, vti ſupra. Idem voluit Conanus lib. 7. comment. iuris, cap. 12. num. 7.

Alij diſtinguunt, vtrum penſio modica ſoluatur, an verò magna, & primo caſu locus non ſit remiſſioni, ſecundo caſu ſit locus. Ita Collegium Mediolanenſe, vt poſt Cuma. refert Clarus loco ſupra dicto.

Alij diſtinguũt, vtrum bellum ſit iuſtum, an iniuſtũ, primo caſu locus ſit remiſſioni, quia bona capta ab hoſtibus effecta ſunt capientiũ, ſecundò verò caſu nõ, quia

ſpes

ſpes eſt recuperationis. Ita Ang. in d. l. 1. tit. noſtro, & ibi. Io. Sicard. num. 31.

Alij denique aliter, præſertim Aurelius Corbulus, qui diſtinguit in plures caſus hanc quæſtionem de iure emphyt. cap. 15. ampl. 18.

Mihi omnium optima, veriſſimaque communis ſententia videtur, quòd ſcilicet emphyteutæ remittenda ſit penſio, quando propter tumultus & calamitates fundũ ingredi non poteſt: Et moueor, quia eo in caſu fundum poſſidere non dicitur l. cum vnus, §. vlt. ff. de bonis auth. iud. poſſi. ibi. *Aut propter latronum potentiam non poteſt poſſideri, rectè dicitur, non eſſe quod poſſideatur.* Si enim fundum non poſſidet, ergo penſionem ſoluere non tenetur fundi nomine, & perinde eſt, ac ſi fundus non extaret & perijſſet, reſpectu tpis, quo poſſideri non poteſt.

Vnde nihil mouet, quod dicitur hoc in caſu fundum extare, & non perijſſe, quia idem eſt, ac ſi non extaret. Nec enim dominus patientiam vtendi & fruendi præſtare poteſt, nec quicquam omnino habet emphyteuta ex eo fundo amplius, quàm ſi verè non extaret.

Non obſtat, quod dicitur caſus fortuitos ad emphyteutam pertinere, vt in d. §. lex itaque. Quoniam id concedo, niſi tota res pereat, vt in l. 1. tit. noſtro. Hoc verò caſu, idem omnino eſt, ac ſi perijſſet pro eo tempore, quo impeditur poſſideri, & in poteſtate hoſtium reperitur.

CAPVT XCI.

An emphyteuta Eccleſiæ teneatur ſoluere collectas, & tributa fiſcalia domino temporali.

Controuertitur etiam, vtrum emphyteuta eccleſię obligatus ſit ad ſoluendas collectas, & onera fiſcalia. Reſpondet Bart. in l. priuatæ. C. de excuſa. mune. lib. 10. emphyteutam Eccleſiæ non teneri, ne grauetur duplici onere ſolnendi, ſcilicet Eccleſiæ penſionem, & fiſco tributum. Eandem ſententiam ſecutus eſt Iaſ. in l. 1. num. 31. C. de iure emphyt. eamque tutiorem dicit Boſſius, in tit. de Principe, & priuilegijs eius, nu. 128. Eandem alijs citatis nouiſſimè amplexus eſt Marcus Antonius Eugenius, in conſ. 96. num. 22. lib. 1.

Sed contrarium docuit Andr. Iſer. in tit. Quæ ſint regal. in verb. plauſtrorum, dicens, inſpiciendam eſſe perſonam emphyteutæ, qui cùm ſit obnoxius collectis, tenetur eas ſoluere etiã pro re emphyteutica Eccleſiæ, quia res à perſona conditionem accipit, non contra, l. 1. C. de imponenda lucratiua deſcript. lib. 10.

Idem reſponderunt Alex. in conſ. 101. lib. 1. Natta, cõſ. 124. nu. 18. Et ad rationem illam Bart. reſpondent, eam nullius eſſe momenti, quia duplici onere aliquis grauari poteſt diuerſo reſpectu, vt patet ex multis, ſed præcipuè ex l. ſi pendentes. §. ſi quid cloacarij. ff. de vſufr. vbi conductor fundi vectigalis ſoluere tenetur vectigal municipio, & tributum fiſco. Et ſi bona eſſet ratio hæc, nullus emphyteuta, etiam priuati, obligatus eſſet ad collectas. Is enim penſionem ſoluit domino, vnde ne duplex onus ſubiret, non teneretur ſoluere tributum fiſco, quod tamen eſt contra, l. 2. C. de iu. emphyt.

Ego puto veriorem eſſe Bart. ſnĩam duplici ratione. Primò, quia vr hæc ſatis bona regula in hac materia, vt quoties dñs ad collectas non tenetur, non teneatur etiã emphyteuta. l. priuatæ. C. de excuſa. mune. lib. 10. vbi emphyteuta fiſci non tenetur, quia fiſcus eſt immunis, ſed Eccleſia non tenetur de collectis. l. 2. C. de Epiſcopis & Cler. c. 1. de immu. eccleſ. lib. 6. cum vulg. ergo nec emphyteuta tenetur. Altera ratio eſt, quia vbicunque aliquis poſſidet rem immunem à collectis & tributis, is collectas & tributa pendere non teneatur. l. 1. C. de imponenda lucratiua deſcript. lib. 10. ibi. *Contraq́, ſi cuiuſlibet, &c.* ſed emphyteuta Eccleſię poſſidet rem immunẽ à collectis, quia bona Eccleſiæ ſunt immunia. l. placet. C. de ſacroſanct. eccleſ. ibi. *Ne prædia vſibus cæleſtium*

A *ſecretorum dedicata, ſordidorum munerum fæce vexentur, &c.* Et c. non minus de immu. eccleſ. cum ſimilibus. ergo non tenetur ad collectas.

Ad argumentum reſpondeo. Quod dicitur rem à perſona conditionem recipere, concedo, ſi intelligatur iuxta terminos d. l. 1. C. de impo. lucra. deſcript. a qua deſumitur pronunciatum. Dicitur ibi, Curiales eſſe immunes a collectis, & q. ſi bona collectis ſubiecta perueniant ad eos, ſint immunia, ſed ſi ad alios, ſecus; quia inquiritur perſonæ conditio. Iſte non eſt caſus noſter, quia Eccleſiæ bona ab ipſo principio, natura ſua ſunt exempta & libera, unde ad quemcumque perueniant, ſarcinam collectarum effugere debent, ut inquit tex. in d. l. 1. uerſ. contraque ſi cuiuslibet. C. de imponenda lucratiua deſcript. Poſſet autem argumentum procedere, & ſimul etiã cõtraria doctorum ſnĩa, ſi res ab Eccleſia in emphyteuſin conceſſa fuiſſet ab aliquo priuato Eccleſiæ uendita, ac propterea collectarum oneri ſubiecta, tunc. n. locus eſſet
B deciſioni dictæ legis, quod a primordio tituli, poſterior formetur euentus. i. cùm res a principio eſt deſcripta in libro fiſci, cum alijs rebus, quæ collectarum oneri ſubiacent, ſi perueniat ad Eccleſiam, quæ immunis eſt, ipſa res euitabit onus collectæ, ſed ſi ab Eccleſia transferatur ad alium non exemptum, redibit ad naturam ſuam, pp perſonam poſſeſſoris, & ſic ad collectas erit obligata.

CAPVT XCII.

Emphyteuſi finita abſque culpa emphyteutæ, vtrum meliorationes repeti poſſint.

Dicitur in l. 2. C. de iure emphyt. emphyteutam in ſolutione canonis ceſſantem per triennium, iure ſuo cadere, emphyteuticamque rem reuerti ad dominium, unà cum meliorationibus factis. Nunquid hoc procedat etiam, quãdo emphyteuta cadit à iure ſuo,
C abſque culpa, ut uerbi gratia, ſi res emphyteutica concedatur vſque ad certum tempus, certamue generationẽ, & illud ſit elapſum, ac generatio extincta.

Reſpondit Bald. in l. ſenatus. §. marcellus. ff. de legatis. hoc caſu meliorationes ad emphyteutam pertinere, eiuſque hæredes, non autem ad dominum, ſequitur Iaſ. d. l. 2. C. de iure emphyt. num. 27. Deci. qui alios citat in conſ. 518. probatur hæc ſententia multis ſimilibus.

Primò ex eo, quod habetur in cap. 1. §. ſi uaſallus. tit. hic finitur lex, & conſuetudines regni incipiũt. ubi tex. dicit. *Si vaſallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipſum ſua pecunia meliorauerit & contingat poſtea, vt ſine filio maſculo decedat dominus, aut patiatur ædificium auferri, aut ſoluat precium meliorationis.*

Secundò ex eo, quod dicitur in l. diuortio. §. impendia. ff. ſoluto matr. vbi tex. loquens de meliorationibus à marito factis in fundo dotali, ſic ait. *Planè ſi nouã villam neceſſariò extruxit, vel veterem totam ſine ſua culpa collaD pſam reſtituit, erit eius impenſæ petitio.*

Tertiò ex l. domos. ff. de legatis. *Domos hæreditarias exuſtas* (ait lex) *& hæredis nummis extructas ex cauſa fideicommiſſi, poſt mortem hæredis reſtituendas, boni viri arbitratu ſumptuum rationibus deductis &c. reſpondi.*

Quartò ex l. eum ad quẽ. C. de vſufr. vbi de meliorationibus vſufructuarijs ſic dr̃. *Proinde, ſi quid vltra quàm impendi debet, erogatum potes docere, ſolemniter repoſces.*

Quintò & vlt. ex l. ſed addes. §. ſi inquilinus ff. locati, vbi tex. ait. *Si inquilinus oſtium, vel alia quedã ædificio adiecerit, quæ actio locum habet? Et eſt verius, quod Labeo ſcribit, competere ex cõducto actione, vt ei tollere liceat, &c.* ſcilicet eiuſmodi adiectiones & meliorationes.

Verũ iſtis nõ obſtantibus cõtrariã ſnĩam veriorẽ eſſe puto, unà cũ Franciſco Sarmiento lib. 3. ſelect. interpret. c. 4. nimirum eiuſmodi meliorationes ad dominũ pertinere, non autem ad emphyteutam, uel eius hæredem.

Et moueor, q̃a emphyteuta ex natura cõtractus emphyteu-

phyteutici, tenetur fundum, ac rem meliorare, vt verbũ ipſum oſtendit, quod ſignificat meliorationem ſiue plantationem. conſequenter non poteſt meliorationes factas repetere, facit enim id, quia tenetur, vnde res non poteſt parere liberationem & repetitionem. l. qui hominẽ, §. vult, ff. ſolut. matr.

Confirmatur argumentum ex l. colonus. & ex l. dominus horreorum, §. in conducto, ff. loca. quibus in locis dicitur, conductorem demum impenſas ac meliorationes factas repetere poſſe, ſi non tenebatur ex lege contractus eas facere. Vnde cum emphyteuta ex lege contractus teneatur, idem eſt dicendum, quia tantundem operatur natura contractus, quantum expreſſa contrahentium cõuentio, l. quia tantundem, ff. de nego. geſtis.

Ad ſimilia in contrarium adducta, vno verbo reſponderi poteſt, ea non loqui, nec procedere, quãdo is, qui meliorationẽ facit & impenſas, tenetur ex natura cõtractus eas facere, vel ex conuentione & pacto. Quamobrẽ nec B concluſio etiã procedit in iis expenſis, quas emphyteuta facere nõ tenetur ex natura contractus, veluti ſunt ædificia. Vide Arium Pinel. de reſcin. vend. 2. par. c. 3. nu. 10.

CAPVT XCIII.

Emphyteuta non ſoluens penſionem per triennium, an cadat ipſo iure ab omni iure quod habet, an verò ita demum, cum lata erit ſententia.

DIcitur in l. 2. C. de iure emphyt. Emphyteutam ceſſantem in ſolutione per triennium, cadere iure ſuo, ſi dominus voluerit, an ipſo iure cadat, an verò per ſententiam. Hanc quæſtionem tractat Spec. in tit. de emphyt. q. 41. & concludit non ipſo iure priuari, ſed per ſententiam iudicis.

Sequuntur eandem ſententiam Paul. Caſtr. in conſil. C 68. lib. 2. Ludou. Rom. in conſ. 212. & alij quos refert Tiraq. in rep. l. ſi vnquam. C. de reuoc. don. in verbo reuertatur, nu. 187.

Argumenta vero ſunt hæc, vbicunque lex vtitur verbis futuri temporis, nõ autem præteriti vel præſentis, priuatio non inducitur ipſo iure, ſed per ſententiam, vt docet glo. in l. iubemus, §. ſanè, C. de ſacroſan. eccle. in verſi priuetur, & in l. in crimin. in verſ. habeatur, C. de iuriſd. om. iud. ſed lex vtitur verbis futuri temporis, dicit enim in §. ſi vero quis aut locator, in Auth. de alien. & emphy. Emphyteuta qui non ſoluit canonem *extraneus fiet a iure ſuo.* & l. 2. C. de iure emphyt. vtitur verbo illo, *Cadat a iure ſuo*, quod videtur tempus futurum deſignare.

Secundò probatur ex d. l. 2. eod. tit. dicitur enim emphyteutam cadere iure ſuo, ſi dominus voluerit, neceſſaria ergo eſt domini petitio, & conſequenter ſententia iudicis.

Tertiò facit argumentum à ſimili. Nã vaſallus feudo D priuatur, ſi id irrequiſito domino alienauerit, vel alias ob cauſas à lege definitas, & tñ ipſo iure nõ cadit: ſed per ſententiã, vt in c. 1. de feudo ſine culpa non amitten. c. 1. §. ſancimus, quo tempore miles inueſtitu. petere poſſit.

Quartò, quia ẽt lex dicit cõpenſationem ipſo iure fieri l. vlt. C. de compenſat. & tamen ſententia iudicis requiritur. l. quod in diem, §. 1. ff. de compenſ. l. ſi autem, §. ult. ff. de nego. geſt. ergo idem dicendum in emphyteuta.

Poſtremò facit tex. in l. lex vectigali, ff. de pignor. vbi præſupponitur à iudice pronũciari ſuper huiuſmodi priuatione iuris, cùm aliquis conduxit fundum vectigalem, & debitũ vectigal non ſoluit, ibi: *Si cum exſolutione vectigalis, tam debitor, quam creditor ceſſaſſent, & propterea pronunciatum eſſet, fundum ſecundum legem domini eſſe, &c.*

Contrariam ſententiam habuerunt alij, quos refert & ſequitur Iaſ. in d. l. 2. C. de iure emphyt. num. 14. Alex. in conſ. 6. lib. 3. Dec. 146. & alij multi quos refert & ſequi- A tur Aurelius Corbulus de iure emph. cap. 15. ampl. 45.

Argumẽta huius contrariæ ſentẽtiæ hæc ſunt. Primo, quia l. 2. C. de iure emphy. dicit domino licere emphyteutam expellere, qui per triennium ceſſauit in ſolutione. Si enim licet domino eum repellere, ſequitur ſentẽtiam iudicis non eſſe neceſſariam.

Secundò, quia eadem l. 2. vtitur verbis illis, *Cadat omnino*, & eodem modo loquitur tex. in §. ſcire. in Auth. de non alien. reb. eccl. Verbum autem illud eſt præciſum, & ſignificat ipſo iure, vt tradit Lud. Rom. in ſing. ſuo omnium primo, ex glo. in l. 1. §. ſi pecuniam, in verbo omni, ff. depo. idem docet Mattheſil. ſing. 10.

Tertiò, quia tex. in l. lex vectigali, ff. de pign. dum loquitur de ſententia iudicis ſuper eiuſmodi priuatione, dicit pronunciationem fieri declaratoriam priuationis. & propterea (inquit textus) *pronunciatum eſſet, fundum ſecundùm legem domini eſſe, &c.* Quod ſi non induceretur priuatio ipſo iure, tunc per ſententiam eſſet inducenda, B & ita concipienda foret, ac ſi iudex priuaret emphyteutã ex doctrina Bald. in c. 1. §. 1. quibus mod. feud. amitt.

Hanc poſteriorem ſententiam ego ſequor, verioremq; de iure puto. quia d. l. 2. C. de iure emphyt. dicit, emphyteutam cadere à iure ſuo, ſi dominus voluerit, quod autem ſententia iudicis requiratur, nullum verbum in textu, vt parum ſit credibile, id Iuſtinianum omiſſurum fuiſſe, ſi neceſſarium eſſet. Illud tamen moneo, hanc ſententiam intelligendam eſſe, quando certum eſt & in confeſſo, emphyteutam in ſolutione ceſſare. Quod ſi dubium eſſet, tunc ad hoc vt conſtaret, iudicis pronunciatione, ac ſententia opus eſſet, ex notatis per Iaſonem in l. ſi quis maior. num. 25. C. de tranſactio. & fuſius per Monachium conſ. 99. nu. 169. lib. 1.

Non obſtant argumenta in contrarium, quia quod attinet ad primum de verbis futuri temporis, verum eſſe fateor, illud quod dicitur, verba futuri temporis, legis deſignare priuationem, non ipſo iure, ſed per ſententiam. C Sed non procedit, quando talia verba ſunt coniuncta, cum verbis deſignãtibus ipſo iure induci priuationem, vt eſt dictio, *mox*, *ſtatim*, *omnino*, & ſimilia. Bart. in d. l. iubemus, §. ſanè, C. de ſacroſanct. eccl. & in l. Imperatores, ff. de iure fiſci. Sic autem eſt in quæſtione noſtra. ut dictum eſt ſuprà.

Ad id autem quod ſecundo loco dicebatur, emphyteutam non priuari iure ſuo, niſi dominus voluerit, conſequenter neceſſariam eſſe petitionem eius, ac ſubinde iudicis ſententiam. Reſpondeo, negando conſequentiam. Neceſſaria quidem eſt domini petitio & declaratio, ſed quid prohibet, quo minus domino voluntatem ſuam declarante, priuatus emphyteuta dicatur abſque alia iudicis ſententia?

Ad tex. d. l. lex vectigal. reſpondeo, ibi quidem iudicialis pronunciationis fieri mentionem: ſed nullum verbum, quod talis pronunciatio ſit neceſſaria. Et nos quoq; fatemur euenire poſſe, ut iudicis pronunciatio in hac re D ſequatur, negante, exempli gratia, emphyteuta, ſe in ſolutione canonis ceſſaſſe, & domino eum non ſoluiſſe dicente, tunc & iudex adeundus eſt, & ſententia expectanda, quę diſputationem dirimat, licet ante eius prolationem emphyteuta intelligatur priuatus, ſi non ſoluerit.

Quod autem adducebatur de vaſallo, non adeo exploratum eſt, ſiquidem Iaſone teſte in l. 2. C. de iure emphyteut. num. 16. multi contrarium docent, ipſo iure, ſcilicet, vaſallum feudo priuari. Et licet ſententiæ iudicis fiat mentio in legibus in contrarium allegatis, illud eſt propter controuerſiam inter dominum, & vaſallum, quæ ubi exiſtit, neceſſe eſt, ut competentis iudicis ſententia definiatur.

Eadem reſponſione tollitur vltimum argumentum de compenſatione. Nam compenſatio ipſo iure inducitur, ſed in legibus allegatis, iudicialis ſententiæ facta mẽtio eſt propter controuerſiam inter partes, vtrum locus eſſet compenſationi, exiſtentem.

CA-

CAPVT XCIV.

Emphyteuta ceſſante in ſolutione, & domino declarationem ſuæ voluntatis differente, fructus interim percepti ad quem pertineant, an ad dominum, an verò ad emphyteutam?

QVid ſi emphyteuta ceſſauerit in ſolutione canonis, & antequam dñs declarauerit ſe velle eũ iure ſuo cecidiſſe, fructus perceperit, an teneatur ad reſtitutionem eorum? Videbatur mihi prima facie reſpõdendũ, teneri. Primò, quia poſteaquã cecidit, dicitur eſſe malæ fidei poſſeſſor. Poſſeſſor autẽ malæ fidei fructus non facit ſuos, ſed reſtituere tenetur. l. ſi fundũ. C. de rei vendicat.

Secundò ex eo, quod in vſufructuario cõſtitutum eſt, is enim ad reſtitutionem fructuum tenetur, quos finito vſufructu percipit. l. ſi pater. C. de vſufruct.

Tertiò ex eo, quod dicitur de vaſallo. Nã committat crimen feudi priuatione dignum, reſtituere tenetur fructus, quod percipit, antequã lata ſit in eum ſententia priuationis, l. 1. vbi Caſtren. notat. C. de his quib. vt indig.

Quartò, nam emphyteuta priuatur iure ſuo ſi dominus voluerit: hæc autem verba, *ſi dominus voluerit*, conditionem important: ſed hæc eſt natura conditionis, vt retrotrahatur. l. ſi filiusfa. ff. de verb. obli. domino ergo declarante ſe velle, idem eſt, ac ſi ſtatim cùm ceſſauit, priuatus fuiſſet; quo caſu fructus, haud dubiè, ad dominũ pertinuiſſent.

Quintò, nam & filio legitimæ ſupplementum debetur cum fructibus. §. prohibemus. in Authen. de triente & ſemiſſe, l. ſcimus, C. de inoffic. teſtam. ſi voluerit. vt declarat ibi gloſ. in verbo, ipſo iure. Et tamen cùm declarat ſe velle fructus conſequi, debet à die mortis Patris, non à die declarationis, ut tradunt Bald. in l. Papinianus, §. vnde ſi quis, ff. de inoff. teſtam. & Corn. in conſi. 265. circa finem, lib. 3.

Sextò, rei legatæ dominium in legatarium tranſit, ſi velit, hoc eſt, ſi acceptauerit legatum, & tamen ſi acceptauerit, ex die aditę hæreditatis res eius eſſe intelligitur, non autem ex die acceptationis, l. ſi tibi homo, §. cum ſeruus, ff. de leg. 1. Sic ergo & in quæſtione noſtra, res emphyteutica ad dominum pertinet ex die, quo emphyteuta in ſolutione ceſſauit, non autem ex die, quo dominus voluntatem ſuam declarauit.

Septimò, mouebat me iuris regula, quod principalis cauſa inſpicienda ſit, & ab ea diſpoſitio regulam ſumere debeat, l. ſi hæres teſtamento, ff. de act. emp. l. vxorem, §. agri plagam, ff. de leg. 3. Cauſa autem principalis, ob quã priuatur emphyteuta, eſt, quia non ſoluit canonem, unde illa videbatur inſpicienda, & ex ea iudicandum, priuationem inductam eſſe, conſequenter ex eo die fructus ad dominum pertinere, ad quem res pertinuit, non aũt ad emphyteutam iam excluſum, & priuatum iure ſuo.

Octauò, vbi lex imponit pęnam ipſo iure, propter aliquod factum, illa non habet locum, niſi ſequatur iudicis declaratio, per quam conſtet de tali facto, vt tradit Iaſ. in l. ſi quis maior, nu. 25. C. de tranſactio. & alijs, & tamen etiam ante declarationem pęna effectum habet, l. vlt. C. ad leg. Iul. Maieſt. Dec. in conſ. 235. Sic igitur in quæſtione noſtra etiam ante declarationem domini, videbatur locus eſſe pęnæ, & priuationi iuris emphyteutici.

Poſtremò, nõ parũ mouebãt authoritates eorũ, qui in terminis quæſtionis noſtræ id affirmarunt iuris eſſe, ita enim tẽnderunt Ang. in §. ſi verò in perpetuũ. in Auth. de non alien. reb. eccl. Spec. tit. de emph. q. 10. Bal. in l. ſi pater in 3. notabili, C. de vſufr. Soc. ſen. in conſ. 176. nu. 10. lib. 2. Iaſ. in l. 2. C. de iure emph. n. 17. Fel. in c. de quarta. nu. 33. de præſcrip. Cępolla in cõſ. ciuil. 25. nu. 7. Ripa in l. 1. §. ſi hæres, nu. 26. ff. ad Treb. & alij, ut p Tiraq. in rep. l. ſi vnquã. in verbo reuertatur, nu. 271. C. de reuoc. dona.

A Verum re maturiùs conſiderata & diſcuſſa, contrariã ſententiam veriorem eſſe iudico, ſecundum quam iudicauit Rota Bononienſis, ut per Petr. Beninten. deciſ. 37. Sequitur Aurelius Corbulus in tractat. de iure emphyt. cap. 15. ampl. 38. licet diſtinguere videatur inter dominum ſcientem & ignorantem.

Sed mihi videtur indiſtinctè in propoſita quæſtione fructus ad emphyteutã ſpectare, non aũt ad dominum.

Moueor hac ratione, quia fructus ad eum ſpectant, qui rei eſt dominus, l. ex diuerſo, §. 1. ff. de rei vend. Sed antequam dominus declaret ſe velle, emphyteuta non eſt priuatus iure ſuo, ſed dominium rei retinet, ergo fructus ad eum ſpectant.

Minor probatur ex l. 2. C. de iure emphyt. vbi dicitur emphyteutam cadere iure ſuo ob canonem non ſolutũ, *ſi dominus uelit*, ergo antequam dominus velit, non dicitur cadere, illa enim verba *ſi dominus uelit*, important cõditionẽ, antequam aũt conditio eueniat, actus ſub conditione

B factus, non habet effectum. l. cedere diem ff. de verb. ſig. l. legata ſub conditione, ff. de cond. & demonſt.

Non obſtant argumenta in contrarium. Quod enim attinet ad primum, nego emphyteutam eſſe malæ fidei poſſeſſorem, ex eo tẽpore, quo ceſſauit in ſolutione, quia non dicitur priuatus iure ſuo, niſi dominus velit, ergo ante domini declarationem, non eſt priuatus, & ſic eſt bonæ fidei; poteſtque probabiliter credere dominum velle ei pęnam remittere.

Non obſtat ſecundum, quia fateor finito vſufructu ad dominum fructus pertinere, non autẽ ad vſufructuariũ. Sed nego in quæſtione noſtra finitum eſſe, & extinctum ius emphyteuticum ex ſola ceſſatione in ſolutione.

Ad Caſtr. in l. 1. C. de his quib. ut indig. reſpondeo, dato quod verum dicat, non enim diſputo, doctrina eius nititur eius legis deciſione. Ideo autem in caſu dictæ legis fructus interim percepti ad fiſcum pertinent, quia ſtatim hæres priuatus fuit, nec expectanda fuit conditio à lege

C expreſſa, vt in quæſtione noſtra. Cõditio ſcilicet, ſi fuerit

Ad quartum argumentum de conditione, quod retrotrahatur, reſpondeo duobus modis. Primò, id non habere locum in quæſtione noſtra, quia illud procedit ex fictione legis, & ubi agitur de pœna, ceſſat fictio legis, l. ſciendum, cum l. ſeq. ff. ex quib. cau. maio.

Secundò reſpondeo, id quod dicitur, conditionem retrotrahi, locum habere, quando à caſu pendet, ſecus cum à poteſtate contrahentium. l. potior. & ibi. Bar. ff. qui pot. in pign. habeantur. Sed conditio illa, ſi dominus voluerit, pendet à voluntate domini, poteſt enim velle & nolle, ergo nõ trahitur retro. Item in præiudicium tertij, cõditio non trahitur retro, ut probat tex. & ibi Bald. in vlt. col. in l. 1. C. an ſeruus ex ſuo facto. Alex. in conſil. 228. num. 3. lib. 6. Tiraquel. tractat. de iure conſtitut. 2. parte, ampl. 21. num. 6.

Ad quintum & ſextum argumentũ. Concedo ſupplementum legitimæ ex die mortis patris filio deberi, nec

D non legatæ rei dominium ex die aditæ hæreditatis legatario acquiri. Sed ex his nego ad quæſtionem noſtram rectè inferri. Eſt enim differentia inter conditionem à lege expreſſam, & eam, quæ tacitè ſubintelligitur. Conditio expreſſa ſuſpẽdit diſpoſitionis effectũ, ita vt locũ habere non poſſit, antequã illa purificetur, ſed conditio tacitè ſubintellecta, diſpoſitionem non ſuſpendit. Vtrumq; docet tex. in l. ſi ita legatum. §. ille ſi volet, ff. de leg. 1.

Quod attinet ad legitimam & eius ſupplementum, itemque ad rem in teſtamento legatam, verum eſt hæc non acquiri, niſi filius & legatarius velint, poſſet enim filius, ſi vellet, repudiare legitimam. Sed hæc conditio tacita, & a lege ſubintellecta, merito non ſuſpendit acquiſitionẽ legitimæ & legati, ſed ex die mortis legitima deberi dicitur, & legatum ex die aditæ hæreditatis acquiri.

Secus eſt in conditione expreſſa à lege, qualis eſt in quæſtione noſtra, dicit enim lex, emphyteutã cadere à iure ſuo, ſi dominus voluerit. Hęc conditio à lege exprimitur,

mitur, vnde diſpoſitionem & actum, id eſt, priuationem emphyteutæ ſuſpendit, donec impleatur, meritò ex die quo purificata eſt huiuſmodi conditio, & ſic ex die, quo dominus ſe velle, dixerit, priuatio effectum habet.

Ad ſeptimum, quod cauſa principalis ſit attendenda, concedo, ſi talis ſit cauſa, quæ poſſit effectum producere, ſed cauſa illa, nempe negligentia ſoluendi canonem, ſola non poteſt effectum producere, niſi concurrat domini voluntas, meritò ante voluntatem domini emphyteuta cadere nõ dicitur iure ſuo, conſequenter fructus lucratur interim perceptos.

Ad octauum de pęna ipſo iure impoſita, concedo etiã ante declarationem iudicis pœnam effectum habere, ratio eſt, quia declaratio iudicis non requiritur ad eſſentiã rei, id eſt, ad hoc, vt pœna lege impoſita locum habeat, quaſi pœnæ locus non ſit, ſi declaratio iudicis ſequatur, imo verò locus eſt pœnæ ipſo iure ante iudicis declarationem, quia declaratio requiritur, non vt pœna imponatur, quæ iam impoſita eſt, ſed vt conſtet de facto, propter quod pœna irrogatur. Sed in quæſtione noſtra, declaratio & voluntas domini, eſt de eſſentia priuationis emphyteutæ, vnde ante declarationem non eſt locus.

Ad poſtremum argumentũ ex authoritate ſumptum, reſpondeo, argumentum ab authoritate doctorum, probabile eſſe, non autem neceſſarium, rationique & legi cedere, vt latè docent doct. in l. 1. ff. ſi cert. pet. Euerard. in locis legalibus loco ab authoritate.

CAPVT XCV.

Vtrum dominus authoritate propria expellere poſſit emphyteutam propter canonem non ſolutum per triennium.

ARdua eſt quæſtio propter multiplices doctorum ſententias. Aliqui enim dicunt, non poſſe dominum authoritate propria eum expellere, quia nemo poteſt ſibi ius dicere, vt in tit. C. ne quis in ſua cauſa iudicet, & ius ſibi dicat. & l. nõ eſt ſingulis. ff. de reg. iur.

Alij vero affirmãt dñm id facere poſſe, argumẽto l. 2. C. de iure emphyt. in qua dr̃, domino licere emphyteutam expellere. Item, quia idem in locatore cõſtitutum videtur, vt conductorẽ expellere poſſit ob penſionem non ſolutam. l. æde. C. locati. l. quæro. §. inter locatorem. ff. eod. & poſtremo ea ratione, quia dominus rem emphyteuticam poſſidere dicitur ciuiliter, vt docet gloſ. in l. 3. §. ex contrario. ff de acquir. poſſ. is autem, qui ciuilem habet poſſeſſionem, authoritate propria ingredi poteſt naturalem ab alio occupatã. l. clam poſſidere. §. qui ad nundinas. ff. eod. & hæc videtur magis communis ſententia. Vide Iaſonem in l. 2. C. de iure emphy. nu. 105. Decium in conſ. 146. nu. 7. Alex. conſ. 105. nu. 18. lib. 3. 115. nu. 11. libro 1. Clar. libro 4. ſentent. §. emphyteuſi, quæſt. 44. & quæſt. 11. Corbulum de iure emphyt. cap. 15. quæſt. 12.

Alij dicunt domino licere emphyteutam in poſſeſſione turbare, ſed non expellere. Ita Bart. in l. 2. C. de iure emphyt. nu. 3.

Alij diſtinguunt hoc modo. Aut certum eſt emphyteutam non ſoluiſſe canonem, vt quia id fatetur, aut dubium eſt, quia fortè ipſe negat. Primo caſu, licet domino propria authoritate eum expellere, ſecundo autem caſu non licet. Specul. tit. de emphyt. q. 48. Alij aliter dicunt, & diſtinguunt.

Mihi verior videtur eorum ſententia, qui negant domino licere propria authoritate emphyteutam expellere. Imprimis, quia nemo poteſt ſibi ius propria authoritate dicere, vt dictum eſt.

Secũdo ex l. creditores. C. de pig. vbi Imp. ita dicit: *Creditores, qui non reddita ſibi pecunia, conuentionis legem ingreſſi, poſſeſſionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen authoritate Præſidis poſſeſſionẽ adipiſci debent.*

A Si creditor non poteſt abſque iudicis authoritate poſſeſſionem ingredi, licet ex lege conuentionis poteſtas ei facta ſit, ergo nec dominus poteſt authoritate propria expellere emphyteutam, etiamſi maximè poteſtatem habeat eum expellendi ex lege contractus.

Tertio ex eo, qđ conſtitutũ eſt in dote, ſoluto. n. matrimonio dos ad mulierem reuertitur, & poteſt mulier eã vendicare. l. in reb. C. de iure do. & tamẽ propria authoritate id facere non poteſt. l. dotis. C. ſolu. matr.

Quarto & vltimo, quia poſſent ex eiuſmodi expulſione, authoritate propria facta, oriri ſcandala, rixę & delicta, quæ omnia leges euitare ſtudent, vt in l. æquiſſimum. ff. de vſufr. inde enim iniurias naſci non oportet, vnde iura oriuntur. l. in fundo. ff. de rei vend.

Ad argumenta in contrariũ, facilè rñderi poteſt. Nam quod attinet ad primum & ſcđm, concedo eſſe domino permiſſum, vt ſi velit, emphyteutam expellat, ſicut & conductorẽ locatori expellere licet, ſed nego id propria
B authoritate fieri poſſe, nec id allegatæ leges dicunt.

Quod vero dr̃, et, qui ciuilem habet poſſeſſionẽ, licet authoritate propria ingredi naturalem ab alio occupatam. Ergo dño licebit emphyteutam expellere. hoc argumentum, quod vrget omnium maximè pro hac ſententia Iaſ. in l. 2. C. de iure emphyt. num. 105. tollitur ex notatis per eundem Iaſonem in d. l. clam poſſidere. §. qui ad nundinas, nu. 24. ff. de acq. poſſ. vbi dicit, domino non licere emphyteutam expellere authoritate propria, quia emphyteuta naturaliter poſſidens, iuſtum habet iuſtum ſuæ poſſeſſionis, & is expelli poteſt, qui poſſeſſionem naturalem iniuſte occupauit, ſicut loquitur ille tex. in d. §. qui ad nundinas, & aliæ leges concordantes à Iaſone ibi allegatæ.

CAPVT XCVI.

C *Vtrum emphyteuta, qui per triennium canonem totum non perſoluit, ſit priuandus iure ſuo.*

EMphyteutam, qui totum canonem non ſoluit per triennium, iure ſuo emphyteutico priuandum eſſe docuerunt Specul. in tit. de emphyteut. q. 29. Paulus Caſtr. ad l. in executione. §. item ſi ita. ff. de verb. oblig. Iaſ. in l. 2. nu. 54. 55. de iure emphyt. Decius Authen. qui rem. C. de ſacroſ. eccleſ. & alij, quos refert. & ſequitur Aurelius Corbulus de iure emphyt. c. 15. ampliatione 5.

Argumenta vero ſunt iſta. is, qui tenetur aliquid præſtare ſub pęna, in pœnam incidit, niſi totum præſtet, d. l. in executione. §. item ſi ita. ff. de verb. oblig. ibi: *Niſi totus detur, pœna committitur centum*, ſed emphyteuta tenetur canonem præſtare domino ſub pœna priuationis iuris ſui, ergo niſi totum præſtet, in pœnam incidit.

Secundo, quęlibet conditio indiuidua eſt, nec pro parte impleri poteſt. l. cui fundus. ff. de cond. & demonſtr.
D ſed emphyteuta ius ſuum ſub illa conditione habet, vt canonem domino pendat, ergo niſi totum pendat, cadit omni ſuo iure.

Tertio, facit regula vulgaris. Nihil actũ vr̃, vbi supereſt aliquid agendum, l. pen. C. de his quib. vt indig. vnde etiam dicimus; Non defendere eum, qui totum non defendit. l. defenſor. ff. de interrog. act. & is edere non dicitur, qui in totum nõ edit, l. argentarius. §. 1. ff. de eden.

Quarto facit, quod habetr̃ in l. fiſtulas. §. qui fundum. ff. de cõtrah. empt. ibi: *Nec ſi partem ſoluas ex empto cum venditore ages, quoniam contractum æs alienum diuidi non poteſt.*

Quinto, textus in l. quamdiu. C. de diſtract. pignor. ibi: *Quamdiu non eſt creditori integra pecunia numerata, etiamſi pro parte maiore eam cõſecutus ſit, diſtrahendi rem obligatam non amittit facultatem.*

Sexto, is, qui totum canonem non ſoluit, non adimplet pro ſua parte contractũ, fruſtrà ergo petit ſibi à domino

minoadimpleri, l. quarto. §. inter locatorem. ff. locati. A

Septimò, emphyteuta, qui totum canonem non ſoluit, impunè euadere nõ poteſt, Itaque vel totum ius ſuũ amittere debet, vel partem, ſed partem non debet amittere, quia dominus inuitus cogeretur cum eo habere rẽ communem contrà l. ſi non ſortem. §. ſi centum. ff. de condict. indeb. ergo totum debet amittere.

Octauò, pœna iſta priuationis impoſita eſt emphyteutæ, quia cùm canonem non ſoluit, dominum contẽnere videtur, ſed ſi non ſoluat totum, videtur dominum contemnere; igitur in pœnam incidit.

Nonò facit, qđ docet gloſ. in l. res bona fide. ff. de contrah. empt. vbi docet. Pactum legis cõmiſſoriæ, quo cauetur, vt ſi emptor intra certum tps venditori precium nõ ſoluat, res ſit inempta, locũ habere etiam vbi totum nõ ſoluit, licet deficiat, vt inquit illa gloſ. *In vno nummo.*

Poſtremò facit, quod docet Bart. in l. cùm ſi exhibuiſſent. §. vlt. ff. de Public. & Bald. in l. minorib. C. de his quib. vt indig. vbi docent, eum, qui offm̃ habet denun-B ciandi maleficia, puniendum eſſe, licet vnum tantũ maleficium denũciare negleſerit. Item id quod docet Bald. in l. etiam, nu. 8. C. ad leg. Falcid. eum, qui fidem accommodat defuncto teſtatori de reſtituendo aliquid incapaci, tota nihilominus hæreditate indignum reputari, ac proinde eam fiſco applicandam.

Cõtrariam ſententiam habuerunt Iaſ. ſibi contrarius in d. l. in executione § item ſi ita. ff. de verb. oblig. Guido Papa deciſ. 174. Petrus Beuintendius deciſ. 6. Paulus Picus in Auth. Præterea, nu. 12. C. vnde vir. & vxor.

Primum argumẽtũ eſt ex l. ſi ſeruus. §. ſi plurium. ff. ſi qs caution. ibi: *Pœnam quidem integram committi, licet vnus ſtatus non ſit, Labeo ait quia verum ſit, omnes ſtatus non eſſe. Verum, ſi pro rata vnius offeratur pœna exceptione doli vſurum eum, qui ex hac ſtipulatione conuenitur.*

Scđm eſt ex c. ſuam, de pœnis, vbi obligatus ad certã quãtitatem certa die ſub pęna ſoluendam, ſi partem intra terminum ſoluit, ad pœnam integram non tenetur. C

Tertium, ex l. commiſſoriæ, C. de pactis inter empt. & vend. qui textus iudicio meo nihil ad rem facit.

Quartum, quia pœna non debet eſſe maior delicto. l. ſancimus. C. de pœnis, & pœnæ ſunt interpretatione potius molliendæ quam exaſperãdę l. interpretatione. ff. eod. tit.

Ego verò tres caſus diſtinguendos puto. Primus eſt, qñ emphyteuta non ſoluit quidem per triennium tutũ canonem, ſed tñ tãtum ſoluit ſingulo anno, quod ſi coaceruetur, vnius anni æquat canonis debitam quantitatem, hoc in caſu exiſtimarem eum non eſſe priuandum iure ſuo, duabus rationibus. Priore quidem, quia ſolutio à debitore facta cedere debet in duriorem & grauiorem cauſam. l. 1. & 3. l. ſi ex pluribus. ff. de ſolutio. l. 1. C. eod. tit. ergo in propoſito cedere debet in cauſam debiti canonis vnius anni, vt ſic pœna euitetur, quæ vt incurratur, triennium requiritur. Altera eſt ratio, quia ſi exempli cauſa emphyteuta ſit obligatus ad ſoluendum annua D decem, & ſingulo anno quinque ſoluerit, proculdubio ſoluiſſe dicitur plus, quam vno anno teneretur ſoluere. Qualis ergo eſſet rigor priuare iſtum iure ſuo, qui aliqđ ſupra vnius anni integram penſionem ſoluit? qui ſi ſolã vnius duntaxat anni penſionem ſolueret, non priuaretur. Reſpondet, ſed fruſtrà, Corbulus loco ſuperius annot. & Iaſ. in d. l. 2. num. 57. C. de iure emphyt.

Secundus caſus eſt, quando id, quod ſoluit emphyt. nequaquam ſufficit ad vnius anni integram penſionem debitam, ſed tamen aliquid minimum deficit, & hoc in caſu idem ſtatuendum puto, argumento tex. in c. ſuam, de pœnis. Et quia, vt ſolet dici, de minimis non curat Prætor. l. ſcio. ff. de in integr. reſt.

Tertius eſt caſus, quando id, quod ſoluit emphyt. ſingulis annis, non æquat debitam vnius anni portionem, & modicum non eſt, ſed verbi gratia, deeſt tertia pars vel dimidia. Hoc in caſu communiorem amplector ſen- A tentiam, quæ docet emphyteutam eſſe priuandum iure ſuo, moueor iis argumentis, quę ſuperius allata fuere pro eiuſdem ſententiæ confirmatione.

Ad argumenta in contrarium ita reſpondeo. Ad primum, maior propoſitio eſt vera, minor autem falſa, quia emphyteuta non tenetur canonem ſoluere ſub pœna priuationis, ſed priuationis pœna eſt impoſita in ſolutione ceſſanti per triennium. Non videtur autem ceſſare per triennium, cum id, quod ſoluit annuatim, ad vnius anni penſionem integram extenditur.

Ad ſecundum concedo totum argumentũ, & ſic emphyteutam obligatum eſſe ad ſoluendum totum canonem, ſed dum infertur, ergo niſi totum ſoluat, abſolutè priuatur iure ſuo, nego conſequentiam.

Ad tertium, fateor, ſi totum canonem non ſoluat, nõ videri canonem ſoluiſſe, ſed non ſequitur, ergo indiſtinctè priuandus eſt iure emphyteutico.

Ad quartum, cõcedo et, qui contractũ nõ adimplet in B totum, actionem nõ competere: vt in d. §. qui fundum, ſed non ſequitur eum iure ſuo priuandum, quia ſic priuandus eſſet, licet vno duntaxat anno ceſſaret in ſolutione, quod tamen eſt falſum, quia requiritur triennium.

Ad quintum reſpondeo, creditori ius eſſe pignora vendendi, licet debiti pars ſoluta ſit, quia niſi totũ ſoluatur, ius illi remanet pignoris pro reſiduo, ideo rem obligatã rectè diſtrahit, quæ res ab hac noſtra longè diuerſa eſt.

Ad ſextum patet ſolutio. Neq; enim bona eſt conſequentia; emphyteuta pro parte ſua fidem non ſeruauit, ergo cadit à iure ſuo, quia ſi id ſequeretur, vnius anni negligentia in ſoluendo ſufficeret ad incurrendam pęnam. Illud ſequitur, actionem denegari emphyteutæ non ſeruanti fidem, argumento d. § inter locatorem.

Ad ſeptimum dico, emphyteutam nec toto iure ſuo priuandum eſſe, nec parte, quia non eſt abſolutè verum, eum in ſolutione ceſſaſſe per triennium, vti lex requirit. Non ceſſauit, inquam, vbi canonis pars ſoluta ſingulo C anno, ad vnius anni penſionem integram extenditur.

Ad octauũ nego, ita dñm contemni ab emphyteuta totum canonem non ſoluente, vt proinde iure emphyteutico ſit priuandus, neq; enim omnis ad hunc effectũ ſufficit contemptus, ſed requiritur ceſſatio triennalis.

Ad nonum rñdeo, nõ ita conſtitutum eſſe in emphyteuta, vt niſi canonem perſoluat anno quolibet, iure ſuo priuetur, ſicut in pacto legis commiſſorię conſtitutũ eſt, vt niſi totũ precium ſoluatur, res ſit inempta. Dicimus enim emphyteutã cadere à iure ſuo, ſi per triennium in ſolutione ceſſauerit: Eundem uero nõ ceſſaſſe per triennium, ſi tantum ſoluit annis ſingulis, quod ſimul cumulatum, unius anni penſionem adæquet.

Ad poſtremum reſpondeo, conſtitutus officialis ad maleficia denuncianda merito punitur, ſi unum maleficium denunciare negligat, peccat enim in officio. Sic & ille, qui fidem ſuam accommodauit de reſtituendo aliquid incapaci. Non idem iuris in emphyteuta, quia pro D omni culpa & negligentia nõ punitur, ſed propter triennalem ceſſationem, ut dictum eſt, duntaxat.

CAPVT XCVII.

Vtrum, ſi emphyteuta decedat pluribus heredibus relictis, quorum vnus ſuam canonis portionem ſoluat, alter verò non, tota res emphyteutica reuertatur ad dominum, an verò pars tantum.

QVatuor ſunt opiniones doctorum. Prima, totam rem ad dñm reuerti. Authores ſunt Spec. tit. de locato, q. 71. Iaſ. ad l. 2. num. 57. 58. C. de iure emphyt. Clarus §. emphyteuſis, quęſt. 9. quarto quid ſi emphyteuta, & alij à Corbulo relati de iure emphyteutico, cap. 15. ampliatione 8.

Fundamentum eſt, quia ſi defunctus obligatus ſit ad pecuniam ſoluendam ſub aliqua pœna, altero ex hæredibus

redibus ſuā partem nōn ſoluente, pęna committitur cōtra omnes, & qui ſuam partem ſoluit, familiæ hereiſcundæ iudicio id, quod ſua intereſt à cohærede, qui non ſoluit, conſequitur, l. hæredes, §. in illa, ff. fam. herciſc. rex. in l. ſtipulationum, 2. §. item ſi in facto, & in l. ſtipulationum, 5. §. ſi ſortem, ff. de verb. oblig. *Si ſortem*, ait textus, *promiſeris, & ſi ea ſoluta non eſſet, pœnam, etiamſi vnus ex hæredibus tuis portionem ſuam ex ſorte ſoluerit, nihilominus pœna committetur, donec portio cohæredis ſoluatur.*

Secunda eſt opinio quorũdam antiquorum, quos Io. Andr. refert in additione ad Specul. loco annotato; rem emphyteuticam ad dominum reuerti pro parte non ſoluentis tantum.

Fundamentũ eſt in l. fraudati, §. ſed ſi vnus, ff. de publicanis. vbi; *Si vnus ex pluribus hæredib. rem communem cauſa vectigalis ſurripiat, portiones cæteris non auferuntur*, hoc eſt, ſi vnus ex pluribus hæredibus rei cōis vectigal non ſoluerit, tota res non incidit in commiſſum, ſed portio tantum non ſoluentis, vt ibi declarat Paulus Caſtrẽ.

Tertia eſt opinio Bart. in commentarijs d. l. fraudati, vt ſi vnus hæredum ſingulis annis tãtum ſoluerit, quòd ſpacio annorum trium ad vnius anni penſionem integrã ſufficiat, tunc nullo modo res ad dominum reuertatur, qa ſolutio ab vno facta, cedere debet in cauſam vtiliorẽ ad euitandam pœnam l. 1. & ſeq. ff. de ſolutio. Si verò nō tantum ſoluent, tota res emphyteutica ad dominum reuertatur, & ſic pœna committatur contra omnes.

Quarta eſt ſnĩa Imolenſis in c. potuit, nu. 47. de locato: iure ciuili inſpecto, totam rem ad dominum reuerti, ſecus autem inſpecto iure canonico, quo iure tantus rigor non ſeruatur, argumento, c. ſuam, de pœnis.

Ex his quatuor ſententijs eligendam arbitror ſecundam, quæ docet non totam rem emphyteuticam ad dominum reuerti, ſed portionem non ſoluentis tantum. Moueor ex d. l. fraudati, §. ſed ſi vnius, ff. de publicanis, cui nemo reſpondet.

Moueor ſecundò, quoniam vbi emphyteuta moritur relictis pluribus hæredibus, tot videntur eſſe emphyteutæ, quot hæredes exiſtunt; Vno ergo non ſoluente, alter prægrauari non debet, ſed qui non ſoluit, ſuam iuris emphyteutici partem amittit.

Ad argumentũ in contrarium ſic reſpondeo: heredes defuncti emphyt. non eſſe obligatos ad penſionem ſoluendam, tanquam hæredes, ex perſona. ſ. defuncti, ſed tanquam nouos emphyteutas, ex perſona propria. Videtur enim is, qui rem conceſſit alicui in emphyteuſin, pro ſe, & ſuis hæredibus, vel filijs, ipſis hæredib. & filijs emphyteuſin dare. Quare ſicut, ſi pluribus res in emphyteuſin detur, dicuntur eſſe plures emphyteutæ, nec alterius negligentia in ſoluẽdo alteri nocet, ita & in pręſenti ſpecie reſpondendum eſt. Alia ratio in eo eſt, qui ſub pœna aliquid promittit. Nam ex perſona hæredum, conditio obligationis non mutatur, l. ſtipulationum, 2. §. ex his, ff. de verb. oblig. conditio autem obligationis eſt, vt pœna committatur, niſi tota res promiſſa, præſtetur, l. in executione, §. item ſi ita, ff. de verb. oblig.

CAPVT XCVIII.

Vtrum emphyteuta priuati moram incontinenti poſt elapſum tempus ad euitandam pœnam purgare poſſit.

EST in emphyteuta Eccleſiæ definitum, celeri ſatiſfactione eum moram purgare poſſe, c. potuit, de locato. Sed in emphyteuta priuati controuerſum. Namque moram eũ purgare non poſſe cenſuerunt multi, quos commemorat Iaſon in l. 2. nu. 73. C. de iure emphyt. Couar. lib. 3. variar. reſol. c. 17. nu. 4.

Alij poſſe affirmarunt, Angelus in l. etſi poſt tres, ff. ſi quis caution. Bald. in l. ſi pacto quo pęnam, C. de pactis, Franciſcus Sarmientus, lib. 3. ſelectarum interpretationum, cap. 5.

A Alii denique, vt refert Iaſ. loco annotato, emphyteutã purgare poſſe morã, docent, antequam dñs declaret priuationi locum eſſe; poſt declarationem verò, non poſſe.

Ipſe opinor priorem ſententiam eſſe probabiliorem, quam imprimis confirmabo, deinde argumentis in contrarium reſpondebo.

Probatur hęc ſententia primum ex eo, quòd vbi dies, & pœna eſt obligationi adiecta, mora purgari nō poteſt, l. traiect. §. de illo, ff. de verb. oblig.

Secundò ex l. Celſus, ff. de arbitr. vbi ſi arbiter intra Kalendas Septembris dari iuſſerit, nec datum erit, licet poſtea offeratur, attamen *ſemel commiſſam pœnam compromiſſi non euaneſcere*, ait Iuriſconſultus.

Nec valet Sarmienti reſpōſio, excipientis caſum, quo incontinenti moram debitor purgauerit, quia nullo iure probatur hæc interpretatio.

Tertiò probatur argumento l. 1. verſ. Niſi fortè, ff. de pecunia legata, ibi: *Habebit igitur hæres obligationem, tamdiu quamdiu cum eo lis de pecunia conteſtetur, niſi fortè aliud tempus teſtator, vel mente vel verbis præſtituit.*

B Quartò ex l. 2. C. de iure emphyt. vbi dicitur, emphyteutam, qui non ſoluit per triennium, omnimodò repelli poſſe, ibi: *Sed omnimodò eo ſi dominus voluerit, repellendo, &c.* Quæ verba arguunt, ita abſolutę repelli poſſe, vt nec moram purgare poſſit.

Poſtremò, quia vbi pœna ipſo iure imponitur, mora purgari non poteſt, l. qui ob rem, ff. de cond. indeb. l. ſi is cui, de leg. 2. Tiraq. ad l. ſi vnquam, in verbo, reuertatur, nu. 310. C. de reuocan. donatio. Pœna verò de qua agitur ob canonem non ſolutum, ipſo iure eſt impoſita, vt concluſum eſt ſupra, c. 93.

Primum argumentum contrariæ opinionis. Vbi aliquid eſt deciſum iure canonico, illud eſt ſeruandum etiã in foro Cęſareo, vt in Authent. vt clerici apud proprios Epiſcopos, &c. ſed iure canonico deciſum eſt, moram purgari poſſe, vt in d. c. potuit, de locato, igitur, &c.

C Reſpondeo, in emphyteuta Eccleſiæ id eſſe deciſum, non in emphyteuta priuati; ratio differentiæ eſſe poteſt, quia emphyteuta Eccleſiæ iure ſuo cadit, ſi per bienniũ in ſolutione ceſſet, meritò purgare moram poteſt, ſed emphyteuta priuati, triennale tempus habet, & ſic longius tempus, & ſic moram purgare non poterit.

Secundum argumẽtum eſt ex l. ſi ſeruum, §. ſequitur, ff. de verb. oblig. vbi dicitur, ex ęquitate moram purgari poſſe, æquitas verò rigori præfertur, l. placuit, C. de iud.

Reſpondeo, illum textum non procedere, vbi dies & pęna eſt obligationi adiecta, ſicuti docent leges ſuperiùs allegatæ, tunc enim moræ purgationi locus non eſt.

Tertium argumentum eſt ex l. ſi cum dies, §. vlt. ff. de arbit. Reſpondeo, loquitur quando certa dies obligationi non eſt adiecta.

Quartum eſt ex l. etſi poſt tres, ff. ſi quis caution. Reſpondeo, id, ꝙ ibi dicitur, locum habet in obligationibus prætorijs, & iudicialibus, in quibus tantus rigor nō ſeruatur, quantus in contractibus, & conuentionibus.

D Poſtremum eſt ex l. ſi inſulam, ff. de verb. oblig. ex l. continuus, §. item qui inſulam, & ex l. ſi ita quis, § ſeia cauit, ff. eod. tit. Reſpondeo, illas leges loqui, quãdo dies tantum obligationi eſt inſerta, ſecùs vbi dies eſt adiecta, & ſimul pęna à lege impoſita, vt in ſpecie noſtra.

CAPVT XCIX.

Si dominus canonem receperit ab emphyteuta, poſtquam iam erat priuandus iure ſuo, quia non ſoluerat, vtrum videatur pœnam ipſam priuationis ſeu caducitatis remiſiſſe.

QVæſtio hæc grauis eſt, difficilis, & controuerſa, nec ab aliquo, quem viderim, interprete, clarè explicata. Ego ſententiis omnium perpenſis, eã diſtinctionem adhibendam puto, quæ ſequentibus concluſionibus continetur.

A Prima concluſio. Si dominus ſciat emphyteutam ſuo iure cecidiſſe, & canonem nihilominus recipiat temporis futuri, caducitatis pœnam remiſiſſe videtur. Probatur hæc cõcluſio; quoniam iniuria diſſimulatione abolentur, §. vlt. inſtit. de iniuria. dicitur autem iniuria domino inferri ab ipſo emphyteuta, ſi canonem ei non ſoluat, quaſi non videatur illum agnoſcere tanquam dominum, cũ non ſoluat, quod in dominij recognitionem debet. Ita docent Bart. in d. l. nu. 8. C. de iure emphyt. Iaſ. ibid. nu. 124. Ruyn. in conſ. 110. lib. 1. Clar. §. emphyt. q. 10.

Secunda concluſio. Si dominus ignoret emphyteutã cecidiſſe iure ſuo, recipiendo canonem, non videtur pœnam remittere caducitatis, quia nemo renunciare intelligitur iuri, quod ſibi ignorat competere. l. mater. ff. de inoff. teſtam. l. ſi quando, §. vlt. C. eod. tit. l. legitima, ff. de petit. hæred. ita Specul. tit. de emphyteuſi, q. 24. Iaſ. in l. 2. C. de iure emphyt. nu. 130. Aurel. Corbul. de iure emphyteutico, c. 15. declar. 21. nu. 14.

B Tertia concluſio. Si dominus declarauerit emphyteutam iure ſuo cecidiſſe propter canonem non ſolutum, & nihilominus temporis futuri Canonem receperit, niſi proteſtatus fuerit, ſaluũ ſibi eſſe ius caducitatis, videtur eam remittere, ita Bart. in l. 2. nu. 8. C. de iure emph. D. meus Ceph. in conſ. 222. lib. 2. quia proteſtatio reſeruat ius proteſtantis. l. ſed debitor, §. 1. ff. quib. mod. pig. vel hypot. ſolu. & declarat eius animum. l. at ſi quis, §. plerique, ff. de relig. & ſumpt. funer.

Si dicatur talis proteſtatio eſſe contraria facto, vnde nihil prodeſt, vt in hac ſpecie dicebat Ruminal. in cõſ. 149. nu. 49 Curt. ſen. in conſil. 81. Ruin. in conſ. 110. libr. 1. reſpondet D. Cephal. argumentum procedere, quando dominus recepit canonem ante caducitatis declarationẽ, ſecus ſi poſt quia tunc eſt ius quæſitum, cui renunciare velle non præſumitur, argum. l. cum de indebito, ff. de probation. & eorum quæ tradit Alexa. in l. non ſolum. §. morte, n. 17. ff. de oper. noui nunc. & in cõſ. 26. col. 1. li. 3.

C Sed contraria ſententia verior & communior eſt, bona præceptoris mei pace; nam proteſtationem hoc in caſu non prodeſſe, docuerunt Iaſon in l. 2. nu. 124. C. de iure emphyt. Ruin. in d. conſ. 110. lib. 1. Clar. in §. emphyteuſis, quæſt. 10. Aurel. Corbulus, loco paulò ante citato nu. 2 proteſtatio enim contraria facto, nihil releuat, l. 1. §. 1. ff. ſi vſusfr. petat. l. æmilius, ff. de minoribus Iaſon in l. ſi quis extraneus, nu. 6. ff. de acq. hæred. & vbi quis poſt ius quæſitum actum facit penitus contrarium, &, vt vocant, incompatibilem iuri quæſito, cenſetur illi renunciare, l. poſt diem, ff. de lege commiſſor. l. commiſſoriæ C. de pactis inter empt. & vend. l. 2. C. de iure dom. impetr. l. vltim. ff. de inoff. teſtam. eſt autem actus receptionis canonis pro tempore futuro prorſus repugnans iuri quæſito: nam ius quæſitum præſupponit ſoluentem non eſſe amplius emphyteutam, eo quod iure ſuo ceciderit; receptio verò canonis, eſſe emphyteutam, quia nemo ſoluit canonem, niſi ſit emphyteuta.

D Quod vero reſpondit. Alexand. in conſ. 26. & in d. §. morte, ad rem non facit; quia loquitur in caſu longè diuerſo. Vendidit quis rem ſuam cum pacto redimendi, Inſtrumentum venditionis aliquot poſt menſes celebrauit, nulla mentione facta pacti redimendi, reſpondit Alexan dẽr, non idcirco pacto redimendi renunciatum, rectè, quia actus poſtea factus, videlicet, inſtrumentum vẽditionis, non repugnat pacto, licet enim pacti mentionem non contineat, non tamen aliquid contrarium continet.

Si tamen Emphyteuta ſoluens, tali proteſtationi conſentiat, ſibi præiudicabit, l. vlt. §. itẽ ſi prædixerit, ff. Nautæ, caupones & ſtabular. Ita ripa, in c. cum M. nu. 130. de conſtit. Ruin. in conſ. 151. nu. 12. lib. 1. Iaſon in d. l. 2. nu. 127. C. de iure emphyt. ſecus eſt, ſi taceat emphyt. vt per Aret. in conſ. 35. in fine, Alex. in conſ. 14. col. penult. lib. 2. Ruin. in conſ. 110. nu. 4. & 151. n. 12. lib. 1. Boer. q. 309. Clarus, §. Emphyteuſis, qu. 10. D. Menoch. lib. 3. de præſumpt. c. 112. nu. 22.

Nec obſtat argumentum Imolæ, in c. potuit, de locato, ex l. vlt. §. item ſi prædixerit, iuncta gloſ. ff. Nautæ, caupon. & ſtabul. quia ibi agitur de vectoribus, quibus facta eſt proteſtatio, vt ſuas res cuſtodiant, & ſeruẽt, ea proteſtatio nocet ijs, quibus eſt facta, ſi non contradicant. Rectè; quia non eſt contraria facto, ut in præſenti ſpecie.

Quarta concluſio, Si dominus recipiat canonem temporis præteriti, & de emphyteuta Eccleſiæ agatur, non cẽſetur remiſſa caducitatis pœna, auth. qui rem, C. de ſacroſanct. Eccl. §. ſi vero aut locator. in auth. de alien. & emphyt. ita Iaſon. in l. 2. nu. 127. C. de iure emphyt.

Quinta concluſio. Si dominus receperit canonẽ temporis præteriti, & agatur de emphyt. priuati, diſtinguendum eſt. Aut dominus primò emphyteutam expulit, deinde canonem recepit, & tunc non videtur pœnam remittere, l. colonus, ff. locati, auth. qui rem, C. de ſacroſanct. Eccl. aut prius canonem accepit, deinde vult emphyteutam expellere, & tunc non poteſt, niſi fuerit proteſtatus, ſe nihilominus eum velle expellere, ita Bart. in l. 2. nu. 8. C. de iure emphyt.

Sed longè probabilior eſt eorum ſñia, qui docent pœnam caducitatis remiſsã intelligi abſoluté hoc in caſu, ita Specul. tit. de emphyt. q. 23. Imola, in c. potuit, num. 4. de locato. Franciſcus Sarmientus ſelect. interpret. lib. 3. c. 6. Probatur argumento l. reſcript. §. ſi pacto, ff. de pactis, ibi *Sabinus putat, quod eſt verius, utraque via uti poſſe, prout elegeris, qui ſtipulatus eſt. ſi tamen ex cauſa pacti exceptione utatur, æquum erit accepto eum ſtipulationẽ ferre.* Item probatur in l. 3. §. labeo ait, ff. de doli mali except. & in l. vlt. §. vlt. ff. de eo quod certo loco, & in l. 2. ff. ſi quis caution.

Sic & dominus vtraque via uti poteſt, nimirum põt emphyteutam expellere, uel canonẽ exigere, ſi canonẽ maluerit, æquum eſt, eũdem pœnã caducitatis accepto ferre.

Non obſtat text. in auth. qui rem, C. de ſacroſanct. Eccleſ. quia loquitur in emphy. Eccleſiæ, & ratio eſt, quia ius quæſitum ex caducitate, prælatus remittere non debet in præiudicium ipſius Eccleſiæ.

Non obſtat tex. in l. colonus, ff. loca. quia colonus non habet ius in rẽ, nec meliorationes amittit, ſicuti emphyteuta, eſt enim ualdè durum & iniquum, ut emphyt. ius ſuum amittat, meliorationes perdat, & canonem ſoluat. Facit text. in l. 4. § labeo ait, ff. de doli mali except. ibi. 4. *Exceptione eſſe repellendum: iniquum enim eſſe hominem poſſidere & pœnam exigere.*

Sunt qui pro contraria opinione adducunt tex. in l. ſi pro fure, §. 1. ff. de condict. furtiua, ubi pœna legalis remiſſa non uidetur, ex eo, quod quis agat ad rem furto ſubtractã. ſed non rectè, quia in ea ſpecie conſtat utrumque deberi, rem, & pœnam: at in ſpecie noſtra non conſtat, immò illud eſt, quod quæritur, utrũ emphyteuta cogi poſſit ad ſoluẽdum canonem temporis præteriti, quando iure ſuo eſt priuandus, quia non ſoluit.

Sexta concluſio. Si dominus accipiat canonem, ut in præcedenti concluſione, adhibita tamen proteſtatione, ſaluum ſibi eſſe ius caducitatis, non uidetur pœnã remittere caducitatis, quia proteſtatio reſeruat ius, & declarat animum proteſtãtis, l. ſi debitor, §. 1. ff. quib. mod. pig. uel hypo. ſol. l. & ſi quis, §. plerique, ff. de relig. & ſumpt. funer. ita Bald. in l. 2. ff. ſi quis caution. Iaſon. in l. ulti. nu. 4. ff. de eo quod certo loco. Clar. §. emphyteuſis, q. 10. Menoch. de præſumpt. lib. 3. cap. 112. nu. 18.

Septima concluſio: Si dominus petierit Canonem, uidetur pœnam caducitatis remittere; argum. eſt text. in l. Aemilius, ff. de minorib. uerſi. *Pretium petendo receſſiſſe a lege ſua uidetur.* & l. Poſt diem. ff. de leg. commiſſor. ita Iaſ. in l. 2. nu. 128. C. de iure emphyt. quod tamen intelligendum niſi emphyteuta ſoluere recuſauerit, argum. l. nihil intereſt, §. 1. ff. de inoff. teſtam. l. penult. ff. ne quis eum, qui in ius uocat, eſt, ui eximat.

Octaua concluſio, ſi poſtea quam emphyteuta iam in pœnam incidit caducitatis, canonem recipiat, non ipſe dominus, ſed eius procurator, non uidetur remiſſa caducitatis

citatis pœna. Ratio eſt: quia ius quæſitum domino, procurator remittere ſine ſpeciali mandato nó poteſt, l. contra iuris, §. filius, ff. de pactis. Ita Decius, in conſil. 319. nu. 3. Ruyn. in conſ. 100. nu. 10. lib. 3. Berous in conſ. 116. nu. 10. lib. 1. Pariſ. in conſ. 86. nu. 17. lib. 4.

CAPVT C.

Vtrum, ſi res emphyteutica fuerit ad dominum reuerſa morte emphyteutæ ipſius, & liberorum, teneatur dominus eam dare proximiori agnato.

NOn deſunt qui affirmant dominum teneri. Ita Bartolus, in l. 1. §. permittitur, ff. de aqua quot. & æſt. Iaſon in l. 2. num. 22. C. de iure emphyteut. Dec. in conſ. 131. Ripa, in l. 1. ff. de priuil. cred. & alii, quos commemorat Antonius Gabrielius comm. concl. tit. de iure emphyteutico, concl. 1.

Sed contrariam ſententiam, quæ negat dominum teneri, longè arbitror probabiliorem; quam amplexi fuere Aretinus, Caſtrenſis, & alii à Gabrielio citati loco citato, Ruynus in conſi. 152. lib. 1. Franciſcus Sarmientus lib. 3. ſelectar. interpret. c. 7. Rota Bonon. Benintend. deciſ. 19. Andr. Geyll. lib. 2. obſeru. c. 148.

Probatur hæc ſententia in hunc modum. Res in emphyteuſim conceſſa vſque ad certam generationem, extincta generatione ad dominum reuertitur, ergo dominus poteſt eam pro ſe retinere, vel cui maluerit, concedere, argumento l. dudum, C. de contrah. empt. eſt enim vnuſquiſque in re ſua moderator & arbiter, l. in re mandata, C. mand. & nemini iniuriam facit, qui ſuo iure vtitur, l. iniuriarum, §. vlt. ff. de iniur.

Primum argumentum contrariæ opinionis eſt ex l. 1. §. permittitur, ff. de aqua quot. & æſtiua. *Permittitur autem* (ait Iuriſconſultus) *aquam, vel ex caſtello, vel ex riuo, vel ex alio loco publico ducere; idque à Principe conceditur, alij nulli ius competit aquæ ducendæ, & datur interdum prædijs, interdum perſonis. Quod prædijs datur, extincta perſona non extinguitur; quod datur perſonis, cum perſonis amittitur; ideoq; neque ad alium dominum prædiorum, neque ad hæredem, vel qualemcunque ſucceſſorem tranſit. Planè ei, ad quem dominium tranſit, impetrabile eſt: nam ſi docuerit prædijs ſuis aquam debitam, etſi nomine eius fluxiſſet, à quo dominium ad ſe tranſijt, indubitatè impetrat ius aquæ ducendæ. Nec eſt hoc beneficium, ſed iniuria, ſi quis fortè non impetrauerit*. Hactenus Iuriſconſultus.

Reſpondeo, Iuriſconſultum loqui de iure aquæ ducendæ, & de eo, cui aqua debetur, is facilè eam impetrare poteſt, cum ei debeatur, & eam habuerit is, à quo dominiũ habuit. Alia eſt ratio rei in emphyteuſin datæ, quæ maioris eſt momenti, nec proximior docere poteſt ſibi debitam eſſe, eam ob cauſam, quòd aliarum rerũ dominium ad ſe tranſierit.

Secundum eſt l. congruit, & l. vlt. C. de locat. prædior. ciu. lib. 11. *Congruit* (inquit lex.) *æquitati, vt veteres conductores fundorum publicorum, nouis conductoribus præferantur, ſi facta nobis augmenta ſuſcipiant*.

Reſpondeo, id ſpecialiter ita conſtitutum eſſe in veteribus conductoribus, quia & ipſi cogi poſſunt ad recõducendum finita locatione, ſi lucrum aliquod fecerunt ex priori conductione, nec inueniantur alii, qui conducant, l. cotem, §. vlt. ff. de publican.

Tertium eſt ex. l. 1. C. de metallariis, lib. 11. quæ nihil ad rem facit, hoc enim vult duntaxat, vt metallarii fiſco vendere cogantur metalla, quæ foderunt, potiùs, quàm alijs.

B Quartum eſt ex l. ſi in emptionem, ff. de minoribus quæ lex huc non pertinet, loquitur enim de minore in integrum reſtituendo, vt rem recuperet, quæ fuerat ſuorum maiorum.

Quintum eſt l. vlt. C. de iure dom. impetr. vbi dicitur, creditorem cui res eſt pignorata, impetrare poſſe dominium pignoris, ſi tamen prius debitorem moneat, vt ſoluat, & redimat pignus, quæ res nihil habet commune cum quæſtione iſta.

Sextum ex l. iubemus, §. & filios, C. de aduoc. diuerſor. iud. vbi filius aduocati aliis in officio paterno præfertur. Reſpondeo, alia eſt ratio in officiis publicis, in quibus parentum merita filijs proſunt, & ſperatur filius ſimilis futurus patri, ſi ſit idoneus, & fore, vt prudenter adminiſtret officium, ſicuti pater fecit.

Septimum ex l. 1. ff. de priuileg. cred. ibi. *Potior habetur creditor cognatusve*, & idem in l. imperatores, ff. de pact. Reſpondeo, textum loqui, cum de vendendis bonis debitoris agitur, vt præferatur cognatus creditor, quod ad rem noſtram nihil facit.

Poſtremum eſt ex cap. 1. porrò, qualiter olim feudum poterat alienari, ſed nihil ad rem facit. Hoc enim ille textus vult: vaſallo alienare volente rem feudalem, dominum eſſe præferendum, ſi idem pretium offerat.

Porrò ſi agatur de re Eccleſiaſtica in emphyteuſim cõceſſa, quæſtio hæc eſt definita ex §. neque illud, in Authen. de non alien. reb. eccl. vbi dicitur pactum non valere, quo cauetur, vt Eccleſia teneatur finita generatione proximioribus emphyteuſim renouare. Nam ſi eccleſia teneretur id facere, nulla eſſet ratio, cur pactum non valeret, l. non impoſſibile, ff. de pact.

ANDREAE FACHINEI I. C. FOROLIVIENSIS.

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER SECVNDVS.

CAPVT PRIMVM.

Tres controuerſiæ circa pretij certitudinem, ex qua conſiſtit emptionis & venditionis ſubſtantia.

SICVT inter omnes conuenit, emptionis & venditionis ſubſtantiam ex re, & pretio conſiſtere, & pretium certum eſſe oportere; ita controuerſia eſt nonnulla circa pretij certitudinem. Quid enim ſi venditio fiat eo precio, quod in arca habeo? vel precio iuſto? vel precio declarando a peritis æſtimatoribus, quorum vnus eligendus ſit a venditore, alter ab emptore, an pretium ſatis certum eſſe dicatur, vt conſiſtat emptio ac venditio?

Et quidem cum Vlpianus dicat in l.hæc venditio, §.1. ff.de contrah. empt. *Huiuſmodi emptio, quanti tuum eum emiſti, vel quantū pretij in arca habeo, valet.* Accurſius ibidem in verbo. *Quantum. Facias vim*, inquit, *in eo, quod dicit. Quantum. Nam in quantitate debet conſiſtere, ſecus ergo ſi diceret, pro eo pretio, quod in arca habet.*

Accurſium ſecutus eſt Barto. ad l.ſi ſeruus, 111.§.qui quinque, de leg.1. necnon Iaſ.in l.vlt.nu.12. ff.de condic. cauſa data, & alii, quos commemorat Fabianus de Monte, de empt.& vendit.in 5.q.princ.nu.34. vbi dicit, hanc ſententiam eſſe communiter receptam.

Fundamentum eſt in eo, quòd verba illa; *Eo pretio, quod in arca habeo*, corpus ſiue ſpeciem deſignent, nō autem quantitatem, vt probatur ex l.planè, §.1. & ex l.ſed etſi certos, & ex l.ſi ſeruus, §.qui quinque, de leg.1. emptio autem ſine quantitate nulla eſt, vt inquit Imperator in l.empt.C.de contrah.empt.

Sed contrariam ſententiam longè probabiliorem & communiorem eſſe iudico, nimirum, in ea ſpecie venditionem eſſe. Hanc ſentētiam amplexi ſunt Alber.& Salicet. in d.l.hæc venditio, §.1. Fabianus de Monte, loco proximè citato, & alij, quos refert & ſequitur Arius Pinellus, in Commentariis l.11. C.de reſcind.vend.in prima parte Rubricæ, c.1.nu.2.& 3.

Probatur hæc ſententia: quia nulla eſt differentia inter illa verba. *Quantum pretij in arca habeo.* Et illa verba;

A *Eo pretio, quod in arca habeo.* Vtroque enim caſu deſignatur quantitas pecuniæ, quæ eſt in arca. Vnde non oportet calumniari, aut verba legis captare, vt alibi dicit tex. in l.penult.ff.ad exhib.

Huc accedat, quòd verba ſunt accipienda ſecundum ſubiectam materiam, l.ſi vno, ff.locati, ſubiecta autē materia poſtulat, vt verba illa quantitatem ſignificent, non autem ſpeciem. Præſertim, quia per hanc interpretationem actus ſuſtinetur, l.quoties, ff.de rebus dubiis, & ff. de verb.oblig.

Alia ratio eſt in legatis & fideicommiſſis, de quibus loquuntur leges allegatæ, valet enim legatum, licet ſpecies

B deſignata eſſe videatur.

Nec rectè ad propoſitam quæſtionem accommodatur l.vlt.ff.de cond.cauſa data, quia illa lex non loquitur in ea ſpecie, in qua contrahentes utuntur uerbo, uenditionis, ſicut in quæſtione noſtra.

Quod attinet ad ſecundum, Albèr. & Fulgoſ. in d.l. hæc uenditio, §.1. in ea ſpecie uenditionem eſſe dixerūt, quaſi mentio illa iuſti precij certitudinem continere uideatur, ex eo, quòd arbitrio boni uiri declarandum ſit, *in quo nulla dicitur eſſe mora vel conditio*, vt dicebat Vlpianus, in l.1.de leg.2. & latè reſpondit Io.de Anania, in conſ.19.num.12.

C Potiſſimum autem horum fundamentum eſt in l.ſi fundus, 16. §.vlt. ff.de pignorib. Cuius uerba hæc ſunt: *Poteſt ita fieri pignoris datio hypothecave, vt ſi intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, iure emptionis poſſideas rem iuſto pretio tunc æſtimandam; hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio.*

Alii magis communiter dixerunt, non eſſe uenditionem, ſed cōtractum innominatum. Ita Bal.in l.ult.nu.8. C.de contrah.empt. Alexander ad Bartolum, in d.l.hæc uenditio, & in l.ſciendum, nu.17. ubi etiam Ludouicus Romanus, nu.33. ff.de uerb. oblig. Socinus, in l.ſi quis arbitratu, nu.19. ff.eod. Fabianus de Monte, de empt. & uend.in 5.q.princ.nu.25.& 26. Ripa, in l.ita ſtipulatus,

num.20.ff.de verb.oblig. Ruyn.in conſ.144.nu.1.li.1.Ia
cobinus Rimin.in conſi.412.lib.3. Crauetta,in cóſ.272.
nu.19.ver.aliter etiam reſpondeo, D.Ioannes Cephalus
in conſi.10.nu.14.& 15.lib.1.

His ſubſcribit Antonius Gomeſ. var. reſol.iuris,ti.de
contract.c.2.nu.9.verum dicit, uenditori non compete-
re actionem ad pretium,ſed ad rem,& fructus, actioné.
inquam præſcriptis verbis, vel in factum, ex æquitate,
l.quoties,ff.de præſcriptis uerbis.

Arius autem Pinellus, in commentarijs l. 2. C. de re-
ſciud.vendit.in 2.parte rubricæ,cap.1.nu.21.in propoſita
ſpecie,neque venditionem eſſe reſpondit,neque contra-
ctum innominatum; non eſſe venditionem, quia pretiũ
non eſt certum ; non eſſe contractum innominatum,
quia contrahentes de venditione tantum cogitabant. al-
legat.l.uerbis ciuilibus,ibi,*Ne fiat contra voluntatem* ff.de
vulg. & pupill.

Probat vero Gomeſij ſententiam dicentis, in hac ſpe
cie venditionis iuſto pretio factæ, nõ eſſe dandam actio-
nem ad iuſtum precium petendum, etiam traditione fa-
cta. *Quia cum conuentio illa*, inquit: *quæ ad venditionem
tendebat, nulla ſit ex defectu ſubſtantialium, non poteſt per
obliquum ſuſcitari ex traditione ſecuta*, l. *nunquam nuda*,
ff.de acquir.rer.domin. l. obligationes quæ proprijs virib.
non ſubſiſtunt,ff.de action. & oblig.

Ego in hac re ſic ſtatuo. Primum, communem ſenten
tiam veriorem eſſe : nempè in ea ſpecie non eſſe vendi-
tionem. Secundo,eſſe contractum innominatum. Ter-
tio traditione facta , actionem dandam eſſe venditori ad
pretium iuſtum conſequendum,q.ſ. Iudex æſtimauerit,

Priorem propoſitioné ita probo. Venditio non valet,
niſi pretiũ ſit certum,§.pretiũ,in inſtitutionib.de empt.
& vend. ſed in hac ſpecie non eſt certũ , igitur nõ valet.

Si dicatur ſatis eſſe certum,quia iuſtum pretium intel
ligitur arbitrio boni viri.

Reſpondeo,huic argumento Iuſtinianum occurrere,
in l.vlt.C.de contrah.empt.vbi ſtatuit,nullam eſſe ven-
ditionem,ſi pretium certum non ſit,vel commiſſum ar-
bitrio certę perſonæ. *Nulla coniectura*, inquit,*immo ma-
gis diuinatione in poſterum ſeruanda , utrum in perſonam
certam; an in boni uiri arbitrium reſpicientes contrahentes,
ad hac pacta uenerunt , quia hoc penitus impoſſibile eſſe cre-
dentes,per huiuſmodi ſanctionem expellimus*. Quamobrẽ,
quod dicitur : In boni uiri arbitrio nullam eſſe moram,
vel conditionem,vel etiam incertitudinem, locũ habere
poteſt in legatis, quemadmodum Vlp. loquitur in d.l.1.
de leg.2.ratio eſt:quia legatum in arbitrium alterius con
ferri poteſt, & intelligitur in arbitrium boni uiri colla-
tum,& certa ſemper perſona nominatur.

Ad l.ſi fundus,§. vlt.ff.de pignorib. placet mihi com-
munis reſponſio,quam latè defendit Pinellus loco proxi
mè citato,Iuriſconſultum in ea ſpecie loqui, vbi pactum
venditionis iuſto pretio pignori accedit:nos autem loqui
mur, vbi pactum venditionis per ſe conſideratur, ac in
eum modum celebratur.

Secundam autem propoſitionem ſic probo. Vbi con-
trahentes venditionem appellant eam conuentionem,
quæ verè non eſt venditio, intelligitur eſſe contractus
innominatus l.inſulã,ff.de præſcriptis verbis: *Inſulam*,
ait Neratius,*ut aliam reficeres, vendidi*, (hæc non poteſt
eſſe vera venditio, nullo pretio deſignato) *Reſpondi, nul-
lam eſſe venditionem , ſed ciuili intentione incerti agendum*,
id eſt, *præſcriptis verbis*, inquit Gl. *quæ datur ad incertum*,
id eſt, *ad intereſſe, veluti fiat quod conuenit*.

Et Paulus Caſtrenſis ibidem. *Non eſt venditio*, inquit,
*quæ ſine pretio ſtare non poteſt , ſed eſt contractus innomina-
tus*, & eodem in loco Iaſon: *Hic non poteſt*, inquit, *eſſe uen-
ditio, quia ſine pretio non conſiſtit , erit ergo contractus inno-
minatus*.

Quamobrem dum ita Pinellus argumentatur, cõtra
hentes de venditione tantum cogitabant, ergo illa con-
uentio uõ valet, quaſi contractus innominatus. Reſpon

A deo argumentum procedere , ſi conſtaret contrahentes
voluiſſe tantummodo emptionis & venditionis contra-
ctum celebrare. Cęterum,id non conſtat,ex eo,q. de ven
ditione facta fuit mentio: nam & apud Neratium ven-
ditionis verbo uſi ſunt contrahentes, & tamen contra-
ctus eſt innominatus.

Tertiã vero propoſitioné ita probo. Nempè,actionem
eſſe dandam,ad pretium conſequendũ,facta traditione,
ſcilicet actioné præſcriptis verbis Actio præſcriptis ver-
bis datur, vt fiat id,quod conuentum eſt, l. naturales. §.
etſi quidem, ff. de præſcr. uerbis.etſi non fiat ad intereſ-
ſe,ibi: *Sed vt damnerit mihi, quanti intereſt mea* ,&c.ſicu-
ti declarant ibi Bar. Caſtr.nu.7.& Iaſ.num.6.ergo vendi
tori,qui rem tradidit,actiò danda erit, ut emptorem co-
gat ad iuſtum pretium præſtandum, quod ſcilicet iudex
declarauit.

Quanquam interim non negauerim, eidem uẽditori
actioné competere, vt res reſtituatur veluti ob eam cau-
B ſam data, quæ ſecuta non ſit, vt in d.§. etſi quidem.

Deniq.quod attinet ad tertium,duplex eſt Doctorum
ſententia;altera Pinelli,in d.l.2.de reſcin.vend.in 1 par.
rubricæ.c.1.nu. 6.exiſtimantis, venditionem ſic factam
non valere,quia pretium ſit incertum,argumento l. vlt.
C.de contrah.empt.& l.ſi merces,ff.locati.

Altera eſt ſententia magis cõis: huiuſmodi venditio-
nem conſiſtere. Ita docent Bar.& Caſtr.in l.ſi merces,ff.
locati.Corn.in conſi.50.lib.1.Dec.in conſil. 648. Franc.
Burſatus in conſi.159.num.25.lib.2.& Simon Pretus in
conſi.6.num.16.

Et hæc ſententia videtur mihi valde probabilis. Non
enim vllũ uideo diſcrimen, aut differentiæ rationé inter
hanc ſpecié & illam,qua pretium cõmittitur arbitrio cer
tæ & nominatę perſonæ. Quæ quidé uenditio valet,ſi ſe
quatur declaratio. Idcirco enim uenditio ualet in ea ſpe-
cie,quia pretium definiri debet a perſona electa, nec cir-
ca eã electionem vlla poteſt inter contrahẽtes eſſe diſſen
C ſio. Itaque negotium non dicitur eſſe tũc imperfectum,
ſicuti cum dicitur: *Quanti velis. Quanti æquum putaueris.
Quanti æſtimaueris, habebis emptum*. Vel cum pretium
alieno arbitrio generaliter committitur, in quibus caſi-
bus non ualet venditio, vt in d.l.ſi merces,ff.locati, & in
l.quod ſæpè,§.1.ff.de contrah.empt.

Idem ergo iuris eſt in caſu de quo loquimur, cũ ſcili-
cet pretium declarãdum eſt a peritis æſtimatoribus,quo
rum aliter eligẽdus ſit ab emptore,alter a uenditore. Nã
& nulla inter eos accidere põt diſcordia,& videntur eſſe
iã electi aut pro electis habẽdi,quaſi quod ex pacto deſti
natum & conſtitutũ eſt,pro iã facto habendum ſit,ut &
alibi,l.etſi non ſunt,§.quod ergo,l.lana,l. ueſtimẽtorum
ff.de auro & arg.leg.l.ligni,§.1.ſi chorus,§.1.de leg.3.

Ex his patet reſponſum ad argumẽtum Pinelli: quia li
cet perſonæ non ſint certæ ac nominatæ,quarum iudicio
precij quantitas committitur, ex pacto tamen eligendæ
ſunt,eademq.eſt ratio,ac ſi eſſent electę,ut dictũ eſt.

D

CAPVT II.

*Vtrum duobus uendentibus cum pacto redimendi, liceat uni
totum pretium offerendo rem redimere.*

DVobus uendentibus cum pacto redimendi,uni eo
rum ius redimendi rei partẽ non competere, par
tem pretij offerenti,cõis eſt omnium ſententia,
ita.u.docuit Bar.in l.ſi quis aliam,ff. de ſolutionib. & in
l.cuius uſusfructus,ff.de vſufructu leg.& in conſi.195. An-
gelotus, Caſtr.in d.l.ſi quis aliam,& in conſil.211.libr.1.
Fabianus de Monte,de empt.& uend.7.q.princ.non pro
cul a principio, Decius in l.eius qui,§.quas uero,ff. ſi cer-
tum petat. Iaſ.in l.ſtipulationes non diuiduntur, nu.20.
ff.de uerb.oblig. Franciſcus Aret.in conſ.3. Socin.in con
ſil.16.lib.quarto, Cagnolus in l.2. C. de pactis inter em-
ptorem & uenditorem, numer. 102. ubi dicit Ruynum

A contrarium docuiſſe in l.4.§.Cato.in 2.lectura,ff.de verbor.obli. Qui tamen hoc non dicit,immo ipſemet Ruynus hanc ſententiam eſt ſecutus in d.l. ſtipulationes non diuiduntur, numer. 31. Eandem ſententiam ſecutus eſt Tiraquellus de retractu conſanguineorum,§.23.Gloſ.1. vbi num.11.dicit,ſe neminem inueniſſe qui contrarium docet,præter Obertum Cremonenſem,& Firmianum. Sed quid facerent, inquit, aduerſus tot legum proceres, & eos quidem tot armis rationum & legum munitos?

Controuerſia igitur eſt in eo: vtrum ſi totum preciū vnus offerat,ac rem totam redimere intendat, audiēdus ſit,altero nolente vel negligente redimere.

Etenim Caſtr.in d.l. ſi quis aliam, ff. de ſolutionibus apertè negat eum eſſe audiendum. Eandem ſententiam ſecuti ſunt Io.Croius & Alciatus in l.4.§.Cato ff.de verbor oblig. & idem Alciatus in l. creditori, C. de pactis, ſi Tiraquello credimus hos ita referenti de retractu conuentionali,§.1.Gloſ.6.num.35.ſed Alciatum non inueni

B illa docentem,immo vero contrarium docet in d.l. ſtipulationes non diuiduntur,n.66.& 69. Refert tamen alios eiuſdem ſententiæ ſectatores.

Alij reſponderunt non licere vni totam rem redimere,licet totum offerat precium,ſed ei licere partem ſuam redimere,ſi modo totum offerat precium. Ita reſpondit Raphael Fulgoſius in l. quod ſi nolit, §. idem Marcellus,ff.de ædilitio edicto. Necnon vt mihi videtur Soc.in conſi.16.nu.51.lib.4.

Sed hæc ſententia eſt iniquiſſima,& minus firmo nititur fundamento. Eſt enim iniquum,vt is,qui reuendit rem, totum precium conſequatur, & ſimul etiam partem ipſius rei.

Fundamentum vero ſolidum non habet, quia nititur l.quod ſi nolit,§.idem Marcellus, ff de ædilitio edicto, Eius verba hæc ſunt: *Idem Marcellus ait, non poſſe alterum ex dominis conſequi actione ex empto, ut ſibi pro parte venditor tradat, etſi pro portione preciū dabit.* Ex his verbis ſic Fulg. argumentatur: ergo ſi non pro portione preciū

C dabit, ſed totū,partem rei,actione ex empto,conſequetur.

Reſpondeo, non rectè ſumi id argumentum, ſed ita ſumi oportere, non poteſt partem precij ſoluendo partem rei conſequi, ergo ſi totum precium offerat, totam rem conſequi poterit. Ita licet argumentari,non autem ad eum modum,quo Fulgoſius eſt argumentatus. Quanquam non diffiteor, etiam altero modo ſumptum argumentum non eſſe admodum forte.

Cæterum communior eſt ſententia, & vt mihi videtur etiam probabilior, licere vni ex venditoribus totum precium offerendo,totam rem redimere. Ita docuit Caſtrenſ.ſibi contrarius in conſil.221.lib.1.Soc.in l.1.§.ſed & quoties,ff.ad Trebell.Iaſ.in d.l.ſtipulationes non diuiduntur,nu.21.& ibid. Ruyn.nu.32.& Alciatus num.65. & 66. Cagnolus in l.2. C. de pact. inter empt.& vendit. nu.103.& alij quos refert & ſequitur. Tiraq. de retractu conuentionali, §.1.glo 6. num.37.quibus addo Laurentium Syluanum in conſi.22.

D Probatur hæc ſententia, primum ex l. fiſtulas, §. qui, fundum,ff.de contrah.empt. vbi Labeo ita ſcribit. *Qui fundum ea lege emerat, ut ſoluta pecunia traderetur ei poſſeſſio, duobus heredibus relictis deceſſit. Si vnus omnem pecuniam ſoluerit, partem familiæ herciſcundæ iudicio ſeruabit. Nec ſi partem ſoluat, ex empto cum venditore aget, quoniam ita contractum æs alienum diuidi non poteſt.*

Ex ſententia igitur Labeonis,audiendus eſt,qui totum petit,ſi totum precium offerat.

Secundo probatur ex l.fundus,ff. eod. tit. vbi Iabolenus ita. *Fundus ille eſt mihi,& Titio emptus. Quæro vtrum in partem an in totum venditio conſiſtat, an nihil actum ſit? Reſpondi,perſonam Titij ſuperuacuo accipiendam puto,ideoque totius fundi emptionem ad me pertinere.*

Sic & in quæſtione noſtra ſuperuacua videtur eſſe illius perſona, qui redimere negligit,& totum ius redimēdi ad alterum ſpectat.

A Tertio probatur ex l.1.§.ſi pecunia, ff. depoſiti. *Si pecunia, inquit, in ſacculo ſignato depoſita ſit, & vnus ex heredibus eius,qui depoſuit, veniat repetens, quemadmodum ei ſatisfiat videndum eſt. Promenda eſt pecunia, vel coram Prætore, vel interuenientibus honeſtis perſonis, & exſoluenda pro parte hereditaria.* Et paulò poſt: *Sed ſi res ſint quæ diuidi non poſſunt, omnes debebit tradere,ſatiſdatione idonea a petitore ei præſtanda,in hoc quod ſupra partem eius eſt.*

Quarto probatur. Nam ſi duo ſint hæredes,vnus poteſt pignus luere, totam debitam pecuniam offerendo, l.hæredes,§ idem obſeruatur, ff.familiæ herciſcundę, ergo idem in propoſita ſpecie ſtatuendum eſt, cum nulla ſubſit ratio diuerſitatis.

Poſtremo probatur ex æquitate quadā. Emptor enim rem reuendere tenetur. Si pars precij offeratur, partem reuendere non cogitur, ne ſcilicet inuitus in communionem incidat. Sed ſi totum precium offeratur,non habet iuſtam cauſam recuſandi, cum nihil ſua interſit, ſi

B modo ei caueatur a redimente in eo,quod ſupra eius partem eſt.

Sed videamus quantum habeant momenti contrarię ſententiæ argumenta. Sunt autem tria potiſſimum.

Primum argumentum. Vnus præoccupare nō debet ius alterius, niſi altero conſentiente; ſed redimerē volens hoc in caſu præoccupat ius alterius, ergo non eſt audiendus.

Reſpondeo. Non præoccupat ius alterius, ſibi videlicet alterius partem applicando, immo tenetur alterum ipſius ſocium ad communionem recipere, & partem ei tradere fundi redempti, ſi precij partem reſtituere paratus ſit.

Secundum argumentum. Vbi quis tenetur plurib. ad factum indiuiduum,non poteſt cogi ad illud præſtandū, niſi omnes conſentiant,l.2.§.ex his,ff.de verb.obl. l. vlt. ff.communia prædiorum, ſed qui tenetur reuendere, tenetur dicitur ad actum indiuiduum, ergo cogi non poteſt

C ad illud pręſtandum,niſi omnes conſentiant.

Reſpondeo, nego maiorem. Non obſtant leges allegatæ. Nam in §.ex his, hoc tantum habetur. Hæredes unius,qui obligatus erat ad aliquid indiuiduum,omnes in ſolidum teneri. in l.ult. ff.communia prædiorum. textus dicit; Plurium dominorum fundi conſenſum requiri,in imponenda,uel acquirenda ſeruitute. Rectè. Nam & in ſpecie noſtra inuitus alter partem redemptæ rei non habebit.

Tertium argumentum. Obligatio reuendendi dicitur continere obligationem dandi, quæ diuidua eſt, ſecundum gl. in l.2.in verbo,uiam,ff.de verb.obli. in obligationibus autem diuiduis vni actio in ſolidum non datur,ſed tantum pro parte,l.duo fratres,ff.de acquir. hæreditate, ergo uni actio non eſt danda ad totam rem conſequendam.

Reſpondeo. Nego maiorem. Quoniam obligatus ad reuendendum nō dicitur eſſe obligatus ad dandum, ſed

D ad tradendum, licet ex traditione dominiū trāsferatur, ſi tradens ſit dominus, l. ex empto, ff. de action. empti. Nec contraria ſententia legibus probatur.

CAPVT III.

Vtrum minor vigintiquinque annis emens rem cum pacto reuendendi, abſq; decreto iudicis, & alijs ſolemnibus, eiuſmodi pacto obligetur.

CONtrouerſia eſt inter Doct.de minore,qui rē emit cū pacto reuendendi,an teneatur eiuſmodi pacto, necne. Etenim eum obligari reſponderūt Bal.ſub ſcribens Angeli reſponſo,in conſ.416.lib.2. And.Iſernia in c.1 §.1. de feudo dato in vim legis cōmiſſoriæ, Cago. in l.2.C.de pact.inter emptorem & venditorem,n.149. Pinellus in l.1 in 3 par.C.de bonis maternis. Tiraq.de retractu conuent.ad fin.tituli, nu.13.& ſeq.

Quo-

Quorum argumenta hæc ſunt. Non licet vnam partē contractus approbare, & aliam reprobare, l. cum quæritur, ff. de adminiſtr. tutor. l. nam abſurdum, ff. de bonis libertorum, l. ſi ita ſtipulatio, ff. de operis libertorum. Si ergo minor approbat contractum venditionis, tenetur etiam approbare pactum reuenditionis.

Secundò. Pactum huiuſmodi pertinet ad executionem primi contractus, hoc eſt, emptionis factæ, ergo minor illud ſeruare tenetur, argumento, l. 4. §. ſi ab ignoto, ff. de manumiſſionibus, ibi. *Nam etſi pupillus emat, æquum eſt eum fidem adimplere, cum ſine damno eius hoc ſit futurum.*

Tertiò. Huiuſmodi pactum eſt pars contractus, & res ea lege vendita minoris æſtimatur, vt latè docet Tiraquel. de retractu conuentionali, §. 1. gloſ. 1. num. 1. & in præfatione, num. 20. ergo ne alter decipiatur, æquum eſt ut minor obligetur.

Quartò. Minoribus à lege non ſubuenitur, niſi decepti eſſe probentur, l. verum, §. ſciendum, ff. de minoribus l. quod ſi minor, §. non ſemper, ff. eod. ſed hic nulla eſt deceptio, ergo non eſt ſubueniendum, conſequenter obligari videtur.

Quintò. Pactum reuendendi approbatur etiā à iure canonico, ſi vſura abſit, c. ad noſtram, de empt. & vend. c. illo vos, de pigno. vnde comprehendit etiam perſonas eccleſiaſticas. Cur igitur & minorē non comprehendat?

Sextò. Cum minori res donatur aliquo pacto vel onere adiecto, ſine dubio obligatur, l. cauſam, 20. ff. de manumiſſ. l. ſi rogatus, ff. de manumiſſis uindicta. Cur ergo & huiuſmodi pactum ſeruare non teneatur?

Septimò. Minor obligatur ex pacto additionis in diē, l. ſi emptionē, ff. de minorib. dum ibi dicitur minorem reſtitui. Nam ſi non obligaretur, reſtitutione non eſſet opus, ergo obligatur etiam pacto de quo agitur.

Octauò. Non debet minor cum aliena iactura locupletari, c. ex tenore, verſ. *nos igitur*, de foro competenti. Sed hic locupletatur cum aliena iactura, quia propter pactum minoris rem emit, ergo tenetur pactū obſeruare.

Poſtremò. Huiuſmodi pacta reſolutiua contractus locum habent in eccleſia, c. verum, de conditionib. appoſitis, ergo & in minoribus.

Alij verò dixerunt, minorem quidem non obligari huiuſmodi pacto, ſi ipſe contrahat, ſecus autem ſi tutor, vel curator eius. Argumento l. contra iuris, § vlt. & l. ſequenti, ff. de pactis. Ita Curtius iunior, in conſ. 146. Cagnolus in d. l. 2. nu. 148. Idem quo ad tutorem & curatorem reſponderunt Angelus, & Iacobinus de S. Georgio, in d. l. contra iuris, §. vlt. & Bertrandus in conſ. 15. lib. 2.

Sed longè probabilior, & communior eſt ſententia eorum, qui dixerunt, minorem nequaquam obligari. Ita docuit Franciſcus Accurſius, quem refert & ſequitur Io. Andreæ in addition. ad Speculatorem, rubr. de pactis. Sequitur Alber. in l. ſi ad reſoluendam, C. de prædijs minorum. Fabianus de Monte, de empt. & vendit. q. 7. princip. in principio. Caſtr. in conſil. 112. ad finem lib. 1. Gozadinus conſ. 15. & 16. Alciatus. reſpon. 221. Menoch. de arbitrarijs iudicum, caſu 171. nu. 31.

Probatur hæc ſententia ex l. ſi ad reſoluendam, C. de prædijs minorum., *Si ad reſoluendam*, inquit, *donationem, quam in emancipatum te pater contulerat, minor viginti quinque annis cautionem ei emiſiſti, cum huiuſmodi ſcriptura contra Senatuſconſulti authoritatem facta ſit, non oberit iuri tuo.*

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, hunc textum eſſe intelligēdum de pacto reſolutiuo ex interuallo facto, poſtquam ſcilicet minori eſt ius quæſitum.

Sed nihil valet hæc interpretatio, cum nullum ſit verbum in ea lege, ex quo probari poſſit.

Secundò hæc ſententia probatur ex l. 1. §. vlt. & l. ſeq. ff. de rebus eorum, &c. *Si minor viginti quinque annis emerit prædia, vt quo ad precium ſolueretur, eſſent pignora obligata venditori, non puto pignus valere, nam vbi dominium*

A *quæſitum eſt minori, cœpit non poſſe obligari. Sed hic videtur illud mouere, quod cum domino pignus quæſitum eſt, & ab initio obligatio inhæſit. Quod ſi à fiſco emerit, nec dubitatio eſt, quin ius pignoris ſaluum ſit. Si igitur talis ſpecies in priuato venditore inciderit, Imperiali beneficio opus eſt, vt pignus confirmetur.*

Reſpondet Pinellus, differentiam eſſe inter pignus, & pactum reuendendi, quia pignus præſupponit dominiū eſſe translatum in emptorem.

Replicari poteſt, etiam rei venditæ cum pacto reuendendi dominium in emptorem transferri, vt latè probāt Tiraquell. de retractu conuentionali, §. 2. Gloſ. 1. nu. 34. & Menoch. in conſil. 26. lib. 1.

Sed Pinellus dicit, ex pacto reuendendi ſtatim ab initio indicari, rem firmiter non eſſe manſurā apud minorē, vnde non habet ꝙ cōqueratur, ſi reuendere cogatur.

Reſpondeo. Idem eſt in pignore, ut patet ex d. l. 1. §. ult. in illis uerbis. *Et ab initio obligatio inhæſit.*

B Nec difficile eſt ad argumenta in contrarium reſpondere. Nam ad primum reſpondeo, totum contractum eſſe approbandum, quando in omnibus partibus valet, & conſiſtit, aliàs ſecus, vt patet in pupillo, qui ex contractu non obligatur, & tamen alios obligat. l. Iulianus, §. ſi quis à pupillo, ff. de actionibus empt. & in inſtitutionibus de authoritate tutorum in principio.

Ad ſecundum reſpondeo, pactum quidem eſſe annexum priori contractui, ſed tamen ſpecialiter eſſe cōſtitutum in minore, vt contractus valeat, & pacto nō obligetur propter Senatuſconſulti authoritatem, quo cauetur ne minorum bona diſtrahantur, niſi authore Prætore. & alijs ſolemnib. adhibitis. Qua de re nihil prorſus agitur in l. 4. §. ſi ab ignoto, quæ in contrarium affertur.

Ad tertium reſpondeo. Pactum illud eſſe partem contractus, ſed in minore ſpecialiter conſtitutum eſſe, ut non obligetur.

Ad quartū reſp. Minoribus non eſſe ſuccurrendum ꝑ

C reſtitutionem in integrum, niſi ſint decepti, ſed hic non indiget in integrum reſtitutione, quia non obligatur.

Ad quintum. Concedo huiuſmodi pactum comprehēdere ēt minores, ſi modo interueniant iuris ſolemnia.

Ad ſextum. Concedo minorem teneri ad ſeruandum pactum, ſi modo non contineat rei immobilis alienationem, vel obligationem.

Ad ſeptimum reſpondeo. Aliud eſſe in pacto additionis in diem, talis enim venditio, aut eſt cōditionalis, aut ſub conditione reſoluenda, l. 2. ff. de in diem additione. Vnde minor perfectè dominium non acquirit, ſecus in pacto reuendendi, quia non impedit dominij translationem, vt dictum eſt.

Ad octauum reſpondeo, non eſſe nouum in minoribus & pupillis, ſi dum ipſi alios obligant, contra alijs non obligentur, vbi ſolemnia iuris non interueniunt.

Ad ultimum argumentum reſpond. pactum quidem reſolutiuum valere, cum aliquid donatur eccleſiæ. Ita loquitur tex. allegatus, & in ea ſpecie idem eſſet in minore

D cui donatur. Cæterum, aliud in minore ac pupillo, ꝙ ad propoſitam quæſt. attinet, legibus noſtris conſtitutū eſt, nec diuerſitatis ratio deficit, quia ubi donationi cōditio adijcitur, illa eſt ſeruanda, niſi contineat bonorum immobilium contra Senatuſconſulti authoritatem alienationem, tunc enim principali opus eſt authoritate.

CAPVT IV.

Venditione facta cum pacto redimendi intrà certum tempus, ſi ante lapſum temporis precij pars ſoluta fuerit, & poſt tempus elapſum redimere volens, reſiduum ſoluere paratus ſit, vtrum ſit audiendus.

NOn eſt eadem omnium ſententia, utrum ſit audiēdus is, qui ex pacto, vt redimat prædiū, partē precij ſoluit intra tēps conſtitutum, reſiduū vero paratus eſt ſoluere poſt tēps elapſum. Etenim Io. Imol. in conſ. 36.

in caſu præmiſſo, & Goza l. ad l. 2. C. de pactis inter em-
ptorem, & venditorem, in 7. q. hunc audiendũ eſſe reſpõ-
derunt; Hieron. aũt Cagnol. in d. l. 2. nu. 162. id negat. A

Argumenta Imolenſis ſunt duo. Primum, cum em-
ptor venditori partẽ precij ſoluit, emptio dicitur eſſe per-
fecta, nec pœnitentiæ locus eſt, l. 2. C. quando liceat ab em-
ptione diſcedere, ergo idem eſt reſpondendum in ipſa re-
uenditione. idem probat tex. in l. non idcirco, & in l. ea
conditione, C. de reſcindenda venditione, quibus in lo-
cis dicitur, non idcirco licere à venditione recedere, ꝙ to-
tum pretium ſolutum ex lege contractus non ſit, ſed a-
ctionem ad reſiduum, quod debetur, competere.

Secundum argumentum. Mora regulariter purgari
poteſt, l. interdum, §. vlt. ff. de verb. oblig. §. vlt. in inſti-
tutionibus de perpetuis, & temporalibus actio. ergo &
hoc in caſu redimere volens audiendus erit, ſi poſt ela-
pſum tempus reſiduum præſtare, atque adeo moram pur-
gare paratus ſit.

Argumenta vero Cagnoli ſunt iſta. Nemo poteſt ex B
contractu agere, niſi illum perfectè adimpleuerit pro par-
te ſua, l. Iulianus, §. offerri, ff. de actionib. empt. ſed hic re-
dimere volens perfectè non adimpleuit, quia pretium to-
tum tempore conuento non ſoluit, ergo actionem non
habet ad redimendum.

Secũdò. Nemo tenetur fidem obſeruare illi, qui prius
eam non ſeruauit, l. cum proponas, 2. C. de pactis, ſed hic
redimere volens non ſeruauit, quia non ſoluit, &c. ergo,
nec illi ſeruanda eſt.

Tertium arg. eſt ex l. ſi quis ita, §. ſententia, ff. de verb.
oblig. vbi ſoluens partem ſummæ promiſſæ intra tem-
pus conſtitutum non auditur, ſi poſt elapſum terminũ
reſiduum ſoluere velit, ſed non reperitur ille textus.

Ego animaduerti ſententiam Cagnoli ſecutum fuiſſe
Ioannem Petrum Surdum in conſ. 52. vbi citat etiã An-
charanum, quæſt. familiari 12. nu. 12. in 1. par. Exiſtimo
autem quæſtionem poſſe definiri ex reſponſo Scæuolæ
in l. ſi ita quis, §. Seia cauit, ff. de verb. oblig. cuius verba C
hæc ſunt. *Seia cauit Lucio Titio, quod mandante eo hortos
emiſſet, cum pretium omne cum vſuris ab eo recepiſſet, ſe in
eum proprietatem hortorum tranſlaturum. Deinde incontin-
nenti inter vtrumque conuenit, vt intra Kal. Apriles primas
vniuerſam ſummam mandator numeraret, & hortos acci-
peret. Quæritur cum ante Kal. Apriles non omne pretium
cum vſuris a Lucio Titio Seia ſolutum ſit, interpoſito tamen
modico temporo, reliquum pretium cum vſuris Seiæ Titius
ſoluere paratus fuerit, neque Seia accipere voluerit, & vſque
in hodiernum diem per Titium non ſtet, quo minus reliquũ
ſoluat; an ſi nihilominus Lucius Titius Seia pecuniam vni-
uerſam ſoluere ſit paratus, ex ſtipulatu agere poſſit; Reſpon-
dit poſſe, ſi non multò poſt obtuliſſet, nec mulieris quicquam
propter eam moram intereſſet. Quod omne ad iudicis cogni-
tionem remittendum eſt.*

Hoc reſponſo dirimitur omnis hæc controuerſia, ut
fatetur etiam Surdus loco allegato, nu. 44. & 45. Nam ſi
paulo poſt tempus elapſum reſiduum precij offeratur, D
nec aduerſarij interſit, reuenditioni locum eſſe non du-
bito, aliàs ſecus.

Non obſtant argumenta in contrarium, quia fateor a-
ctionem ex contractu non dari illi, qui non ſeruat contra-
ctum ex ſua parte, & fateor frangenti fidem non eſſe fi-
dem obſeruandam: ſed in hac ſpecie fides obſeruatur, &
licet aliqua mora interponatur, ſi tamen emptoris non
interſit, nullum afferre debet venditori detrimentum.

Quod ſi longè poſt tempus reſiduum precij offeratur,
aut emptoris interſit, non erit reuenditioni locus. Nec
obſtat id, quod dicebatur, non idcirco licere à contractu
recedere, ꝙ totum pretium ſolutum non ſit, ex l. non id-
circo, C. de reſcin. vend. & ex alijs legibus. Quia id locũ
habet, vbi quis agendo vellet à contractu recedere, atq;
illum infirmare, ſecus autem, quãdo excipiendo quis ad-
uerſus eum ſe defendit, qui contractum nõ adimpleuit,
ſicuti declarat optimè Riminald. in l. cum proponas, co-

A lum. 2. C. de pactis, Alc. in conſ. 108. nu. 5. Franc. Becius,
in conſil. 45. & nu. 38. Rol. à Valle, in conſil. 38. lib. 4.

Porrò tertium argumentum Cagnoli ex l. ſi quis ita, §.
ſententia, nihil mouet, neque enim reperitur illa lex, niſi
errore librariorum ille textus allegatus fuerit loco l. ſi ita
quis, §. Seia cauit, ex quo textu, vt iam dixi, quæſtio opti-
mè definitur.

CAPVT V.

Controuerſia inter Socinum, & Iaſonem de eo, qui vendere promiſit, pretioq; accepto rem tradidit, nulla tamen venditione facta, an dominium rei in accipientem tranſtulerit.

CElebris eſt controuerſia inter Socinum & Iaſonẽ,
de eo, qui vendere aliquam rem promiſit, & nulla
venditione facta, rem tradit, an dominium tran-
B ſtulerit? Etenim Iaſon, dominium tranſlatum eſſe ne-
gabat, in l. ſi ante, ff. ſoluto matrimonio, & ita etiam re-
ſpondit ex facto interrogatus, in conſil. 117. lib. 1. Con-
trarium autem Soc. docuit in eadem l. ſi ante, & contra-
rium reſpondit in conſ. 170. lib. 2.

Argumenta Iaſonis potiora, ſunt iſta. Promiſſio de vẽ-
dendo non eſt venditio, ideo nec per eam dominiũ trãſ-
fertur, ſed tantum actio perſonalis contra remittentem
datur, l. ſi ſterilis, §. ſi tibi fundus, ff. de actionib. empt. l.
qui fundum, ff. de contrah. empt. ſed hic eſt pactum de
vendendo, & nulla eſt ſecuta venditio. igitur, &c.

Secundo, nuda traditio in aliquem dominium non
transfert, ſed requiritur cauſa idonea, l. nunquam nuda,
ff. de acquir. rer. dominio. ſed hic nuda eſt traditio rei;
nec pactum de vendendo cauſa eſt idonea ad tranſlatio-
nem dominij, igitur.

Argumenta vero Socini potiora, hæc ſunt. Per tradi-
tionem dominium acquiritur, ſi præcedat cauſa ſufficiẽs
C ſaltem in potentia, l. ſub conditione, & ibi Bart. ff. de ſo-
lut. l. dotis fructus, §. vlt. & l. ſeq. ff. de iure dotium, l. 1. §.
1. ff. pro dote, ſed hic traditio interuenit, & præceſſit cau-
ſa idonea, ſaltem in ſpe, & potentia, vt loquuntur, nem-
pe pactum illud de vendendo, ergo, &c.

Secundo, emptor reſpectu rei emptæ, & maritus re-
ſpectu dotis, æquiparantur; ſicut enim emptor habet rẽ,
quia pretium ſoluit, ita maritus dotem, quia ſuſtinet o-
nera matrimonij, l. ex promiſſione, ff. de actio. & obliga.
ſed maritus dotem accipiens ante contractum matrimo-
nium, dominium eius acquirit, ſi ſuſtineat onera matri-
monij, vt docet gloſ. communiter recepta, in l. ſi ante, ff.
ſolu. matr. ergo & emptor dominium acquirit, ſi rem ac-
ceperit, & pretium ſoluerit.

Ego longè probabiliorem, & cõiorem eſſe iudico ſen-
tentiam Socini, eam enim ſecuti ſunt Decius, in cõſ. 614.
Curtius iun. in conſ. 82. Ruyn. in conſ. 47. lib. 4. Cagnol.
ad l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. num. 172. & alij,
D quos refert, & ſequitur Tiraquel. de retractu conuent.
ad finem tit. n. 83. A Iaſ. aũt ſnia eſt Ruy. in conſ. 77. n. 9.
lib. 1. & authoritas Alex. in cõſ. 73. li. 2. qui tñ loquitur eo
in caſu, quo totum pretium non eſt ab emptore ſolutũ.

Probatur vero euidenter, quoniã empt. & vendit. per-
ficitur ex conſenſu contrahentium, l. conſenſu, ff. de act.
& obl. Sed in hac ſpecie, conſenſus adeſt contrahentiũ,
vt patet ex factis ipſis, nempè, ex rei traditione, & pretij
ſolutione, ergò videtur eſſe perfecta venditio, & domi-
nium tranſlatum. Ex factis. n. voluntatem & conſenſum
elucere, perinde ac ex verbis, exploratũ eſt, vt in l. de qui-
bus, ff de legib. in l. recuſare, ff. de acqui. hæred. & alibi.

Ad argumentum Iaſ. ita reſpondeo. Quod attinet ad
primum, concedo aliud eſſe venditionem, aliud pactum
de vendendo, ſi nihil aliud concurrat, ſed hic ſunt circũ-
ſtantiæ, quæ venditionem conſtituunt & faciunt, nem-
pè, pretij ſolutio, & rei traditio, ex quibus venditio effi-
citur, nec enim verbis opus habet, ſicut ſtipulatio.

Ad

Ad ſecundum. Fateor nuda traditione dominium nõ transferri, ſed hic traditio non eſt nuda, ſed ex cauſa uenditionis, quæ reſultat ex traditione facta, & numeratione precij.

CAPVT VI.

Re uendita cum pacto redimendi, incrementum alluuionis an pertineat ad eum, qui redimit, an ad eum, qui reuendit.

DE incremento alluuionis, an pertineat ad emptorem qui reuendit, an uerò ad uenditorem, cui fundus reſtituitur, non uulgaris eſt controuerſia. Triplex enim eſt doctorum ſententia.

Prima. Huiuſmodi incrementum ad venditorē pertinere cui fundus reſtituitur, huius ſententiæ author citatur Paulus Caſtr. in conſi. 388. Videtur dicendum, ſecundum antiquam impreſſionem, ſed non reperitur illud conſilium, ut Tiraquel. dicit, de Retractu conuentionali, nu. 92. ad finem tituli.

Eandem ſententiam aliquando ſecutus eſt Cagnolus, ut ipſe refert in l. 2. nu. 189. C. de pactis inter emptor. & uenditor. & confirmari poteſt duobus argumentis. Alterum eſt. Reſoluta uenditione omne commodum interea contingens, ad venditorem reuertitur, l. cum autem, §. 1. ff. de ædilitio edicto, l. ſi hominem, ff. de uſucap. l. quod dictum, & l. imperator, ff. de in diem addictione. Sed in hac ſpecie venditio reſoluitur ex pacto reuenditionis, & reſtituitur res uenditori, ergò reſtituenda eſt cum omni acceſſione, & commodo.

Alterum argumentum. Augmentum, ſiue acceſſio pertinet ad eum, ad quem res ipſa pertinet, quia ſequitur rem ipſam, ut patet in re pignori obligata. Si quid enim illi interea accedit, pertinet ad creditorem, cui res reſtituitur, l. fundus, §. ſi res, l. Paulus, §. ſi domus, ff. de pignor. l. ſi conuenerit, a. §. ſi nuda, ff. de pignoratitia actione, ergo acceſſio per alluuionem facta, pertinere debet ad uenditorem, quia ipſi uenditori res reſtituitur.

Secunda eſt opinio. Si uenditio facta ſit ad corpus, ut loquuntur noſtri, ad uenditorem pertinere augumētum alluuionis, ſimul cum ipſo fundo reſtituto, ſi uerò facta ſit ad menſuram, ad emptorem pertinere. Ita Gozadinus, ad d. l. a. C. de pactis inter empt. & uendit. in pen. q. & Franciſcus Zoanetus ibidem, nu. 128.

Fundamentum eſt; quia ubi uenditio eſt perfecta, omne commodum, & incommodum ad emptorē ſpectat, l. 1. C. de periculo & commodo rei uenditæ, ſed hic reuenditio uidetur eſſe perfecta, quia inter partes eſt conuentum, ut reuenditio fiat certo pretio, ergo ad eum, qui rem redimit, omne commodum ſpectare debet.

Hæc uera ſunt, cum uenditio facta eſt ad corpus, cæterum, ſi ad menſuram facta ſit, quia certus eſt numerus iugerum agri uenditi, ſufficit emptori ſi tot iugera reuendendo reſtituat, quot ipſi tradita ſunt à uenditore, quod ſupra eſt, ſibi retinere poteſt.

Tertia eſt ſententia uera, & communis. Augmētum de quo agitur, ad emptorem pertinere. Ita Hieronym. Cagnol. in l. 2. nu. 190. C. de pactis inter empt. & uendit. Iacob. Menoch. alios citans, in conſi. 26. lib. 1. & nouiſſimè Senatus Pedem. apud Ant. Teſſaur. deciſ. 140.

Probatur hæc ſententia duobus potiſſimum argumētis. Alterum eſt. Emptio cum pacto reuendendi dicitur eſſe perfecta, vſque adeo, vt emptor interea dominium acquirat, & fructus tanquam dominus conſequatur. Hanc propoſitionem latè probat Tiraquell. de retractu conuent. §. 2. gl. . . num. 34. ergo omne incrementum, & commodum ad ipſum emptorem ſpectat. Hanc conſequentiam probat text. in l. id quod, ff. de periculo & commodo rei venditæ, & in l. 1. C. eo. tit.

Alterum argumentum. inter contrahentes æqualitas eſt obſeruanda, l. ſi id quod, §. vlt. ff. de reſcind. vendit. & latè reſpondet Crauetta, in conſi. 245. nu. 7. ſed ſi fundus

A diminueretur, damno id cederet emptoris, nec enim uēditor illum redimere cogeretur, ergo & cõmodum augmenti ad emptorem ſpectare debet. Facit regula l. ſecūdum naturam, ff. de reg. iur. & ferè in terminis, l. pen. C. de ſolutionibus, vbi tex. ita dicit: *Cum pro pecunia, quam acceperas, ſecundum placitum Euandro te fundum dediſſe profitearis. eius induſtriam, vel euentum meliorem tibi, non ipſi prodeſſe, contrarium non poſtulaturus. ſi minoris diſtraxiſſet, non iuſte petis.*

Ad argumenta in contrarium reſpondeo. Quod attinet ad primum, diſtinguo maiorem. Nam ſi venditio reſoluatur, eo quod facta ſit ſub conditione, ſiue ſub tali pacto, ut pro infecta habeatur, tunc fateor perinde ſtatuendum eſſe, ac ſi facta non eſſet venditio, ac proinde omnia eſſe reſtituenda venditori, quę medio tempore acceſſerunt. Secus autem dicendum, vbi vēditio eſt reſoluta ex pacto reuendendi, neque enim perinde reſoluta eſſe uidetur, ac ſi facta non fuiſſet, quia ſic etiam fructus

B medio tempore percepti reſtituendi eſſent venditori, quod eſt falſum.

Ad ſecundum reſpondeo. Leges allegatas loqui in creditore, qui cum dominium rei pignoratæ nõ habeat, ſed illud pertineat ad debitorem, meritò etiam carere debet eo augmento, & commodo, quod rei acceſſit alienæ.

Ad argumentum ſecundæ opinionis reſpondeo. Nihil aliud probare, niſi commodum & incommodum ſpectare ad emptorem, & conſequenter etiam ad hunc redimentem, poſteaquam reuenditio facta eſt, & id nemo negat, ſed quæſtio eſt de augmento quod medio tempore acceſſit, videlicet, antequā venditor oblato precio venditam rem ſibi reſtitui ac reuendi peteret.

CAPVT VII.

Vtrum, qui promiſit facere pactum de reuendendo, immediate cogi poſſit ad reuendendum.

C EVm, qui promiſit facere alicui pactum de reuendendo, immediatè cogi poſſe ad reuendendum cenſuerunt Io. Franciſcus Purpuratus, in l. cum fundus, §. ſeruum tuum, ff. ſi cert. petat. Boerius, deciſ. 183. nu. 13. & Tiraquel. de retractu conuent. ad finem tit. num. 61.

Contrarium reſponderunt Cagnolus, ad l. 2. nu. 201. C. de pactis inter emptor. & vendit. & Rolan. à Valle, in conſ. 69. lib. 3. huius quæſtionis definitio pendet ex doctrina Io. Andr. in additione ad Spec. tit. de ſolutionibus, & oblig. vtrum ſcilicet vera ſit, vel falſa. Dixit Io. Andr. Eum, qui promiſit ſe obligaturū ad decem, immediate ad decem præſtanda conueniri poſſe.

Nos hic tria breuiter præſtabimus. In primis docebimus Io. Andreæ ſententiam frequentioribus doctorum ſuffragijs munitam eſſe. Deinde probabiliorem eſſe demonſtrabimus, quàm contraria ſententia. Tertiò, quę ſit in ſpecie propoſita opinio noſtra, ſubiungemus.

D Communiorem eſſe hanc ſententiam Io. Andreę, patet ex doctorum numero qui eam ſunt ſecuti, Alexāder, Socin. Iaſ. Curt. iun. & Purpuratus, ad l. cum fundus, §. ſeruū tuum, ff. ſi cert. pet. Ruyn. in l. 4. §. Caio, nu. 25. ff. de verb. obl. Romanus ſing. 186. Obligo me. Gomeſius in §. in perſonam, nu. 41. de actionib. Afflictus deciſ. 61. Rubeus conſ. 29. Caſſaneus in conſ. 56. Zaſius in cõſ. 10. nu. 36. lib. 2. alios citans Hier. Gabrielius in conſ. 58. nu. 11. Michael. Craſſus lib. 1. commu. opinio. c. 20. Burſatus in conſ. 100. nu. 11. lib. 1.

Eandem verò ſentētiam improbarunt Decius, & Riminal. in d. §. ſeruum tuum, Marſilius ſing. 469. Grammaticus deciſ. 103. nu. 188. & quidam alij, quos commemorat Rolan. à Valle, in conſ. 69. nu. 25. lib. 3. vbi tamen Alciatum citat, qui hoc non dicit.

Hos vero, & numero & authoritate lōge antecedunt ſententiæ Ioannis Andreæ ſectatores, vt patet.

Quod attinet ad ſecundum, veram eſſe hāc ſententiā,

ſic

ſic demonſtro. Circuitus inutiles euitandi ſunt, l.cum A fundus, §. ſeruum tuum, ff. ſi certum petatur, l. dominus teſtamento, ff.de condictio, indeb. Clementina, auditor, de reſcriptis. Sed euitantur inutiles circuitus hoc in caſu, ſi promiſſor immediatè cogatur ad ſoluendum, ergo cogi debet.

Secundò Pactum de liberando aliquẽ, liberationem parit, vt propterea exceptio detur debitori. ergo eodem modo pactum de ſe obligando, obligationẽ inducere debet. Prior illa propoſitio probatur ex l.ſi unità, ff.de pactis, & ex l.ſi creditoris, C.de fideic.

Quinque verò ſunt potiſſimum argumenta contrariȩ ſententiæ. Primum. Actus agentium non operantur ultra eorum intentionem, l.non omnis, ff.ſi cert. pet. ſed promittens ſe obligaturum, non uidetur animum habuiſſe ſtatim ſe obligandi, ergo ſtatum conueniri non poteſt, vt ſoluat.

Reſpondeo. Cùm nulla dies adijcitur, præſenti die debetur id, quod promiſſum eſt, l.eum qui Kalẽdis, §.quoties, ff.de verb.obl ergo is, qui promiſit ſe obligaturum, B ſtatim conueniri poteſt, non tantum vt ſe obliget, ſed ad euitandos circuitus, vt ſoluat.

Secundum arg. Qui promittit ſe obligaturum, videtur promittere factum, argumento l.conſilio, in fi. ff.de curatore furioſi. Conſequenter præcisè cogi non poteſt, ſed præſtando intereſſe, liberatur, l.ſtipulationes nõ diuiduntur, ver. Celſus, ff. de verb.obl.l.ſi pœnã, in fi.ff.eo, ergo ſtatim ad præſtanda decem non compellitur.

Reſpondeo. In hac ſpecie, id quod intereſt, nihil aliud eſſe, quam rem ipſam promiſſam, nam ſi tu promiſiſti, te mihi obligaturum ad decem, nec te obligare uelis, id, quod mea intereſt præſtando, decem procul dubio mihi præſtabis, quia mea intereſt habere decem. Facit tex. in l. ſtipulatio ita, §.alteri, ff.de verb.obl.dũ ibi dr̃ inuẽtas eſſe ſtipulationes, *vt vnuſquiſque ſtipuletur quod intereſt*.

Tertium argumentum ſumitur ex l.ſi quis ſtipulatus ſit Stichum, §.vlt.ff.de verb.obl. vbi is, qui promiſit fide C iubere, pro fideiuſſore non habetur, ſed in id tenetur, quod ſtipulatoris intereſt.

Reſpondeo. Illud meritò eſſe cõſtitutum in ea ſpecie, quia non aliam ob cauſam ſatiſdatio à ſtipulatore deſideratur, quàm, vt ſuæ proſpiciat indemnitati. Quare, ſi conſequatur id, quod ſua intereſt, propterea quod fideiuſſio non præſtatur, ſatis illi conſultum eſt.

Quartum argumentum. Aliud eſt uenditio, aliud promiſſio de uendendo, ex communi doctorum ſententia. Caſtr. & alij, in l.in bonæ fidei, ff.de eo quod certo loco, ergo ſimiliter aliud eſt promiſſio de ſe obligando, aliud ipſa obligatio.

Reſpondeo. Concedo totum argum. ſed propter circuitum datur actio immediatè ad promiſſa.

Quintum argumentum ſumitur ex l.quod ſi nolit, §.in factum, ff.de ędil.edicto, vbi Iuriſconſultus docet, non poſſe ad pretium agi, ex pacto de redhibendo, ſicut ex ipſa redhibitione. *In factum*, inquit, *actio competit ad pretium recuperandum, ſi mancipium redhibitum fuerit*. D Et paulò poſt. *Illud plane hæc actio exigit, vt ſit redhibitum. Cæterum, niſi fuerit redhibitum, deficit iſta actio, etiãſi nudo conſenſu placuerit vt redhiberetur*.

Reſpondeo, ex pacto actionẽ non dari, l.iuriſgentiũ, §.igitur nuda, ff.de pact. meritò ibi non datur actio, ſi nudo conſenſu placuerit ut redhiberetur. At in quæſtione noſtra, præſupponendum eſt oriri actionẽ ex promiſſione facta, vel quia ſtipulatione vallata ſit, uel quia ſufficientem habeat cauſam vnde actio oriatur.

Quod vero attinet ad tertium, quod ſupra ſum pollicitus, vbi pactum de reuendendo continet rem certam, ac pretium certum, exiſtimo promittentem immediatè compelli poſſe ad reuendendum. Mouet me imprimis authoritas Io. Andreæ, & ſequacium, tum illa ratio circuitus euitandi.

Reſpondet Rolan. à Valle, Io. Andreȩ deciſionem longè differre ab hac ſpecie, quoniam obligatus ad reuẽdendum, dicitur eſſe obligatus ad factum, quo caſu præcisè compelli non poteſt, ſed præſtando intereſſe, liberatur, quod quidem intereſſe eſt incertum, ſed in caſu Io. Andreæ certum eſt ac definitum.

Replicatur, falſum eſſe antecedens, quòd ſcilicet obligatus ad reuendendum, præcisè compelli non poſſit, vt in ſequenti capite fuſius demonſtrabitur.

CAPVT VIII.

Is qui reuendere promiſit, an præcisè compelli poſſit ad reuendendum.

EVm, qui reuendere promiſit, ad reuendendũ præcisè compelli non poſſe, reſponderunt Corneus in conſil 4.lib.1. Socin. ſen. in conſil.253. in quæſt. 3.lib.2. Gozadinus ad l.2.C.de pact. inter emptorem & vend.col.2.& ibi etiam Cagnolus, nu.12.& nu.129. Coraſius lib.3. Miſcellaneorum, c.9. & alij, quos recenſet Tiraq. de retractu conuent. § 2.glo.7. nu.60.

Fundamentum eſt in eo, quod obligatus ad factum, præcisè compelli non poſſit, ſed in id, quod intereſt condemnetur, l.ſtipulationes non diuiduntur, verſ. Celſus, ff.de verb. obl. Sed talis promittens dicitur eſſe obligatus ad factum, reuendere enim eſt facti, argum. l.4. ff.de vſuris, & l. conſilio, in fi. ff. de curatore furioſi, ergo præcisè compelli non poteſt.

Sed contraria ſententia ſemper mihi uerior uiſa eſt, quam amplexi fuere Pinellus in Commentarijs, l.2. C. de reſcind.vend.in 2.par.c.3.nu.22. Io. Baptiſta Lupus, in commẽtarijs, l.2. C.de pact.inter empt. & vend.côm. 2.num.24. verſ. ſed aduertendum eſt, Caſſaneus in conſuet. Burgund. Rub.5.§.1 uerſ. aduerte, & Franciſc. Zoanetus in ead. l.2.nu.78.

Probatur hæc ſententia lege, & ratione, lege quidem quia ita conſtitutum eſt in d.l.2. C.de pact. inter empt. & vendit. *Si fundum*, inquit, *parentes tui ea lege vendiderunt, vt ſiue ipſi, ſiue hæredes ipſorum emptori pretium quãdocunque, vel intra certa tempora obtuliſſent, reſtitueretur, teq; parato ſatiſfacere conditioni dictæ hæres emptoris non paret, vt contractus fides ſeruetur, actio præſcriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduerſarium peruenerunt*.

Nec obſtat uerbum, *reſtituere*, quo uſi ſunt in ea ſpecie contrahentes, & quod in primis perpendunt contrariæ ſententiæ authores. Quoniam cum intelligi debeat ſecundum ſubiectam materiam, vti regulariter verba accipiuntur, idẽ importat, quod reuendere. Vel id, quod reuenditionis conſequens eſt, emptori rem reſtituere.

Ratione vero probatur hæc ſententia, quia ſemper contractus interpretari debet ſecundum mentem contrahentium, l.ſemper in ſtipulation. de reg.iur. & prout ipſi contrahentes veriſimiliter reſpondiſſent, ſi tempore contractus fuiſſent interrogati, l.tale pactum, §.vlt. vbi Iaſon latè, nu.16. ff.de pact. ac denique in eum modum interpretari debet, per quem nemo ex contrahentibus decipiatur, l.ſi id quod, ff.de reſcind. vendit. l.penult. in fine, C.communi diuidundo, Crauetta in conſil.133. nume.7.& alibi.

Sed ſi dicamus, promittẽtem eſſe præcisè compellendum, & ſatisfacimus menti contrahentium & nemo deceptus remanet, ſi uerò ſecus interpretemur, contrariũ ſequitur: ergo illa interpretatio præcipua eſſe debet, quȩ promittentem præcisè cogit ad reuendendum, atque adeo ad rem reſtituendam, tùm ſcilicet rei reſtituendæ facultatem habet.

Illa minor propoſitio euidenter patet. Quis enim in ea conuentione exiſtimaret aliud, quàm eum animum vendentis fuiſſe, ut reſtituto pretio rem ſuam recuperaret? Quis non uidet eum decipi, ſi in eo laborare debeat, ut id, quod ſua intereſt, demonſtret, cuius rei plerumque

diffi-

difficilis probatio eſſe ſolet, ut idcirco de pœnis in facti A ſtipulationibus adijciendis admoneamur, ne circa eiuſmodi probationes laboremus, §. non ſolum, in inſtitut. de verb. oblig.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ vno verbo reſpondetur. Illud in præſenti ſpecie vires non habere, propter circunſtantias ſupradictas, quibus euincitur, eã fuiſſe mentem contrahentium, ut præciſa eſſet obligatio.

CAPVT IX.

De mutatione monetæ, Controuerſia ſexta.

CVm mutatio monetæ alia ſit extrinſeca, alia vero intrinſeca, quædam ſunt de vtraq; controuerſiæ.

Extrinſecam mutationem appello vna cum Doctoribus, quoties materia non mutatur, ſed tantum æſtimatio, intrinſecam vero, quoties eadem æſtimatio quidem manet, ſed materia precioſior, aut uilior efficitur.

De extrinſeca ſunt quinque controuerſiæ. Prima in B contractu mutui. Secunda in dote. Tertia in emptione & uenditione. Quarta in eodem contractu, vbi pactum reuendendi acceſſit. Quinta in legato teſtatoris. Circa verò intrinſecã mutationem vnica eſt generalis controuerſia: ſitne habenda ratio ipſius mutationis intrinſecæ, ita, ut eadem bonitas materiæ, quæ tempore contractus aderat, etiam temporis ſolutionis præſtari debeat.

Quod attinet ad primam quæſtionem, ſeu controuerſiam, illa eſt huiuſmodi, ſi tu mihi mutuaſti centum aureos, & antequam reſtituerem, aucta, vel diminuta ſit aureorum æſtimatio, vtrum id cedat tui Creditoris commodo, vel incommodo, an vero mei debitoris.

Tres ſunt Doctorum ſententiæ, vna. Hanc mutationem pertinere ad commodum, vel incommodum debitoris. Huius ſententiæ authores ſunt Ant. Butr. & Abbas, in c. quanto, de iureiur. Curt. ſen. & iun. ad l. cum C quid, ff. ſi cert. per modern. Pariſ. in tract. de contract. q. 92. nu. 604. Qui quidem tractatus adſcribitur Gaſpari Caballino. In eandem ſententiam propendere videntur, Dec. in d. l. cum quid, num. 56. & Couuar. de collatione veter. nummiſ. §. vnico, nu. 3. verſ. cæterùm. Idem tradit Affl. deciſ. 194. nu. 5.

Argumenta huius ſententiæ ſunt hæc. Subſtantia nũmorum in æſtimatione potiſſimum conſiſtit, l. 1. ff. de cõtrahe. empt. ibi. *Ea quæ materia forma publica percuſſa, uſum, dominiumq. non tam ex ſubſtantia præbet, quam ex quantitate.* ergo id actum inter contrahentes cenſetur, vt pecunia reſtituatur eiuſdem æſtimationis, non autem maioris neque minoris. Conſequenter, ſi diminuta eſt æſtimatio Principis edicto tot creditori refundere nummos debitorem oportet, vt eandẽ pecuniæ æſtimationẽ accipiat quam mutuo dedit. Quemadmodum & contra, ſi augeatur æſtimatio, debitori ſufficiet, tantum reſtituere, quanta erat pecuniæ mutuo datæ æſtimatio.

Secundum argumentum. Obligatio ad pecuniam di- D citur eſſe certa. l. nummis, ff. de in litem iurãdo, l. 1. ff. de condict. triticaria, ergo ſiue augeatur, ſiue minuatur æſtimatio pecuniæ, nil creditoris intereſſe uidetur, ſi modo illi reſtituatur pecunia æſtimationis eiuſdem, quam ipſe dedit, alioqui, ſi ſecus ſtatuatur, incerta erit obligatio, & variabitur ex mutuatione ipſius monetæ.

Tertium argumentum. Pecunia recipit functionem in genere ſuo, & quidem etiam cum pecunia diuerſæ ſpeciei, vel materiæ, l. quæ extrinſecus, ff. de verb. oblig. ergo pecuniæ æſtimatio principaliter in contractũ deducta eſſe videtur, ſufficit enim ſi creditori altera tanta pecunia diuerſæ ſpeciei, eiuſdem tamẽ æſtimationis, reſtituatur. Quod ſi æſtimatio præcipuè attendenda eſt, illa certè attendenda erit, quæ tẽpore contractus erat, argumento l. Rutilia Polla, ff. de contrahen. emptio. conſequenter, omnis mutuationis commodum, uel incommodum, ad debitorem ſpectare debet, non autem ad creditorem.

A Quartum argumentum. Si diminutio æſtimationis damno creditoris cedere deberet, ſequeretur abſurdum nempè, eum dum alteri benè facit, in damnum incidere quod probatur: nam ſi pecuniam non mutuo dediſſet, potuiſſet eam exponere, ſecundum æſtimationem, quæ erat tempore contractus.

Quintum argumentum. Si mutuatio iſta, præſertim vero diminutio precij ac æſtimationis, ad creditorẽ pertineret, ſequeretur debitori licere, mutuo acceptũ reſtituere non æquè bonum, quod eſt contra l. cum quid, ff. ſi cert. pet. ergo potius ad debitorem pertinere debet.

Sextum argumentum. Si ad creditorem pertineret hæc mutatio, & diminutio contingeret æſtimationis, lucrum faceret ipſe debitor, & commodum ſentiret, quia nummos expendere poſſet, ſecundum æſtimationem illam, quæ tempore cõtractus erat, interim frueretur uſura temporis, & beneficium acciperet. At contra creditor dum alteri gratificaretur, damnum pateretur. Sed iſta B ſunt iniqua, & contra iuris regulas, quæ inter contrahentes, æqualitatem ſeruandam eſſe monent, ergo non pertinet hæc res ad creditorem.

Septimum argumentum. Conſuetudo eſt notiſſima, ferè vbique, vt debitori liceat in alia ſpecie monetæ creditori pecuniam reſtituere, ſi modo eandem reſtituat quãtitatem & æſtimationem pecuniæ, ſicuti teſtantur Bart. in l. 1. ff. de au. & arg. leg. & in l. Paulus, ff. de ſolutio Soc. ſen. in conſi. 6. lib. 1. Menoch. in conſi. 49. num. 19. libr. 1. ergo, ſiue minuatur, ſiue augeatur æſtimatio, creditori ſufficit accipere pecuniam ſibi debitã, ſecundum æſtimationem, quæ tempore ſolutionis eſt, ſi modò tantum cõſequatur, quãti æſtimabatur pecunia mutuo data tẽpore contractus. Pro hac ſententia facit Bartoli doctrina, in l. cũ certũ, ff. de au. & arg. leg. quam refert & ſequitur Cur. iun. in conſ. 24. nu. 5. & 6. Menoc. d. conſ. 49. nu. 17. lib. 1.

Poſtremum argumentum eſt ex ca. olim, de cenſibus Sed loquitur de mutatione intrinſeca, vnde non facit ad C rem noſtram, ſicuti monent Aretinus, in d. l. cum quid, col. 2. & Menoch. d. conſ. 49. nu. 32.

Secunda eſt opinio Baldi. in l. acceptam, quæ. 17. C. de vſuris, & loquitur potiſſimum vbi æſtimatio, eſt diminuta, aut ſtatim atque debitor mutuo accepit imminuta eſt æſtimatio, & tunc, quia nullum commodum ſenſit ex priore æſtimatione, ea diminutio cedere debet damno creditoris. Aut accidit ex interuallo temporis talis diminutio, poſtquam debitor pecuniam expendit, & antiquæ æſtimationis commodum ſenſit, & tunc debitoris incõmodo ea diminutio cedere debet. Hanc ſententiam magnoperè commendat modernus ille Pariſienſis in loco ſuperius annotato, nu. 701.

Tertia eſt ſententia uera & communis. In hac re diſcrimen eſſe ſtatuendum inter debitorem, qui nõ fuerit in mora ſoluendi, & eum, qui fuerit in mora: nam ſi debitor fuerit in mora, damnum ex diminutione prouenïens, ad eum pertinebit. Si verò non fuerit in mora, di- D minutionis detrimentum, vt & commodum augmenti creditoris erit. Ita Bar. in l. cum quid, num. 17. ff. ſi cert. pet. & in l. Paulus, nu. 8. ff. de ſolutio. Caſtr. in ead. l. cum quid, nu. 6. necnon Soc. nu. 42. & Alc. nu. 68. Alex. ibid. nu. 16. Bauerius in ſingularibus, ſuis, in Rubr. Miſta, de contract. nu. 19. Couar. de collatio. veter. nummiſ. cap. 7. §. unico. nu. 3. Tiraq. de retractu conſang. gloſſ. 18. nu. 27. Albertus Brunus, in tractat. de augmento & diminutione, concl. vlt. limit. 1. Natta, conſ. 454. num. 2. & 3. Bologninus conſ. 16. Boerius deciſ. 327. nu. 4. 7. & 9. Decius in conſil. 143. nu. 25. 26. & 27. lib. 1. Coraſius lib. 4. Miſcellaneorum, c. 13. num. 5. Andr. Geyll, lib. 2. pract. obſeru. c. 73. n. 9. Menoc. cõſ. 49. n. 45. Hier. Gab. conſ. 164. nu. 4.

Probatur hæc ſententia argumento ſumpto ex l. vinũ, ff. ſi cert. pet. notatur in ea lege, debitorẽ vini mutuo accepti, obligatum non eſſe ad reſtituendum uinum eiuſdẽ æſtimationis, quæ tẽpore cõtractus erat, niſi fuerit in mora, ergo idem & in ſpecie iſta ſtatuendum videtur.

Con-

Confirmatur argumentum hàc ratione: Cum debitor non eſt in mora, cur pati debet damnum ex diminutione æſtimationis, & non potius creditor apud quẽ ſi nummi fuiſſent, dãnum æquè ſenſiſſet? At potuiſſet inquies expendere illos antequam decreſceret æſtimatio; verum eſt. Quid ni? ſed quis eum coegit ad mutuandum? Quid ſi creuiſſet æſtimatio? nonne lucrum perciperet ex horum ſententia? ergo & damnum ferre æquo animo debet ſatiſque debitor facit ſuæ obligationi, ſi totidem aureos, quot accepit, reſtituat, in bono auro, vel argento, iuſtoque pondere.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores; aliam eſſe rationem vini, quoniam vini æſtimatio prorſus eſt accidentalis, ita ut in contractu non cenſeatur eius habita ratio, at in pecunia ſecus, cum eius vſus principaliter conſiſtat in æſtimatione extrinſeca.

Sed replicatur, non eſſe verum quod aſſumitur: nempè, in pecunia principaliter habendam eſſe rationem æſtimationis extrinſecę, immò verò æquè principaliter eſt B habenda ratio æſtimationis intrinſecæ, hoc eſt, bonitatis ipſius auri, vel argenti, eiuſque materię, ut patet ex l. 1. C. de veter. numiſm. poteſtate, & ex l. 1. C. de ponderator. & auri illatione lib. 11.

Vnde non obſtat primum argumentum ipſius contrariæ ſententiæ. Quod enim Vlpianus ait in l. 1. ff. de contrah. empt. *Pecunia materiam, uſum & dominium, non tã ex ſubſtantia quam ex quantitate præbere*, intelligendum eſt, quo ad commerciorum & permutationum commoditatem, eam enim ob cauſam inuentus eſt nummus, cuius æſtimatione omnes res comparantur, atque ita etiam Vlpianus ipſe loquitur, vt patet.

Quod vero dicebatur pecuniæ æſtimationem principaliter in contractũ veniſſe, actumq; cenſeri inter partes vt eiuſdẽ æſtimationis nummi reſtituantur, cõcluſioni noſtræ nõ officit; quia omnis obligatio regulariter habet locum, atq; intelligitur, rebus ſic ſtantibus, ſecùs vbi mutatio eſt ſecuta, nec res eſt amplius in eodẽ ſtatu, l. quod C Seruius, & ibi Iaſon. notat, nu. 8. ff. de condictio. cauſa data, cauſa non ſecuta. Latè Tiraq. ad l. ſi vnquam, in præfatione, nu. 266. C. de reuocandis donationibus. Ideò ſi diminutio æſtimationis facta fuerit, non tenetur debitor ad eam pręſtandam, que tempore contractus erat.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, illud locum habere, ſi loquamur ſecundum tempora Romanorũ Iuriſcõſultorum, tunc æſtimatio pecuniæ erat perpetua, & immutabilis, l. ideo, ff. de eo quod certo loco. Nunc vero variatur ęſtimatio monetarum, vnde ſatis certa erit obligatio ad pecuniam, ſi inſpecto tempore contractus apparuerit, quid, quale, & quantum, nulla ratione habita incertę & futuræ mutationis, argumento l. cum hic ſtatus, §. ſi ſponſus, ff. de donationibus inter virum & vxorem. Neque enim id, quod certum eſt contractus tempore, ideo minus certum reputandum eſt, quod in futurum mutari poſſit, alioquin nulla erit certa inter homines diſpo D ſitio, quandoquidem, omnia mutationi ſubiecta ſunt. Facit text. in l. quemadmodum, §. ſi nauis, ff. ad legem Aquiliam, in l. 1. ff. de in litem iurando, in l. plerumque, de reg. iur. cum alijs a Tiraquello citatis, de retractu conuent. §. 2. glo. vnica, nu. 37. & ſeq.

Ad tertium argumentum, fateor pecuniam recipere functionẽ in genere ſuo, & actum cenſeri, ut eadem ęſtimatio præſtetur, ſed hoc intelligi debet rebus ita ſtantibus, non autem mutatione facta æſtimationis.

Ad quartũ. Concedo fieri poſſe, vt creditor ante mutationem pecuniã eam expendat, ſed concedatur, etiam fieri poſſe ut non expendat, ſed penes ſe retineat pecuniam; itaque res eſt incerta, ita ſe habens ad lucrum, vt ad damnum. Lucrum enim faceret creditor, ſi augeretur æſtimatio, ut patet, conſequenter non debet conqueri, ſi ex diminutione ſentiat damnum, l. ſi lege, C. de vſuris, l. 1. C. de pactis, cum ſimilibus, & ſtatim dicetur.

Ad quintum argumentum reſpondeo, illud pertinere A ad mutationem intrinſecam, de qua nunc non diſputamus. Vini enim bonitas nequaquam in ęſtimatione conſiſtit, ſed pendet ex ſapore & guſtu, & alijs ſimilibus, vt notum eſt.

Ad ſextum reſpõdeo. Nullum abſurdum ſequi ex hac nõi ſententia, quoniam ſicuti damnum creditoris allegatur ex diminutione, & commodum debitoris; ita etiam è contra, allegari poteſt creditoris commodum ex augmẽto ęſtimationis. Quare hæc res, quæ ſe habet æquè ad dãnum, & ad lucrum, nil iniuſti, nil abſurdi continere videtur. l. de fideicom. C. de tranſact. l. ſi pater puellæ. C. de in offic. teſtam. l. ſi ea lege. C. de vſuris Tiraquell. de iure primogeniorum, in. 6. quæſt. num. 4.

Ad vltimum argumentum reſpondeo, negandó conſuetudinem illam generalem extare, ſicuti negat purpuratus, in conſ. 522. nu. 31. libr. 2. Deinde reſpondeo, Bart. qui allegatur, melius alibi docuiſſe, quam in l. cum certũ ff. de auro, & argento legato, ſicuti animaduertit Nattá, B in d. conſ. 454. nu. 6. atque intelligendum eſſe iuxta communem ſententiam, nempè, vt creditoris ſit periculum, vel damnum, ſicuti declarat Betous, in d. conſil. 143. nume. 26. lib. 1. & tantum de hac prima quæſtione.

CAPVT X.

Explicantur aliæ quatuor Controuerſiæ de mutatione extrinſeca monetæ necnon poſtrema, de mutatione intrinſeca.

SEquitur ſecunda controuerſia de contractu dotis, in qua quidem Sacro Regio Conſilio Neapolitano viſum eſt, inſpiciendam eſſe æſtimationem, quæ tempore contractus erat, & idcirco debitorem ſupplere oportere ꝙ deeſt, ſi forte decreuerit æſtimatio, ſicuti teſtis eſt afflictus, deciſ. 194. Eandem ſententiam quibuſdam adiectis conditionibus amplexus eſt Pariſienſis ille in tract. de contract. num. 717.

C Cæterum, & in hac ſpecie longè verior, & cõlor eorũ ſententia mihi videtur, qui diſtinguunt eo modo quo in præcedenti, vt videlicet, ſi debitor in mora exiſtat, ipſius ſit periculum, & damnum ex mutatione proueniens, ſecus autem, ſi non fuerit in mora. Ita Bald. in conſ. 213. Punctus quæſtionis talis eſt, lib. 5. Aretinus in conſil. 84. Ludouicus Bologninus in conſ. 16. Natta in con. 454. & Nicolaus Boerius deciſ. 327. vbi teſtatur hanc eſſe communem ſententiam, & ita iudicatum fuiſſe.

Probetur hæc ſententia iiſdem argumentis, quibus Doctores vtuntur in præcedenti controuerſia: iiſdemq; modis argumenta contrariæ ſententię refelli poſſunt, quibus in pręcedenti controuerſia confutata ſunt.

Quod attinet ad tertiã, in ea ſum ſñia, vt ex premiſſis decidatur, quoniam in contractu emptionis, & venditionis eadem planè eſt ratio, quę in alijs contractib. mutui ſcilicet, & dotis. Iccirco, ſi emptor fuerit in mora ſoluendi precium venditori, mutationis periculũ ſubibit, ſecus D ſi non fuerit in mora Ita Aretin. in conſ. 11. n. 3. & de contractu locationis, & venditionis uerba faciẽs Auguſt. Berous, in conſ. 143. num 25. 26. & 27. lib. 1. Quare longa illa Pariſienſis diſt. in d. tract. de contract. q. 93. n. 71 x. minimè neceſſaria eſſe videtur.

Quod attinet ad quartam controuerſiam Hieron. Cagnol. in. l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. nu. 210. in eam ſñiam propendere videtur, quam in ſuperiorib. probauimus; dum citat Bart. in l. Paulus, ff. de ſolutio. & Aretin. in conſ. 84. ſed diſertè magis idem docet Boerius, deciſ. 327. nu. 4 nempè, venditorem redimere volentem, eo tiſdem nummos, quot eidem numerati ſunt, emptori reſtituere debere, nulla ratione, habita mutationis, ſed eius tantum ęſtimationis, quę tempore contractus erat. Idem reſpondit Cranetta, in conſil. 47. quorum ſententia videtur mihi veriſſima. Nam venditor emptori promiſit idẽ precium, quod accepit, reſtituere puta centum aureos. Illud igitur reſtituit, centum aureos numerando.

Quod

Quod ſi minoris ſint valoris, nulla eſt culpa venditoris, ſed magiſtratus. Si damnum emptor habet, illud æquo animo ferre debet, quia ſi aucta fuiſſet æſtimatio, lucrum feciſſet. Quare & in hac ſpecie valere iubeo Pariſienſem cum ſuis diſtinctionibus & ratiocinationibus. In maximo enim veterum Iuriſconſultorũ & legiſlatorum ſilentio, iuuat communes ſententias amplecti, præſertim vera ratione munitas.

Atque idem ſtatuo in legato pecuniæ à teſtatore deſignatæ, vt ſcilicet ea præſtãda ſit legatarios quantitas, quã teſtator reliquit, inſpecta illa æſtimatione, quæ tempore ſolutionis eſt, nulla ratione habita mutationis ac diminutionis, niſi à tempore moræ, ſecutus Pau. Caſtr. qui ita docet in l. 3. C. communia de legatis.

Nec me mouet, authoritas Mariani Socini ſen. in conſil. 6. lib. 1. vbi indiſtinctè reſpondit habendam eſſe rationem æſtimationis, quæ tempore teſtamenti erat. Eius. n. argumenta hanc ſententiam non euincunt.

Inprimis ſic argumentatur. Teſtatoris voluntatem intelligẽdam eſſe ſecundum: tempus teſtamenti, l. ſi ita, ff. de auro & argento legato. Conſequenter, legatum nummorum ex tempori teſtamenti eſſe declarandum, vt ſcilicet in ea æſtimatione præſtetur, quæ erant tempore teſtamenti.

Reſpondeo, negando conſequentiam. Nam licet habenda ſit ratio temporis teſtamenti conditi, quantum ad quantitatem & qualitatem nummorum, atque adeò quãtum ad intrinſecam bonitatem ipſorum, non tamẽ eiuſdem æſtimationis habenda eſt ratio, quia teſtator de æſtimatione cogitaſſe non videtur. Quare ſi paratus ſit hęres legatario pręſtare eos nũmos, quos teſtator deſignauit, nullãque in ea re morã admiſerit, eum ſatisfacere puto teſtatoris voluntati, quippe, qui nummos eiuſdem æſtimationis pręſtitiſſe, ſi eadẽ permãſiſſet æſtimatio.

Secundò, Marianus argumentatur ex conſuetudine, quæ eſt, vt pro pecunia debita in certa ſpecie, alia præſtari poſſit. Quò fit, vt hæres ſtatim à morte teſtatoris, ſi nõ ſoluat, vel aureos relictos, vel eorum æſtimationem, in culpa eſſe videatur.

Reſpondeo, Dato, quod vigeat hęc conſuetudo, quod tamen dubium eſt, vt in cap. pręcedenti diximus, illa cõſequentia non eſt bona, ergo hæres poteſt à morte teſtatoris ſtatim ſoluere in alia moneta. Quod ſi non ſoluat, in culpa eſſe videtur. Nam nos loquimur de hærede, qui nullam in ſoluendo moram commiſit. Quod ſi legatum ſub die, vel ſub conditione relictum ſit, quis culpam adſcribet hæredi ſtatim non ſoluenti?

Reſtat poſtrema quæſtio de intrinſeca mutatione monetę; in qua quidem communis eſt & vera ſententia, in contractibus ita eſſe ſtatuendum, vt ſi bonitatis intrinſecæ mutatio contingat, nihilominus ea præſtanda ſit bonitas à contrahentibus, quę tempore contractus erat. Ita reſpondit Socin. ſen. in conſ. 298. lib. 2. Socin. iun. in cõſil. 145. num. 95. lib. 1. & 142. nu. 6. lib. 2. & 101. lib. 3. Natta in conſ. 302. & 454. Couar. de veter. numiſ. collatio. cap. 7. §. vnico, nu. 2. in 1. conclu. Purpuratus in conſ. 52. lib. 2. dominus meus Cephalus in conſ. 31. nu. 8. Arius Pinel. ad l. 2. C. de reſcind. venditio. in 1. par. rubr. cap. 3. nu. 13. Cagn. ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vendi. Albertus Brun. de augmento, conclu. vlt. Canoniſtæ communiter, in c. olim, & in c. cum canonicis, de cenſibus.

Probatur hæc ſententia. Primo ex c. cum canonicis, de cenſibus, cuius verba hæc ſunt: *Cum canonicis maioris eccleſiæ, quandam ſummam pecuniæ pro penſione eccleſiæ tuæ debitam, aliquot annis perſolueris: & iidem ſummam illam ex integro de meliori moneta exigant ſibi ſolui. Tibi damus noſtris literis in mandatis, vt canonicos illos ſolutione prioris pecuniæ, vel ſi non ſit in vſu, æſtimatione penſionis antiquæ facias manere contentos.* Hactenus Gregorius.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, quos infra referam, Pontificem ibi loqui, quando moneta non ſolum

A aucta eſt intrinſecus, ſed etiam extrinſecus, proportionabiliter, iuxta intrinſecum augmentum. Quod probatur primo, quia uetus moneta non erat abrogata, neque diminuta, ſed manebat in antiqua æſtimatione, & ſic erat bona & legitima, vt prius alioqui non diceretur in textu, debitorem potuiſſe ſoluere ex antiqua moneta. Pecunia verò noua erat maioris æſtimationis, quod ex eo patet, quia textus dicit, ſoluendum eſſe iuxta æſtimationem antiquæ monetæ. Ergo moneta noua erat aucta etiam extrinſecus.

Secundò id probatur: quia plerumque ita accidit, vt ſi moneta aliqua melior & fortior cudatur, maior æſtimatio etiam indicatur.

Denique probatur: quia ſi noua moneta melior excuſa fuiſſet ſumptibus Reipubl. non aucto valore ipſius, tũc antiqua moneta vel fuiſſet reprobata, tanquam adulterina, vel cępiſſet eſſe minoris æſtimationis, quorum neutrum accidit in ſpecie dicti cap. cum canonicis, im-

B mò contrarium accidit, quia vetus moneta, nec reprobata erat, nec æſtimatione diminuta. Ex quo ſequitur, tam extrinſecus, quam intrinſecus auctam fuiſſe.

Reſpondeo, hæc non obſtare. Nam quod primo loco dicitur, monetam ibi non fuiſſe reprobatam, nullam habet firmitatem, quia Pontifex idem reſcribit in utroque caſu, ſiue reprobata fuerit, ſiue non, vt patet ex illis verbis. *Solutione prioris pecuniæ, vel ſi non ſit in vſu, æſtimatione facias eſſe contentos*. Neque bona eſt conſequentia. Vetus moneta non fuit reprobata, & manſit in ſua veteri æſtimatione, ergo moneta noua, tam extrinſecus, quam intrinſecus, melior facta eſt & aucta. Nam fieri potuit, & niſi fallor, ita accidit, ut antiqua moneta reperiretur, ac in vſu eſſet. Canonici autem, nouam exigerent monetam longè meliorem, hoc eſt, melioris auri, ſeu materiæ magis precioſæ, quamuis eiuſdem eſſet pretij. Quod iniuſtum erat.

Quod verò dicit textus: *Vel ſi non ſit in vſu, æſtimatio-*

C *ne penſionis antiquæ facias manere contentos*, non probat monetam nouam extrinſecus auctam fuiſſe, ſed cum eſſet melior, non eſſe ſoluẽdam loco antiquę. Conſequenter videndum, quanti antiqua valuerit, & eam æſtimationem præſtandam eſſe.

Confirmatur hęc ſententia: quia nimis durum & abſurdum eſſet, exiſtimare canonicos illos meliorem monetam exegiſſe, quæ ſcilicet precioſioris eſſet materię, & ſimul etiam maioris æſtimationis. Id profectò nimis iniuſtum fuiſſet, ſic enim plus debito exegiſſent, unde & ſummus Pontifex eos redarguiſſet, vt laudabili more ſuo facere ſolet.

Rurſus confirmatur hęc interpretatio: quia textus dicit, canonicos exigere voluiſſe ſummam pecuniæ debitam, de meliori moneta. Si moneta, quoad æſtimationem aucta fuiſſet, non ſummam ſibi debitam, ſed maiorem exegiſſent.

Nec obſtat illa reſponſio. Verba illa referenda eſſe ad

D numerum nummorum, qui erat idem, non autem ad ęſtimationem inde reſultantem, quæ maior erat, ut probant verba in fine textus, ibi: *Aeſtimatione penſionis antiquæ, &c.* Quia reſpondeo. Verba: *Aeſtimatione penſionis antiquæ, &c.* id non probare quod aſſumitur. Nam ſi ego peto, & exigo ſummam, quã mihi debes, in meliori moneta, non eſt ſenſus, ut mihi ſoluas, & numeres tot nummos, quot mihi debes, maioris tamen æſtimationis, quam debeas. Sed ſenſus eſt, vt mihi reſtituas ſummam debitam in moneta meliori, hoc eſt, ex materia magis precioſa & pura.

Quod vero ſecundò dicebatur, plerumque id accidere, ut aucta bonitate intrinſeca, augeatur etiam extrinſeca, locum habere poteſt, quoties antiqua moneta iuſtam habuit æſtimationem & congruam eius bonitati, tunc enim ſi augeatur quoad materiam & bonitatem neceſſario augeri debet etiã quoad preciũ & æſtimationẽ. Hoc vero an acciderit in ea ſpecie, de qua Sũmus Pontifex lo

quirur, nobis eſt ignotum. Quare fieri potuit, vt antiqua moneta maioris eſſet æſtimationis, quam eius materia exegiſſet, vt propterea eadem æſtimatione manente, bonitas materiæ aucta fuerit.

Cum verò tertio loco ſic argumentantur. Si expenſis Reipub. noua moneta melior excuſa fuiſſet, non aucto valore extrinſeco, tunc neceſſariò, vel fuiſſet antiqua reprobata tanquam adulterina, vel cœpiſſet eſſe minoris æſtimationis, quorum neutrum eſt in d.c. cũ canonicis.

Reſpondeo, fortan reprobatam fuiſſe in illa ſpecie. Ait enim Pontif. Max. *vel ſi non ſit in vſu*, &c. Item, fortaſſe minoris æſtimationis fuiſſe, quę cauſa fuit, vt Canonici nouam monetam exigerent longè meliorem. Sed reſpõdit Summus Pontifex ſi pecunia vetus ſit in vſu, eam eſſe præſtandam: *Solutione*, inquit, *prioris pecuniæ eos factas eſſe contentos*. Ex quo efficitur, mutatione intrinſeca contingente, eius monetæ, qui tempore contractus erat in vſu, vel eius æſtimationis rationem habendam eſſe, nec meliorem monetam exigendam, ex meliori.ſ. materia.

Quæ ſententia ſecundo loco probatur: quia intrinſeca bonitas monetæ conſiſtit in materia ipſa auri uel argẽti, & in eius pondere ac ſpecie, vt probat l.1. ff. de contrahen.empt. ibi: *Non tã ex ſubſtantia, quam ex quantitate.* Quo fit, vt pecunia præſtanda ſit boni ponderis & materiæ, l.1.C. de veteris nummiſmatis poteſtate, lib.11.& l.1.& 2.C. de ponderatoribus, lib.10. Ergò ipſa bonitas intrinſeca, quę erat tempore contractus, præſtari debet, quaſi actum inter partes ſit, vt præſtetur eadem illa bonitas, argumento l. Cum quid, ff. ſi certum petat. Et quaſi in contractum ipſum deducta ſit, argumento l. Rutilia Polla, ff. de contrahenda emptione.

Reſpondet Pariſienſis, vnus ex contrariæ ſententiæ authoribus, quos ſtatim adferam. Argumentum hoc probare, neceſſe eſſe, vt moneta non ſolum forma conuenienti, ſed etiam materiæ bonitate, publicè definita & conſtituta prædita ſit, vt dicatur eſſe proba moneta: *Quod*, inquit, *non eſt in controuerſia*. Sed fallitur in hoc, nec tollit argumentum, cuius vis eſt in eo poſita, quod, cum bonitas materiæ pertineat ad intrinſecam bonitatem monetæ, illa principaliter in cõtractum deducta eſſe videatur vt præterea mutatione contingente, eius ſolius, vtpote a contrahentibus conſideratæ, & in contractum deductæ ratio habenda ſit, quemadmodũ docet cõis hęc ſententia.

Quæ probatur tertio loco. Creditor de iure non cogitur in aliam formam, quam conuenit, pecuniam recipere, vbi damnum paſſurus eſt, l. Paulus, ff. de ſolutio. Ergo ſimiliter non eſt cogendus, vt pecuniam recipiat deterioris materię ſi damnum paſſurus ſit, Nulla enim eſt diuerſitatis ratio; Atqui veriſimiliter damnum paſſurus eſt, tũ quia moneta deterioris materię plerumque ęſtimatione minuitur, tum, quia non tam facilè expendi poteſt. Si nõ eſt cogendus creditor, vt pecuniã recipiat deterioris materiæ, ergo neque debitor cogendus eſt ad ſoluendam pecuniam ex meliori materia conflatam, ne ſequatur inæqualitas inter contrahentes.

Reſpondet Pariſienſis, argumentum rectè concludere, vbi facti circumſtantię oſtendunt, aliquod iuſtum intereſſe Creditoris in preſenti: *Quibus in caſibus*, inquit, *non loquimur, ſed quando creditor tenax & auidus, cui debitum offertur in pecunia communiter approbata & expendibili, & in qua non imminet periculum, quin commode tantis locare poſſit ſi velit, cauſſatur diminutionem bonitatis intrinſecæ, quæ ſerſim facto vel conniuentia Principum ſiue iuſtè, ſiue iniuſtè emerſit: Hoc demum non ſolum inhumanum, ſed iniquum nobis videtur, ſiue ex iuſtis cauſis ea diminutio emerſerit, (quo caſu nemo ſanæ mentis dubitat) ſiue ex iniuſtis, quia tunc ſaltem caſus eſt fortuitus reſpectu debitorum.* Hactenus ille.

Sed ratiò, ni fallor, talis mutatio continget & diminutio ſine damno creditoris, ex cauſis ſupradictis, qui quidem creditor ſemper iuſtè allegabit eam bonitatem ſibi pręſtandam eſſe, quę in contractum deducta fuit, pręſertim, cum debitor poſſit eam præſtare, ſupplendo id, quod deeſt antiquæ bonitati & materiæ.

Cæterum, ab hac ſententia receſſerunt Ioan. Faber, in Auth. Hoc niſi, C. de ſolution Geminianus in conſi.137. Romanus, conſ.123.& in Singulari 519. incipiente: Qđ tempus. Pariſienſis, de Contract. quæſt.100. num.749.& quidam alij, quos refert & ſequitur Menoch. in conſi.49. nu.38. Quorum argumentis iam reſpondendum eſt.

Primum eſt huiuſmodi. Subſtantia monetæ eſt valor impoſititius, non autem materia, quia nõ eſt corpus phyſicum, ſed artificiale, vnde non videtur in contractum deduci, niſi ſub ratione valoris impoſititij, & ſic attendẽda non eſt bonitas materiæ, ſed tantum valor. Alioquin obligatio pecuniæ non eſſet certa, nec eiuſdem poteſtatis & æquipollentiæ cum alia moneta, quemadmodum leges dicunt, ſi dato valore & curſu, exigeretur etiam bonitas materiæ, quæ erat tempore diſpoſitionis.

Reſpondeo, negando ſubſtantiam pecuniæ conſiſtere
B in valore impoſititio, vt ipſi loquuntur, immò vero tam ex ſubſtantia, id eſt, ex materia conſiſtit, quam ex quantitate, l.1. ff. de contr.empt. & ſupra etiam diximus.

Et dum dicitur. Si non deduceretur moneta in contractum, ſub ratione valoris impoſititij, eius obligatio non eſſet certa. Id nego. Quid enim impedit, quo minus certa ſit hæc ſtipulatio? Promittis mihi centum aureos coronatos boni & iuſti ponderis? Apparet enim quid, quale, & quantum ſit deductum in ſtipulationẽ, leg. certum, ff. ſi certum pet. Et tamen materia, ſeu bonitas intrinſeca in hanc ſtipulationem deducitur, vt patet.

Rurſus, ſi dicatur ex hoc ſequi, pecuniam non recipere æquipollentiam cum alia materia, reſpondeo, immò recipit functionem in genere ſuo, & alia moneta præſtari poteſt, ſi aliud non obſtet, & non ſit ex deteriori materia confecta, ita vt damnum creditor paſſurus ſit.

Secundum argumentum. Appellatione auri & argenti venit aurum & argentum etiam factum, vt vaſa aurea
C vel argentea, l. quæſitum, §. illud, de leg.3. l. cum aurum, ff. de auro & argento lega. Non tamen veniunt nummi aurei, vel argentei, etiam ex pura materia, ut in d.l. cum aurum, & in le. Quintus, 2.§. eod. ergo ſpeciale eſt in pecunia ſignata, vt in ea nõ materia inſpiciatur, ſed forma & indicatura impoſita. Conſequenter, ſi effectatur ſolutio in pecunia proba & currenti, quæ tantum valet in valore impoſititio & currenti, quantum pecunia, quę currebat tempore contractus, ſufficere debet, & tenetur creditor eam recipere, licet in materiæ bonitate diminuta ſit.

Reſpondeo, aureos nummos, vel argenteos, eam ob cauſam appellatione auri, vel argenti non contineri, quia non facile quiſquam argenti numero nummos computat, vt inquit Iuriſconſultus in l. quintus, 2.§ 1. ff. de auro & argento leg. Non autem eam ob cauſam, quod ratio materiæ in nummis non habeatur. Quod & præterea falſum eſſe, ſupra demonſtrauimus.

Tertium argumentum petitum eſt ex hiſtorijs Romano-
D rũ. Etenim memoriæ proditum eſt, ſumma vrgẽte neceſſitate, aliqn excuſos fuiſſe publico decreto nũmos ex viliſſima materia, quos tñ creditores coacti ſũt recipere.

Reſpondeo, nos hic non quærere quid aliquando ex facto acciderit, & obſeruatum ſit, ſed quid fieri debeat, ſecundum Iuris & æquitatis normam.

Quartum argumentum eſt ex l. cum certum, ff. de Auro & argen. leg. vbi textus ita dicit. *Cum certum auri, vel argenti pondus legatum eſt ſi non ſpecies deſignata ſit, non materia, ſed pretium præſentis temporis præſtari debet.*

Rnďeo. Nil obſtare illum textum, quoniã illa verba. *Pretiũ præſentis temporis præſtari debet*, teſtamenti tẽpus ſignificant, & ſic tempus diſpoſitionis, quod & nos diximus inſpiciendum eſſe, ſicuti animaduertit Pinellus, ad l.2. C. de reſc. vend. in 1. par. Rubric. c.3. n.23. Præterea, non loquitur ille textus de certo aliquo pretio debito, ſeu de certa quantitate relicta, ſed de ęſtimatione rei legatæ, quæ augeri, & minui poteſt, Vnde non facit ad rẽ noſtrã.

Quin-

Quintum & poſtremum argumentum. Solutionis tẽpus obſeruari debet, non autem tempus contractus, quoties ex conſuetudine vna moneta ſolui poteſt pro alia, vt declarat Bart. in l.cum certum, ff.de auro & argen. leg. Sed talis conſuetudo vbique extare videtur; ergo tempus ſolutionis inſpiciendum eſt.

Reſpondeo. Allegan ti hanc conſuetudinem onus incumbere probandi, vt dicebat Purpuratus, in conſ.522. nu.31. lib.2. talis enim conſuetudo verè non extat, teſte Pariſienſi, loco ſuperius annotato, nu.708. item Bartolum alibi melius locutum eſſe, quam in d.l.cum certũ, vt dicebat Natta, in d.conſ.454.nu.6. item, Bartolum loqui de mutatione monetæ circa æſtimationem, non autem circa materiam, vt dicebat Berous, in conſ.143. nu. 26. & 27. lib.j. denique nulla ratione vel lege eam conſequentiam probari, quæ ex conſuetudine allegata deducitur ad concluſionem noſtram.

CAPVT XI.

Ius redimendi quod competit ex pacto, an in alium transferri poſſit.

IVs redimendi rem venditam, quod ex pacto competit, transferri in alium poſſe, reſpondit Caſtr. in conſ. 1. lib.2. ea ratione adductus, quod quæ ad hæredem transmitti poſſunt, alteri etiam cedi poſſe conſtat, l.ex pluribus, ff.de adminiſt.tut. Pactum autem huiuſmodi, ſeu ius ex pacto competens ad hæredem tranſmittitur, l. 2. C.de pactis inter emptor. & venditor.

Huc accedat, quod res ipſa ſi fuerit redempta, transferri abſque dubio in alium poteſt, ergo & actio ad redimendum competens, cedi poterit.

Cæterum, Ruyn. in conſ.72. lib.1. contrarium reſpondit, motus authoritate Angeli, in l.ad officium, C.commu. diuidundo, vbi ex ſententia Petri & Cyni, docet nõ licere conſanguineo, qui ius redimendi habet ex ſtatuto vel conſuetudine, illud alteri cedere.

Huc accedat quod emptor facultatem redimendi concedere videatur venditori, quoniam ita venditor pactus eſt, ob ſingularem forſan affectionem in rem, quam vẽdidit, quia vel maiorum ſuorum fuerit, vel ab eo acquiſita.

Confirmatur hæc ſententia ex l.ſi mulier, §.ex aſſe, ff. de iure dotium. Dum ibi dicitur, fideicommiſſarium alteri ius ſuum cedere non poſſe, antequam ſibi fideicommiſſum reſtituatur.

Et ad Caſtrenſis argumentum reſpondetur. Argumẽtum recte ſumi ex transmiſſione ad ceſſionẽ, cum negatiue concipitur, hoc modo. Non poteſt hoc ad hęredem tranſmitti ergo neque cedi, ita enim loquitur l.ex pluribus, ff.de admin. tutor.

Ad alterum vero argumentum, multum referre inquit Ruynus, vtrum actionem, quę ad redimendum cõpetit, quis cedat, an vero ipſam rem redemptam. Nam redimendi ius ad perſonam tantum venditoris reſtrictum eſſe videtur, res verò redempta libere in alium transferri poteſt.

Ego Caſtrenſis ſententiam, & veriorem, & communiorem eſſe iudico. Nam ſecuti ſunt eãdem ſententiam Andr. Siculus, in conſ.6.n.21.lib.4. Decius in conſ.164. & 614. Caſſaneus in Conſuet. Burgund. Rubr.5. §.1. in quinto dubio, & in conſ.11. nu.39. Crauet. in conſ.191. nu.2. Tiraquell. alios referens, de retractu conſanguin. §. 26. gloſ.3. nu.1.

Probatur vero hæc ſententia manifeſte. Nam actiones regulariter cedi poſſunt, & in alium tranſferri, vt patet ex toto tit. de hæreditate, vel actione vendita, cur ergo & actio ad redimendum cedi non poterit?

Non obſtat argumentum illud Ruyni, quod ius redimendi ex ſtatuto competens conſanguineis, cedi nõ poſſit, quoniam id ſummam habet rationem, quæ quidem ad ſpeciem hanc accommodari non poteſt. Ratio autem

A eſt, ne ceſſio fieret extraneo, & inde præiudicium alteri conſanguineo generaretur, ſicuti diſertè explicat Romanus, in conſ.484. & ipſemet Ruyn. in conſ.47 col. penul. verſicul. nec obſtat dum dicebatur, lib.4. Porrò, quod dicebatur de affectione, nihil monet, cum ipſe venditor cedendo alteri ius ſuum, affectionem deponat, & ut res in alterum transferatur, conſentiat.

Ad l.ſi mulier, §.ex aſſe, reſpondeo, illam deciſionem peculiari quadam ratione locum ſibi vendicare, quę non pertinet ad rem noſtram. Eſt autem ratio in illis verbis textus: *Mulieri* (ſcilicet fideicommiſſarię) *in hoc tenetur hares, vt hæreditatem reſtituendo, transferat actiones. & quas habet, & quibus eſt obſtrictus quas transferre ad aliũ, quam cui debet fideicommiſſum non poteſt*. Senſus eſt, fideicommiſſario non eſſe permiſſam hanc ceſſionem, antequam ſibi fideicommiſſum reſtituatur, quia hæres ſcriptus & grauatus, ſequi debet teſtatoris voluntatem, & Senatuſconſulti Trebelliani authoritatem, de quo in l. B 1. ff.ad Trebellianum, ac proinde fideicommiſſario hęreditatem reſtituere. Recte, ne ſcilicet fideicommiſſarius, qui actionib. hęreditarijs obſtrictus eſſe dẽt, aliũ ſubſtituẽdo per ceſſionem, ſe liberet ab obligatione creditoribus ignorantibus, cõtra l.ſi mandato meo, § j. ff. mãdati.

Et hanc eſſe puto cauſam, cur fideicommiſſario liceat ſingulas res cedere, vt in l.ſeruo inuito, §.vlt. ff.ad Trebellianum. Talis enim rerum particularium ceſſio, fideicommiſſarium non liberat ab onere obligationum hęreditariarum, nec hæres ſcriptus facit contra voluntatẽ teſtatoris, cum fideicõmiſſum reſtituat cui debet, licet res ſingulas alteri tradat ex voluntate fideicommiſſarii.

CAPVT XII.

Vtrum reuenditionis pactum, vſuræ præſumptionem inducat, ſi accedat pretij modicitas.

C PLures ac diuerſę ſunt Doctorum ſententiæ, vtrum pactũ reuẽdendi ſimul cũ pretii modicitate, vſurę præſumptionẽ inducat. Sunt enim qui affirmant quamplurimi, quos ordine iuuat commemorare.

Imprimis gloſ.in cap.conqueſtus, de uſuris. Panorm. ibidem, & in c.ad noſtram, nu.4. de empt. & vend. & in conſ.76.lib.1.

Innocentius, Io. Andreæ, Anton. Butr.

Io. de Annania, & Io Imolenſ. in d.c.ad noſtram.

Archidiaconus in c. Plerique, 14.q.3.

Caſtrenſ. in conſ.109. lib.2.

Ambroſius de Vignate, in c.Salubriter, de uſuris.

Guido Papæ in conſ.180.

Alex. in conſ.54.lib.6.& 46.lib.3.

Afflictus in Decis.40.65.& 339.

Feracius Cautela 17.

Pariſius in conſ.54.nu.62.& 55.nu.19.lib.1.

Caſſiodorus, deciſ.1.tit. de uſuris.

D Bertrandus in conſ.287.lib.2.

Iacopinus à ſancto Georgio, in l.ſi quis nec cauſam, §.1.ff.ſi cert.petatur.

Caſſaneus in conſuet. Burgund. Rubr.5. nu.21. uerſ. Aduerte.

Capra, in Reg.87. & 173.

Grammaticus deciſ.76. nu.30.

Crauetta in conſ.156.nu.4. & nu.7.

Natta in conſ.198.nu.8.lib.1.

Michael Graſſus com.opi.li.1.q.8.ti.de empt.& uen.

Viuius commu.opin.uerbo, uẽdere, & in uerbo, contractus.

Emanuel Soarez in Theſauro receptarum ſententiarum, in uerbo, contractus, nu.20.

Io. Baptiſta Lupus, ad l.2. C.de pactis inter empto. & uend. in 2.parte, nu.29. uerſ. Tu autem.

Hieron. Gabriel. in conſ.74. nu.3. lib.1.

Collegium Mediolanẽſe & Papiẽſe, apud Cepollã de

ſimulatione cōtractuū, nu. 100. vbi & alios multos citat.

Chriſtophorus de Caſtilione, in cōſilio impreſſo poſt tractatum Maleficiorum Bonifacij Vitalini.

Andreas Siculus, in conſ. 51. lib. 1. & 4. & in d. cap. Ad noſtram, de empt. & vendit.

Antonius Burgos, in d. c. ad noſtram, Baldus Nouellus, Iacobus Puteus, & Lancellotus Decius, quorum reſponſa ſe habuiſſe teſtatur Cagnol. ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. nu. 50.

Philippus Decius in conſ. 692.

Gratus in conſ. 141. nu. 5. lib. 1.

Franciſcus Becius in conſ. 52. nu. 7.

Ludouicus Bologninus ad Annaniam, conſ. 58.

Gratus in conſ. 11. nu. 14. lib. 2.

Cæſar Vrſillus ad Afflictum, deciſ. 65.

Mandoſius ad Romanum, in conſ. 423. in fine, in verbo Maximè.

Cardinalis Albanus ad Bartolum, in l. emptione, C. plus valere quod agitur.

Benuenutus Stracha in Additionibus ad Crauettam, in conſ. 156.

Corta in Memor. in verbo pactum de retrouendēdo.

Riminaldus ſen. in conſ. 318. col. fin.

Riminaldus iun. in cōſ. 218. n. 122. lib. 2. vbi alios citat.

Fundamentum huius ſententiæ poſitum eſt in d. c. ad noſtram, de empt. & vend. & in c. illo vos, de pignorib. nam in c. ad noſtram, S. Pontifex pronunciare videtur, contractum eſſe fęneratitium ex pacto reuendendi, & precij modicitate, in illis verbis. *Cum reuera contractus vſurarius gereretur, quod patet ex eo, quòd creditor debitori promiſit, quòd quandocunque a ſeptennio vſq; ad nouennium daret ſexaginta uncias tarenorum, quæ vix dimidiam iuſti precij contingebant, domos reſtitueret, & olivas.*

Si dicatur, ibi duo alia interueniſſe, nempe, venditorē accipere voluiſſe mutuò pecuniam, item cogere non potuiſſe emptorem ad reuendendum ante ſeptennium.

Reſpondet Anton. Burg. Pontificem ibi adductum nō fuiſſe ad ita pronunciandum, ex illa mutui petitione ſed tantum ex pacto reuendendi cum precij modicitate, Et licet pactum illud reuenditionis à ſeptennio eſſet vſque ad nouennium, nil refert. Arguit enim maiorē auaritiam, & maius deſiderium lucrandi in emptore & creditore, quam vbi ſimplex eſt pactum de reuendendo arbitrio venditoris, ſed tamen & illud ſimplex pactum lucrandi animum oſtendit.

Secunda eſt opinio eorum, qui negant ex his duobus contractum cenſendum eſſe vſurarium. Ita Iacobus de Arena, & Cynus, in l. emptione, C. plus valere quod agitur.

Cardinalis Zabarella, in c. illo vos, de pignor.

Ancharanus ī c. ad nſam, de empt. et vēd. & ī cōſ. 277.

Laurentius Rodulphus, in tract. de vſuris, q. 60.

Alex. in conſ. 109. lib. 4.

Socin. ſen. in conſ. 248. lib. 2.

Socin. iun. in conſ. 50. lib. 1.

Decius in conſ. 167. nu. 4. & 648.

Ruynus in conſ. 16. nu. 11. lib. 4.

Boetius deciſ. 102. & in conſ. 31.

Coraſius lib. 3. Miſcellaneorum. cap. 9.

Cagnolus ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. n. 52.

Gozadinus ibidem, nu. 30.

Oraſcus deciſ. Pedemont. 42.

Rolan. à Valle, in conſ. 58. n. 10. lib. 4.

Dominus meus Cephalus, in conſ. 289. nu. 37.

Dominus meus Decianus, in conſ. 2. n. 176. & ſeq. li. j.

Iacobus Menoch. de arbitrarijs iudicum, caſu. 217.

Tiraquel. de retractu conuent. in pręfat. nu. 5.

Ex antiquioribus etiam Baldus, & Albericus, necnon Salicetus & Fulgo. in l. emptione, C. plus valere quod agitur, & idem Baldus, in conſ. 133. li. 1. 205. lib. 5. & 359. lib. 5. & 361. eod. lib. & idem Fulgoſius in conſ. 134.

Cumanus in conſ. 184.

Iaſon in conſ. 130. 151. & 153. lib. 4. & in l. quoties, C.

A de iudicijs.

Fabianus de Monte, de empt. & vēd. 7. q. princi. verſ. ſexto quæro.

Hoſtienſis, in Summa, de empt. & vend. §. qualiter reſcindantur, verſ. vlt.

Calcaneus, in conſ. 85.

Purpuratus, ad l. rogaſti. §. ſi tibi. ff. ſi cert. pet.

Iacobus Nouellus, in reg. iur. 133. verſ. pactum de retrouendendo.

Henricus Boie, in d. c. ad noſtram.

Auguſtinus Berous, in cōſ. 212. nu. 6. lib. 3. 165. n. 24. lib. 1. 169. nu. 18. eod.

Alexander de Neuo. in conſ. 91. nu. 21.

Neuizanus in conſ. 88.

Petrus de Ferrarijs, in forma libelli, in cauſa venditionis, in principio.

Aegidius Bellamera. deciſ. 7.

Conradus, de contract. q. 84. concl. 3. & 4.

B Franciſcus Burſatus in conſ. 117. nu. 12

Argumenta huius ſententiæ hęc ſunt. Contractus talis eſt iudicandus, qualis ex forma ipſa apparet, l. cū precibus, C. de probat. l. ſi tantum. ff. ad Macedonianum. Et tradunt Alex. in conſ. 3. lib. 1. & Crauetta, in conſ. 20. n. j. Sed ex facie, ſeu forma contractus, de quo agitur, non uidetur eſſe fęneratitius, ergò talis iudicandus non eſt.

Secundò. Contractus in dubio præſumitur uerus, nō autē ſimulatus & fœneratitius, d. l. cum precibus, C. de probation. & tradit Decius, in l. rogaſti, §. ſi tibi, nu. 6. ff. ſi cert. petat. ergo & contractus, de quo agitur, præſumitur eſſe uerus & iuſtus, non autem uſurarius.

Tertiò. Non eſt contractus illicitus reputandus, niſi id manifeſtè euincatur, l. præuaricationis. §. ult. ff. de prę uaricator. c. ult. 31. q. ult. c. præterea, 13. diſt. Sed nulla lege id euinci poteſt, ergo, &c.

Nec obſtant canones, qui ad hoc allegantur, nempè, c. ad noſtram, de empt. & uend. & c. illo uos, de pignor.

C Quoniam id nō probant, cum in illis caſibus multa alia cōcurrerint, ex qb. cōtractus à Pōtifice reprobatus fuit

Si dicatur, Summum Pontificem in illis caſibus perpendiſſe tantum precij modicitatē, & pactum reuendendi. Reſpondetur, aliter illud pactum conſtitutum fuiſſe, quam in quæſtione noſtra. Nempè, ut à ſeptennio uſque ad nouennium uenditori redimere liceret, & ſic ante ſeptennium redimere non poterat, quod argumento eſt, emptorem ante illud tempus lucrari fructus uoluiſſe.

Si replicetur id nō obſtare, quia etiam ubi ſit pactum huiuſmodi ſimpliciter, ut uenditori liceat quandocunque redimere, apparet emptorem animum lucrandi aliquid habuiſſe ultra ſortem. Reſpondetur, non tam certum & magnum lucrum hoc in caſu emptorem facere potuiſſe, ſicut in ea ſpecie, quando ſcilicet ante ſeptennium redimere non licet.

Tertia eſt ſententia, tria requiri, ut contractus iudicetur fœneratitius. Pactum reuendēdi, precij modicitatē, D & emptoris conſuetudinem fœnerandi.

Hanc ſentētiam ſecuti ſunt ferè omnes, quos pro præcedenti opinione commemoraui. Dum enim negāt duo illa ſufficere, tertium requirunt, nempè fœnerandi conſuetudinem, quaſi ex tribus hiſce coniecturis, cōtractus præſumendus ſit fœneratitius. Atque ob id perpendunt tres coniecturas concurriſſe apud Pontificem in d. c. ad noſtram. Et nominatim in c. illo uos, de pignoribus, conſideratam fuiſſe fœnerandi conſuetudinem.

Quarta eſt ſententia, nec tria iſthæc ſufficere, ut contractus reprobari debeat, tanquam illicitus, quia pactū reuendendi approbatur a lege, læſio item circa precium non improbatur, l. in cauſę, §. penult. ff. de minorib. l. uē ſi in precio, §. quemadmodum, ff. locati. Fęneratores autem etiam probos ac iure permiſſos contractus aliquando exercent; ita docent Cyn. & Iacob. de Arena, in l. emptione, C. plus ualere quod agitur. & Ang. Aretin. in §. 1. nu. 50. in inſtit. de except.

Quin-

Quinta eſt opinio diſtinguentium. Aut præceſſit mutui petitio, hoc eſt, venditor ab emptore petijt mutuò pecuniam antequam venderet; aut non præceſſit. Primo caſu, ex pacto reuendendi, & pretio exiguo contractus illicitus reputatur. Secundo caſu non item. Ita Odofredus, relatus à Baldo in l. emptione, C. plus valere quod agitur. Rom. ſingul. 368. Quæro an pactum. & in conſ. 423. Vitalis Cambanus in tract. clauſularum, pag. 274. num. 10. & Bald. in conſ. 359. lib. 5.

Fundamentum autem illorum eſt in d. c. ad noſtram, de empt. & vend. nam ibi præceſſerat mutui petitio.

Sexta & poſtrema eſt ſententia, totam hanc rem prudentiæ iudicis eſſe committendam, qui omnibus conſideratis circumſtantiis, contractum eiuſmodi, tanquam licitum approbabit, vel vti fœneratitium repudiabit. Ita Corneus, in conſ. 4. lib. 1. Alexan. in conſ. 119. in fi. lib. 4. Didacus Couar. variar. reſol. lib. 3. c. 8. nu. 4. Menoch. de præſum. lib. 3. cap. 122. nu. 40.

B Ego in hac re ſic ſtatuo, ſi tria hæc concurrant, nempe pretii modicitas, pactum reuendendi, & conſuetudo fœnerandi, contractum cenſendum eſſe fœneratitium. Hæc mihi perſuadent canones allegati pro confirmatione ſecundæ opinionis. Etenim, tres potiſſimum coniecturæ à Summo Pontifice perpenſæ fuerunt, in d. c. ad noſtrã, & in d. c. illo vos, nominatim perpenditur conſuetudo fœnerandi. Ratione quoque moueor, quia ſemel malus, ſemper præſumitur malus in eodem genere mali. Quare, ſi magna ſit læſio circa pretium rei venditæ, & pactũ adſit reuendendi, nihil aliud ſuſpicari licet, quam contractum initum fuiſſe in fraudem vſurarum, ita ſcilicet, vt partes animum habuiſſe præſumantur mutuum contrahendi vſque ad certum tempus, & fructus ex re vendita vſurarum loco percipiendi. Quod ſi tria non concurrant, quæ dixi, vix animaduerto, quo potiſſimum argumento contractus huiuſmodi iudicetur fœneratitius. Neq; enim canones id dicunt, neq; ratio id euincit, cum C venditori liceat quandocunque redimere, & ſic antequã emptor aliquos fructus ex re empta perceperit, ſoleatque ipſum per ſe pactum reuendendi iuſtam rei æſtimationem magnopere extenuare. Quare iudicis arbitrio libenter id committo, ita, vt ſi aliqua alia ſuſpicio accedat, tũc ad iudicandum vſurarium cõtractum procliuior exiſtat.

CAPVT XIII.

Vtrum pacto redimendi præſcribatur ſpacio longiſſimi temporis, quoties ita conceptum eſt, vt ſemper, & quandocunq; venditori liceat redimere.

CVm ita conuentum eſt inter emptorem & venditorem, vt liceat venditori quandocunque redimere, vtrum obſtet redimere volenti, triginta annorum præſcriptio, grauis eſt inter doctores controuerſia. Sunt enim, qui obſtare affirmant, quamplurimi, nempe circiter quinquaginta, quos commemorant Ant. Gabrielius, commun. concl. tit. de præſcript. concl. 6. Andr. Ti- D raquell. de retractu conuent. §. 1. gloſ. 2. nu. 31. Didac. Couar. variar. reſol. lib. 1. cap. 9. Iacob. Menoch. in conſ. 143. nu. 23. & 201. nu. 85. Rolan. à Valle, in conſ. 21. lib. 2. & Celſus Hugo, in conſ. 61. nu. 4. & 5.

Iſtorum argumenta hæc ſunt præcipua. Omnis actio regulariter extinguitur ſpacio longiſſimi temporis, l. ſicut, l. omnes, C. de præſcript. longiſſimi temporis, 30. vel 40. annorum. Igitur & actio quæ competit ad redimendum.

Si dicatur, in hoc caſu pactum repugnare, quia dictũ eſt, vt ſemper, & quandocunque, liceat redimere. Reſpõdetur, id nihil obſtare; quia verba perpetuum tempus ſignificantia, 30. annorum ſpacium non excedunt. Id patet ex l. 1. ff. ſoluto matrim. iuncta, l. in rebus, C. de iure dotium, ex l. minor, §. qui ſtatu liberum, ff. de euictionibus, ex l. prætor ait, §. hoc interdictum, ff. de operis noui nunciatione, ex c. 1. de in integrum reſtitutione, iuncto A c. 1. eod. tit. lib. 6. & ex aliis locis plurimis a Menoch. commemoratis, in locis annotatis.

Secundò. Præſcriptioni 30. annorum renunciari non poteſt expreſſe ab ipſis contrahentibus, ſecundum communiorem ſententiam doctorum, in l. nemo poteſt, de legatis 1. & habetur apud Franciſc. Balb. de præſcript. in 5. parte 5. partis princ. quæſt. 6. ergo neque tacitè renunciari poteſt, aut renunciatum eſſe intelligitur illa conuẽtione, vt liceat ſemper, & quandocunque redimere.

Sed contraria ſententia, videtur mihi longè probabilior, quam amplexi fuere Fulgoſ. in conſ. 123. Andr. Sicul. in conſ. 51. lib. 1. & 22. libro 4. Fabian. de Monte, de empt. & vẽd. in 3. q. 7. q. principalis. Io. Crotus, in l. nemo poteſt, de legatis 1. Franciſc. Zoanetus, ad l. a. C. de pact. inter empt. & vend. nu. 33. Cepol. Cautela 75. & 78. Caſſanens in conſil. 11. & in conſuetudine Burgundiæ, titu. *des rentes, vendues*, §. 1. Socin. in conſ. 86. lib. 1. Alciat. ad l. pciens, C. de pactis, & ad rubr. de præſcript. Aemilia- B nus, in conſ. 123. nu. 28. Angel. Aret. in conſ. 116. nu. 25. Olaſcus deciſ. Pedemont. 115. Io. Bapt. Cephalus, inter conſilia domini Io. Cephali, in conſ. 724. lib. 5. & Myrſinger. Centur. 1. Obſeru. 16. vbi teſtatur ſæpè ita fuiſſe iudicatum in camera Imperiali. Andr. Gyll. lib. 2. Obſeru. 18.

Probatur hæc ſententia. Is qui eſt in mala fide, nullo vnquam tempore præſcribere poteſt, c. vlt. de præſcr. ſed emptor qui reuendere promiſit, ſemper & quandocunq; dicitur eſſe in mala fide, ergo præſcribere non poteſt.

Aſſumptio facilè probatur, quia venditor ſuæ promiſſionis & obligationis eſt conſcius, is enim dicitur eſſe in mala fide, qui ſcientiam habet iuris alieni, & ſuæ obligationis, c. ſi virgo, 34. q. 3. Bar. in l. Celſus, nu. 18. ff. de vſucapion. Couar. ad reg. poſſeſſor malæ fidei, §. 11. poſt nu. 3. dominus meus Cephalus, in conſ. 316. nu. 17. lib. 3.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, diſtinguẽdo maiorem propoſitionem, vt ſcilicet locũ habeat, quã- C do abſolutè actio competit, ſecus autem, ſi actio competat præcedente aliqua conditione, puta, in legatario, cui actio competit ad legatum, non ſimpliciter & abſolutè, ſed ſi legatũ acceptauerit, quod fit, vt aduerſus eum 30. anno. præſcriptio currat, mala fide hæredis non obſtante, ex traditis per Ancharanum, in c. ſine poſſeſſione, de reg. iur. lib. 6. vnde ſic & in propoſita ſpecie reſpondendum eſſe videtur, quia non abſolutè competit actio venditori ad redimendum, ſed ita demum, ſi pro redemptione inſtiterit, & pretium etiam obtulerit.

Cæterum, hæc reſponſio parum obſtat, vt dicebat Couar. lib. 1. varia. reſol. c. 9. ante nu. 6. Primum, quia in hac ſpecie quæſtionis noſtræ, ſtatim ab initio cõtractus, actio oritur ad rem ipſam redimendam. At in quæſtione ab Ancharano propoſita, actio legatario non competit ante legati acceptationem. Præterea, cum legatarius, legatũ non petit, probabiliter exiſtimare poteſt hæres, eum idcirco non petere, quòd acceptare nolit. Secus eſt in vendito- D re, quia ſi non redimat, non ſtatim credere debet emptor eum redemptionis gratiam facere velle ſed forſitan non redimere, quia non habet ad redimendum paratam pecuniam. Ita dicebat Couar. & ante eum Ruyn. in conſ. 111. nu. 8. lib. 1. & poſt vtrumque Io. Bapt. Cephalus inter conſilia do. Io. Cephali, loco ſupra commemorato.

Reſpondent ſecundo loco authores cõtrariæ opinionis, malam fidem non obſtare: quia venditor renunciare videtur poteſtati, ac iuri redimendi quod habet, dum illud non exercet, & præterlabitur, longiſſimum tempus quo tollitur & extinguitur omnis actio.

Sed nihil obſtat hæc reſponſio: quia nõ ſequitur, venditor permittit labi tantum tempus, nec redimit rẽ venditam, ergo renunciare cenſetur iuri redimendi. Ratio eſt: quia nõ ignorat emptorem, cum ſit in mala fide, præſcribere nõ poſſe, & ſic malam fidem emptoris efficere, vt omni tempore, actionẽ & ius ſuum exercere poſſit. Et ſi enim ſpacio tãti temporis, omnis extinguatur actio, id

tamen locum ſibi nõ vindicat, vbi adeſt mala fides, quoniam illa impedit præſcriptionem.

Reſpondent tertio loco. Malam fidem impedire præſcriptionem, quo ad hoc, vt dominium non acquiratur, ſed dominij confirmationem nihilominus acquiri poſſe, ex Baldo, in conſ. 303. lib. 1.

Sed repugnat huic reſponſioni tex. in c. vlt. de præſcr. vbi dicitur, nullã præſcriptionẽ valere abſque bona fide.

Nec difficilè eſt ad argumenta reſpondere; nam quod attinet ad primum, reſpondeo verum eſſe regulariter, quod aſſeritur in argumento, ſpacio longiſſimi temporis omnem actionem extingui. Sed ab hac regula caſus ille eſt excipiendus, cum videlicet is, qui cõueniri poteſt, eſt in mala fide, vt in ſpecie noſtra; is enim qui eſt in mala fide, nullo tempore præſcribit, c. vlt. de preſcript. c. poſſeſſor malæ fidei, de reg. iur. lib. 6.

Quod verò dicitur. Verba tempus perpetuum ſignificantia reſtringenda eſſe ad ſpacium annorum 30. locum habere poteſt in diſpoſitione legis, non autem in diſpoſitione hominis, vt loquuntur noſtri. Etenim, cum vna lex dicat, actionem eſſe perpetuam, vel ius in perpetuũ competere; altera verò lex dicat, omnem actionem tolli ſpacio 30. annorum, ne ſequatur repugnantia, & legum contrarietas, neceſſe eſt interpretari hoc modo tempus perpetuum, vt non excedat 30. annos. Hæc ratio ceſſat in diſpoſitione hominis, vide Bart. in l. 1. nu. 2. ff. quibus modis vſusfructus amittatur. Alex. & Imolam, in l. qui bona, §. ult. ff. de damno infecto. Tiraquell. de retractu conuent. §. 1. gloſ. 2. num. 19. Ioan. Bapt. Cephalum loco ſuperiùs annotato.

Ad alterum argumentum reſpondeo. Dato quòd illa ſententia uera ſit, de qua iam non diſputo, hic non agi, an renunciari præſcriptioni poſſit, ſed an præſcriptio cũ mala fide ualeat. Et hoc eſt quod rectè dicebat Balbus de præſcript. in 5. parte princip. q. 6. nu. 3. in actione perſonali ſuperfluam eſſe diſputationem, nitum præſcriptioni renunciari poſſit, quia propter malam fidem debitoris, illa non currit.

CAPVT XIV.

Fructus rei vendita cum pacto redimendi ad quem pertineant, vtrum ad venditorem redimentem, an verò ad emptorem reuendentem.

CVm ex pacto tempus redimendi fundum inſtat, frequenter contingit, ut fructus ſint pendentes & maturi. Quare controuerſia oritur, ad quem ſpectare debeant; & communis, æqua, & ut mihi uidetur, veriſſima ſententia eſt, diuidendos eſſe pro rata parte ipſius anni, hoc modo. Fundum tibi uendidi Kal. Nouembris, cum pacto reuendendi. Eundem redimere uolo in menſe Iulij, fructus pendentes inter nos diuidendi ſunt hoc modo, ut ego tertiam partem conſequar, tu uerò reſiduum.

Ita reſpondit Cumanus ad l. qui Romæ, ff. de uerbo. oblig. quem ſecuti ſunt ibi Iaſon & Socin. ſenior, & alii quos refert Andr. Tiraquell. de retractu conuent. §. 5. gl. 4. num. 5. & nouiſſimè Ant. Teſſau. Pedem. deciſ. 56.

Probatur hæc ſententia ex ſimili ſpecie, de qua habetur in l. diuortio, & l. fructus, & l. de diuiſione, ff. ſolut. matrimonio. Quibus in locis ita conſtitutum eſt, de fructibus fundi dotalis, inter uxorem ſuperſtitem, & hæredes uiri diuidendis, ut nimirum pro ea parte anni, quo onera matrimonii uir ſuſtinuit, fructus quoq; ad hæredes pertineant, pro reſiduo tempore, ad uxorem.

Probatur ſecundò, ex quadam ſumma æquitatis ratione, ut inter contrahentes æqualitas ſeruetur, quod iuſtitiæ commutatiuæ proprium eſt. Eſt autem huiuſmodi. Aequitatis rationi conſentaneum eſt, ut commodi & incommodi ſumma ſit proportio inter contrahentes, neque unus commodum duntaxat habere debet, alter uerò incommodum. Quare cum uenditor in propoſita ſpecie per duas anni partes pretium fundi retinuerit, eoque

A uti, ac frui potuerit, æquum non eſt, ut etiã fructus eius temporis conſequatur. Immò contra, æquum eſt, ut emptor, qui rei curam habuit, & ſimul etiam pretio caruit, eius ſaltem temporis commodum ex fructibus recipiat. Pro ea uerò parte anni, quo pretium conſecutus eſt, fructus habere non debet, ſed uenditori, qui redimit, potius cedere debent.

Atque hæc eſt illa diuiſio pro rata temporis anni, ex æquitatis ratione deducta, quæ ſeruanda eſſe uidetur, licet aperto iure non caueatur, ut uerbis utar Iuriſconſulti, in l. in ſumma, §. quanquam, ff. de aqua pluuia arcenda. Illa enim interpretatio maxime ualere debet, ex qua contrahentium æqualis ſit conditio, l. ſi id quod, §. ult. ff. de reſcind. uend. l. penult. in fi. C. commu. diuid.

Verum Alexander in l. qui Romæ, ff. de uerbo. oblig. exiſtimauit hoc in caſu, fructus in totum pertinere ad redimentem. Primò, ex l. 2. C. de pactis inter empt. & uendit. in illis uerbis: *Habita ratione eorum, quæ poſt oblatã*
B *ex pacto quantitatem, ad hæredem emptoris peruenerunt.*

Secundò, ex l. Herennius, ff. de uiris, ubi dicitur, fideicommiſſario reſtituendum eſſe fundum una cum fructibus pendentibus.

Tertiò; quia venditor pretium offerens, ut fundum redimat, dicitur implere ac perficere pro ſua parte cõtractum, ex doctrina Bart. in l. ſi fideiuſſor, §. meminiſſe, de legatis 1. & in l. uxorem, §. agri plagam, de legat. 3. ergo fructus ad eũ ſpectant; quia perfecta uenditione fructus ſunt emptoris, l. Iulianus, §. ſi fructib. ff. de actionib. empt.

Ad l. diuortio, & alias ſimiles, reſpondet Alex. eas longè diuerſam rationem habere. Cum enim dos detur pro oneribus matrimonij, l. pro oneribus, C. de iure dotium, meritò fructus diuidendi ſunt in uxorẽ, & hæredes uiri habita ratione tẽporis, quo matrimoniũ durauit, & eius onera uir ſuſtinuit. Hæc ratio nõ ptinet ad ſpeciẽ noſtrã.

Reſpondeo ad primum argumentum, quod attinet ad l. 2. C. de pactis inter empt. & uend. illam non obſta-
C re, nihil enim aliud dicit, niſi habendam eſſe rationem fructuũ, qui ad hæredem emptoris peruenerunt, poſtea quam uenditor pretium obtulit, paratusq; fuit ſatisfacere, ſed hæres emptoris non paruit. De hac ſpecie nos non loquimur, ſed cum emptor contractui paret, & fundum reuendere paratus eſt, allegat autem fructus eſſe pendentes, ac iam fortè maturos, proptereaq; inter ipſum & emptorem diuidendos, quam diuiſionem fieri oportere nõ negat imperator in d. l. 2.

Ad ſecundum argumentum ex l. Herennius, reſpondeo. Fructus pendẽtes ad fideicommiſſarium pertinere, quia fructus pendentes dicuntur eſſe pars fundi, dominium autem fundi pertinet ad ipſum fideicommiſſariũ. Nec illa ratio æqualitatis ſeruãdæ inter ipſum & hæredẽ locum habet, quæ inter contrahentes, nullum enim negotium inter eos interceſſit, ut inter contrahentes.

Ad tertium reſpondeo. Argumentum locum habere iure ſtricto conſiderato, ſed ratio æquitatis & æqualita-
D tis præponderare debet ſummo iuri, ut dictum eſt.

Quod uerò attinet ad l. diuortio, & alias leges concordantes, argumentum ex illis petitum, etſi planè ſolidum non ſit, probabile tamen eſt, cum in propoſito caſu ratio habenda ſit commodi & incommodi, ita ſcilicet, ut pro qua parte anni emptor incommodum ſuſtinuit, curæ & cuſtodiæ agri, caruitq; pecunia, commodum fructuum percipiat, & de uenditore idem iudicium.

CAPVT XV.

Vtrum ex pacto reuendendi, dominium rei venditæ ad venditorem reuertatur, ut propterea rem à quolibet tertio detentore vindicare poſſit.

QVæſtio ſanè difficilis eſt, & controuerſa, an ex pacto reuendendi dominium ad uenditorem reuertatur, ita, ut rẽ uindicare poſſit à tertio poſſeſſore. Tres ſunt doctorum ſentẽtiæ. Prima affirmat reuerti domi-

dominium ad venditorem, ita Caſtr. ad l. ſi cum venderet, ff. de pignor. act. Io. de Anania in c. conqueſtus, de vſuris. Decius, in conſ. 614. nu. 4. Ant. Burg. in c. ad noſtram, de empt. & vend. Soc. iun. in conſ. 129. nu. 2. lib. 2. Io. Crotus in conſi. 200. lib. 2. Tiraquell. de retractu conuent. §. 1. glo. 7. nu. 7. Couar. lib. 3. variar. reſol. c. 8. nume. 3. Menoch. in conſ. 63. num. 14.

Argumenta ſunt iſta. Primum eſt ex l. ſi cum venderet, ff. de pignor. act. in illis verbis: *Sed & ipſe venditor, aut vindicare rem poterit, aut in factum actione aduerſus emptorem agere.*

Secundum eſt ex l. voluntate, §. vlt. ff. quibus modis pignus, vel hypotheca ſoluitur, in illis verbis: *Creditor quoque ſi pignus diſtraxit, & à venditione receſſum fuerit, vel homo redhibitus, dominium ad debitorem reuertitur.*

Tertium eſt huiuſmodi. Ex pacto legis commiſſoriæ, & addictionis in diem, dominium ad venditorem reuertitur, & rei vindicatio competit, l. commiſſoriæ, C. de pact. inter empt. & vendit. Idque ita conſtitutum eſt, ob frequẽtiam huiuſmodi pactorum, autore Bar. & Ang. in l. 1. ff. de donat. ergo idem ſtatuendum eſſe videtur in pacto reuendendi, quod non minus frequens eſt, quàm pacta ſupradicta.

Quartum argumentum eſt ex doctrina Barto. in l. in diem, ff. de aqua pluuia arcen. vbi docet, pactum reuendendi hoc efficere, vt ius pignoris, & obligationis alteri factæ reſoluatur, ergo etiam in quęſtione noſtra videtur dicendum, ius emptoris reſolui, & ſic dominium ad venditorem redire.

Quintum argumẽtum ſumi poteſt ex Tiraquello, de retractu conuent. §. 3. glo. vnica, nu. 9. vbi docet, ex pacto reuendendi ſpecialem hypothecam oriri in rem ipſam venditam, conſequenter poteſt venditor eam à quolibet poſſeſſore vindicare.

Altera ſententia, negat dominium ad venditorem reuerti, & rem vindicari poſſe. Ita Bar. ad l. 1. num. 10 ff. de donat. ad l. ſi prædium, C. de ædilitio edicto, & ad l. ſi hominem, ff. de vſucapio. Bal. in conſi. 482. lib. 1. Alex. in conſi. 10. lib. 1. Aret. in l. qui abſenti. §. 1. de acqu. poſſeſſ. Curtius ſen. i cóſ. 12. Decius ad l. traditionib. C. de pact.

Alios commemorat Tiraquel. de retractu conuent. §. 1. gloſ. 7. num. 16. Alios citat Couar. lib. 3. variar. reſol. c. 8. nu. 2. Alios denique Andr. Geyll. Obſeru. lib. 2. c. 16. quibus adde Alciatum in d. l. traditionibus. Franciſcum Marcium deciſ. Delphin. 601. in prima parte. Ruynum conſil. 32. nu. 15. & 16. lib. 1. & Aucharanum, quæſtionum familiar. p. 1. q. 13.

Argumenta verò ſunt iſta. Primum eſt ex l. 2. C. de pactis inter emptor. & vendit. vbi dicitur, ex huiuſmodi pacto oriri actionem præſcriptis verbis, & ex empto, de rei vendicatione nullum verbum.

Secundum argumentum eſt ex l. pen. C. de ędilitio edicto, vbi ſimiliter habetur, reſoluta venditione, actionem perſonalem, nempe redhibitoriam competere.

Tertium argumentum. Ex pacto reuendendi actio datur, vt res reuendatur; ergo dominium non reuertitur ad venditorem. Probatur conſequentia; quia ſi reuerteretur, reuenditio non valeret, nam rei ſuæ emptio non valet. l. ſuæ rei, ff. de contrahen. emptio.

Quartum argumentum ex l. traditionibus, C. de pactis, vbi dicitur: traditionibus, & vſucapionibus, non autem nudis pactis rerum dominia transferri.

Quintum argumentum eodem tendit, quod ex conuentionibus & pactis, perſonalis actio oriatur, non autem in rem, vt in § omnium, in inſtit. de actionib.

Sextum. Specialiter conſtitutum eſt in pacto legis cõmiſſoriæ, & addictionis in diem, vt dominium reuertatur ad venditorem, ergo in alijs pactis ſecus eſt dicendũ.

Tertia eſt ſententia diſtinguentium. Aut pactum huiuſmodi verbis directis celebratur, aut verbis obliquis. Primo caſu dominium ad venditorem reuertitur. Secundo caſu ſecus. Ita Paul. de Caſt. in l. ſi à te, C. de pact. in-

A ter empt. & vend. Berous in conſ. 164. nu. 23. lib. 1. Grammaticus in conſ. 282. nu. 3. Hieron. Grabrielius, in conſi. 66. nu. 4. & 5. Rolan. à Valle, in conſ. 62. nu. 33. lib. 2. verba directa appello cum doctoribus, quibus venditio reſoluitur, & pro infecta habetur. Obliqua vero, cum ſimpliciter emptor reuendere ſeu reſtituere promittit.

Atque hæc poſtrema ſententia videtur mihi veriſſima, ideoque breuiter confirmanda, & comprobanda.

Probatur igitur ipſius ſententię pars prior ex l. ſi cum venderet, ff. de pignorat. actio. vbi hoc apertè deciditur, & loquitur textus de pacto verbis directis concepto. Nam illa verba: *Vt ſi debitor ſolueret pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem ſuam*, ſunt directa, l. titia cum teſtamento, §. vlt. de legatis 2. & tradit Socin. in conſil. 80. lib. 3. Gabrielius, d. conſ. 66. nu. 5.

Secundo probatur. Quia ratio, propter quàm in pacto legis cõmiſſoriæ, & addictionis in diem, dominium reuertitur ad venditorem, illa vera eſt, quoniam hæc pa-
B cta interponuntur re integra, atque in ipſo venditionis contractu, antequam res tradita ſit emptori, ſicuti declarat gloſ. in l. ab emptione, in verb. cogaris, ff. de pact. nec non Bal. Ang. Caſtr. & Iaſ. ibidem, cum alijs à Tiraquello citatis, de retractu conuent. §. 1. glo. 7. nu. 4. & 5. hæc ratio locum habet in pacto, de quo agitur, ſi directis verbis fiat. Nam interponitur in ipſo contractu, re integra, ac per illud venditio reſoluitur, venditore quandocunque precium offerente.

Altera vero pars concluſionis, & ſententiæ ſupradictæ, optimè probatur ex argumentis, quæ pro poſteriore ſententia allata ſunt ſuperius.

Ad primum argumentum eius ſententiæ, quæ ſimpliciter affirmat dominium ad venditorem redire, reſpondeo. Illud locum ſibi vendicare in pacto reuendendi, directis verbis concepto. Nam in l. ſi cum venderet, ff. de pig. actio. verba pacti ſunt directa, ut dictũ eſt ſuperius.

Eademq; reſponſio valet ad ſecundum argumẽtum,
C ex l. voluntate, §. ult. quia & in ſpecie illa venditio fuit reſoluta, ut patet ex illis verbis. *Sed in priſtinam cauſam res redit, reſoluta venditione*, quod argumento eſt, verba fuiſſe directa.

Ad tertium argumẽtum reſpondeo. Illud valere, quoties verba pacti de reuendendo ſunt directa, quemadmodum ſunt verba pacti legis commiſſoriæ, & addictionis in diem.

Ad quartum argumentum ex doctrina Barto. in l. in diem, ff. de aqua pluuia arcen. bene reſpondet Gabrielius, d. conſ. 66. nu. 6. *Concedo*, inquit, *extingui ius conſtitutum in rem, quam quis promiſit retrouendere ac reſtituere, poſteaquam retrouenditio facta eſt, ſed dico dominium ſimplici pacto, non retro transferri.*

Ad quintum. Negatur ex huiuſmodi pacto ſpecialem oriri hypothecam in rem venditam. Id non probat Tiraquel. ex legibus allegatis, quia hoc nõ dicunt, nec quiſquam alius.

D Ad primum autem argumentum eius ſententiæ, quæ ſimpliciter negat, dominium ad emptorẽ redire. Reſpondeo, illud loqui de pacto verbis obliquis concepto, cum ſcilicet emptor promiſit fundum reſtituere. Ita enim loquitur l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. unde argumentum eſt deſumptum; quod & nos admittimus.

Ad ſecundum ex l. pen. C. de ædilitio edic. reſpondeo. Agitur ibi de actione redhibitoria, quæ datur emptori, reſoluta emptione, ad hoc, ut venditor rem venditam accipiat, & pretium emptori reſtituat. Quamobrem, eo in caſu locum habere non poteſt rei vendicatio, quia non pertinet ad illam ſpeciem.

Ad tertium reſpondeo. Illud verum eſſe in pacto verbis obliquis inito, quando ſcilicet reſtitutio, & reuenditio fieri debet. Neque enim rei ſuæ emptio conſiſtit. At ubi verbis directis fit pactum, reſoluitur venditio vigore pacti, resq; in priſtinã cauſam reuertit̃, reſoluta vendicatione, quaſi venditio facta non fuerit. Et ſic ceſſat argũ.

Ad

A Ad quartum, & quintum argumentum reſpondeo, etiam ex pactis, & conuentionibus, quandoque dominium transferri, ſeu potius reuerti ad eum, qui contrahendo illud tranſtulit in alium. Id patet in pacto legis commiſſoriæ, & addictionis in diem, eademque ratione idem eſt ſtatuendum in pacto, de quo agitur.

Ad vltimum reſpondeo, negãdo, illud eſſe ſpecialiter conſtitutum in pacto legis commiſſoriæ, & addictionis in diem, ita vt in alijs ſimilibus pactis locum nõ habeat. Nulla enim lege id probatur, aut ratione euincitur, vt meritò id negauerint multi à Tiraquello citati, de retractu conuent. §.1 gl.7.nu.14.& 15.& alij multi, quos refert & ſequitur Roland. à Valle, in conſ.62.nu.19.lib.2.

CAPVT XVI.

B *Numquid l.2.C.de reſcind.vend.locum habeat in emptore, ultra dimidiam iuſti pretij læſe, & quomodo conſideranda ſit læſio ex parte eius.*

COmmunis, & vera eſt ſententia, l.2. C.de reſcind. vend. locum habere etiam in emptore læſo vltra dimidiam iuſti pretij, ſicut inter alios atteſtatur Arius Pinell. in comment. eiuſdem legis, in 1.p.c.2. tum propter maximam affinitatem, quæ eſt inter emptorem, & venditorem, ob quam verbo venditionis, emptionem quoque contineri, veteres dixerunt, vt in l. veteres, ff. de actio. empt. qua de re Alciatus lib.5. Paterg. c.15. tum quia eadem ratio æquitatis id ſuadere videtur. Cæterũ, vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius, lib.16. obſeru. c.18. contrarium docet: *Aequum erat*, inquit, *ſubuenire venditori, qui minoris vendidit, quem plerumque neceſſitas rei familiaris compellit, vendere pretio minore, non etiam emptori vltro accedenti ad emptionem prædij, ſæpe fraudandi cauſa, & plerumque ementi pretia immenſo, & immodico, affectione opportunitatis, vel vicinitatis, vel cæli, vel quod*
C *illic educatus ſit, vel parentes ſepulti, vel quod maiorum eius fuerit, qua cupiditate incenſus, vltro promitit ſæpe ingentia, & immenſa pretia, quod calorẽ vocat, l.locatio, ff. de publicanis, alij inſaniam, alij ſtultitiam.* Hæc Cuiacius. Qui tametſi ſpecioſa loqui videatur, parum tamen euincit. Nam quis ignorat ſæpè accidere, vt quis emat vtilia ſibi vel neceſſaria, bona fide, non aio iniuſtè lucrandi neq; fraudandi? Rurſus, ſæpè venduntur res, vt aliæ emantur vtiliores, nullaq; neceſſitate vrgẽte; quare ſicut humanũ eſt ſubuenire venditori, ita quoq; emptori ſubueniendũ eſt. Et cur liceat maioris rem vendere alteri ementi ꝑp affectionẽ, cum illa minimè qualitas eſſe dicatur apta ad augendam rei eſtimationem, ſicuti preclare docent Ripa, in l.filiuſfam. §.diui, nu.3. de leg. 1. Couar. lib.2. variar. reſol. c.3. & Menoch. de præſumpt. lib.3. præſumpt.83.nu.6. adde quæ pro hac ſententia adducit Duaren. ad l.ſi quis cum aliter, de verb.obl. & confert tex. in l.1.§.ſed ſi emerit, ff. ſi quid in fraudem patro. & l.ſi quis aliam, in fi. ff. de ſol.

D Nec monent quæ adfert idẽ Cuiacius lib.23.c.32. ex Seneca & Plinio, neque enim ij loquuntur, vbi læſio eſt ultra dimidiam iuſti pretij, neque legum uim, & authoritatem habent eorum authorum ſcripta. Et aduerſus Cuiacium eleganter diſputat Robertus Aurelianus, lib. 2. animaduerſionum, c.13. & rurſus in notis ad mercatoris notas, ſimiliter lib.2. c.13.

Illud longe probabilius videtur, quod Cuiacius ibi docet, in diiudicanda læſione emptoris ultra dimidiam, inueundam eſſe rationem hoc modo, ut ſi res empta ſit digna quinque, ipſe ſoluat undecim, & ſic plus duplo, quã ſit iuſtum rei pretium, quæ fuit antiquorum interpretũ ſententia, Petri, Cyni, Roffredi, Speculatoris, & aliorum quos refert, & ſequitur Pinell. in commentar. eiuſdem legis, p.1.c.2.num.6. etenim hæc ſententia uidetur mihi ueriſſima, licet communior ſententia aliter doceat, ut uidere eſt ex Cagnolo, in d.l.2. nu.135. & ex Couar. lib.2. uariar. reſol. c.4.nu.8.

Probatur hæc ſententia; quia læſio ultra dimidiam ex parte venditoris eſſe dicitur, cum nec dimidiam veri pretij accepit, vt in d.l.2. ergo & ex parte emptoris erit, vbi rem emit, cuius eſtimatio dimidiam partẽ pretij numerati non attingit.

Non obſtat ſi dicatur, ex hac interpretatione inæqualitatem oriri inter emptorem, & venditorem, quia vendens rem, quæ digna eſt decem aureis, & accipiens quatuor, vltra dimidiam eſt læſus, nec ſentit damnũ, niſi ſex aureorum. Emptor autẽ rei, quæ decem aureis digna eſt, & ſoluẽs uiginti & vnum, dicetur vltra dimidiam læſus & damnum ſentiet vndecim aureorum. Non inquam iſtud obſtat, quia inæqualitas ex eo oritur, quod venditor pluris vendẽs, plus dat emptori, quàm emptor minoris emens, venditori. Venditor enim dat rem, valentem decem, vnde neceſſe eſt maiorem quantitatem ſuperaddi, vt læſio ſit vltra dimidiam, quam detrahi vẽditori decepto: & tamen eſt eadem proportio, quia quãto emptor minus dat, minus requiritur à venditore, vt læſio vltra dimidiam contingat: & quanto emptor plus dat, tanto plus à venditore dari oportet, vt dicatur læſus, ſeu deceptus vltra dimidiam.

Denique venditor vltra dimidiam læſus dicitur, quia dimidiam partem non accepit ab emptore æſtimationis rei, quam emptori ipſe dedit. Igitur & emptor dicetur eſſe læſus ultra dimidiam, ſi dimidiam partem non acceperit à uenditore eius, quod ſi ipſe dedit: quod tunc accidit, cum res uendita non eſt digna dimidia parte eius pretii, quod ipſe numerauit. Vide etiam hac de re Mynſinger. Cent.4. Obſeru.73. & Fornerium libro ſecundo, ſelect. capit.19.

CAPVT XVII.

Vtrum iuramentum præſtitum in contractu excludat à beneficio l.2.C.de reſcind.vend.

CElebris eſt controuerſia, utrum maioris 25. annis iuramentum contractui adhibitum auferat beneficium l.2.C.de reſcind. uend.

Prima eſt opinio affirmantium auferre, ita gl. Bar. Bal. Sal. Alber. Caſtr. in commentarijs eiuſdem legis. Pinellus alios commemorans, in 3.p. in prin. Io. Crotus in conſil.243. lib.2. Oſaſcus deciſ. Pedem.40. num.8. Rolan. à Valle conſ.59.num.18.lib.1. Menoch. in conſ.1.nu.360. Straccha ad Crauett. in conſ.7.

Argumenta ſunt iſta. Iuramenti hæc eſt uis, & efficacia, ut contractum confirmet, & tale robur illi adiiciat, ut reſcindi non poſſit. Id patet ex Authen. Sacramenta puberum, C.ſi aduerſus uenditionem, ergo & in ſpecie propoſita idem operabitur.

Secundò. Is qui iurat ſuper aliquo facto, iurare uidetur ſuper omni iure deſcendente ex illo facto, l.ſi duo patroni, §.idem Iulianus, & l.duob. §.ſi quis iurauerit, ff. de iureiurando. Igitur is, qui iurat ſeruare contractum, & non contrauenire, iurare uidetur, ſe aduerſus contractũ non uenturum, ex quocunque iure, & ex quacunq; cauſa, quæ ex eodem contractu, & facto prouenire poſſit. Conſequenter, iurare uidetur ſe contractum ſeruaturũ etiam ſi ultra dimidiam læſus fuerit, ergo contractum reſcindere nulla ratione poteſt.

Tertiò. Iuramentum facit, ut actus ualeat omni meliori modo, quo ualere poteſt, l.cum Pater, §.filius Matrem, de leg.2. & dicitur habere uim ſpecialis conſenſus, ſicuti explicant Iaſon in l.ſi conuenerit, ff. de iuriſdictione omnium iudicum, Andr. Geyll, lib.2. Obſeru.41.nu.5. eſt igitur perinde, ac ſi iurans promittat, ſpecialiter ſe obſeruaturum conuenta, licet ex eo læderetur. Quo caſu ceſſat beneficium dictæ legis 2. ſicuti benè explicat Couar. uariar. reſol. lib.2.c.4.

Quartò. Contractus ob modicam læſionem reſcindi non poteſt. Licet enim contrahentibus ſe inuicem decipere circa precium, l.in cauſæ, §.idem Pomponius, ff. de

minoribus,

minoribus, l. 4. & l. ſi voluntate, C. de reſcind. vend. ergo vt iuramentum aliquid operetur, reſcindi non poteſt, etiam ob maximam læſionem.

Secunda eſt opinio negantium iuramento auferri beneficium dictæ l. 2. huius authores ſunt Anto. Burg. in c. cum cauſa, de empt. & vend. & alij, quos refert & ſequitur Pinellus in comment. d. l. p. 3. c. 1.

Argumenta ſunt iſta. Iuramentum non obligat vbi deeſt conſenſus, l. vlt. C. de non numerata pecun. c. veniens, &c. Quintanallis, de iureiur. ſed quando ex contractu contingit immodica læſio vltra dimidiam, deeſt conſenſus iurantis, quia præſumitur error, & ignorantia vt docet gl. in l. quiſquis, C. de reſcin. vend. ergo iuramentum hoc in caſu non obligat.

Secundum argumentum. Iuramentum non obligat vbi dolus interuenit in contractu, c. cum contingat, de iureiur. ſed ex immodica læſione dolus re ipſa detegitur in contractu, l. ſi quis cum aliter, ff. de verb. obl. ergo iuramentum hoc in caſu obligat.

Tertium argumentum eſt ex eo, quod tam immodicè læſus eodem errore, quo decipitur, & ad ita contrahendum inducitur, præſumitur etiam induci ad iurandum, argumento l. vlt. §. idem quæſiji. ff. de condict. indebiti.

Tertia eſt ſnia Baldi, ad l. quæ ſub conditione, §. 1. ff. de conditionibus, & dem. iuramentū hoc in caſu operari, vt contractus reſcindi nequeat, ſed tñ, venditor petere poterit id, quod deeſt iuſto pretio rei venditæ. Sequitur Fely. in c. inter cæteras, de reſcriptis, & alij apud Oſaſcum, deciſ. Pedem. 40. nu. 7. Verum hæc ſnia tam exactè refellitur à Couar. ad c. quamuis, in 3. p. §. 4. de pact. in 6. & à Pinello in comment. d. l. 2. in 3. p. c. 1. vt omnis labor noſter in ea refutanda ſuperuacaneus eſſe videatur.

Quarta eſt ſententia eorum, qui diſtinguiit, inter ſimplicem læſionem vltra dimidiam, quam enormem appellant, & læſionem longè vltra dimidiam, quam vocant enormiſſimam. Primo caſu docent, iuramentum non auferre beneficium d. l. 2. Secundo verò caſu auferre. Ita Corneus, & alij apud Pinellum, in 3. p. c. 1. num. 7. & 8. Couar. ad c. quamuis, de pact. lib. 6. p. 3. §. 4.

Quinta eſt opinio Alciati, in c. cum cotingat, nu. 213. de iureiur. is poſt Cumanum ab eo relatum, ait, omnem difficultatem in hac re poſitam eſſe circa modum agendi. Aut enim, inquit, vltra dimidiam læſus, contractum reſcindi, vel pretium ſuppleri petit, & nō poteſt propter vinculum iuramēti. Aut dicit ſe deceptum fuiſſe, & ideò iuramentum non tenere, vindicatq; rem ipſam venditā, & tunc agere poteſt iuramento non obſtante. Eandem ſententiam ſecutus eſt Menoch. in conſ. 512. nu. 52. li. 5.

Sexta, & poſtrema eſt ſententia eorum, qui in hac controuerſia docent, læſum vltra dimidiam, abſolutionem à iuramento petere poſſe, eaque obtenta agere ad reſciſſionem contractus. Ita docent Imola, in c. cum contingat, ante nu. 55 de iureiu. & in c. pe. nu. 24. de empt. & vend. Alex. in l. ſtipulatio hoc modo concepta, nu. 10. ff. de verbor. obl. Rebuff. in tract. de reſciſſ. contract. art. vnico gl. 15. nu. 42. Panorm. & Ant. Butr in d. c. cum contingat, nu. 23. Iacobi. Rimin. in cōſ. 222. lib. 2. Rota Rom. apud Caſſiod. deciſ. 1. tit. de empt. & vend.

Hæc ſnia vr̄ mihi veriſſima. Tres autem habet partes. **Prima**, iurantem agere non poſſe ad reſciſſionem contractus, antequam à iuramento fuerit abſolutus. **Secunda**, abſolutionem à iuramento hoc in caſu eſſe concedendā. **Tertia**, abſolutione obtenta, actionem competere ex d. l.

Prima pars ita probatur. Omne iuramentum eſt ſeruandum, ſi modò non vergat in diſpendium ſalutis ęternæ, vel in alterius præiudicium, c. cum contingat, de iureiur. ſed iuramentum de quo agitur, non vergis, &c. ergo ſeruandum eſt.

Si dicatur iuramentum non eſſe ſeruandum, vbi dolus interuenit, vt in d. c. cum contingat, ibi. *Neque vi, neque dolo extorta.*

Reſpondeo. Id ita eſſe accipiendum, vt tamen requira-

A tur abſolutio à tali iuramento, vt probat tex. in c. ſi verò, de iureiur. & in c. ad audientiam, & in c. ad aures, de eo quod metus cauſa, quia in dictis locis Pontifex docet, abſolutionem requiri à iuramento metu extorto, cum tamen conſtet in metu dolum ineſſe, vt in l. ſi cū exceptione, §. cum quis, ff. de eo quod metus cauſa.

Nec obſtat reſponſio Ant. Burgenſis, in c. cum cauſa, nu. 4. de empt. & vend. in iuramento metu extorto, voluntatem quandam iurantis, licet coactam, poſſe conſiderari. At ſecus, vbi dolus in contractu eſt adhibitus; Reſpondeo enim, id procedere poſſe, vbi dolus ex propoſito adeſt; ſecus autem vbi dolus re ipſa ex læſione oritur, quia maior eſt voluntas in contrahente ſic læſo, quàm in eo qui vi coactus iurauit.

Denique, quod dicitur, iuramenta dolo extorta non obligare, ita eſſe accipiendum, vt abſolutio nihilominus neceſſaria ſit, tradunt Innoc. & Io. Andr. in c. ad aures. De his quæ vi metuſ ve cauſa. Archid. in c. quamuis, de

B pact. lib. 6. Imola in d. c. cum contingat, num. 3. Calderinus in conſ. 8. duę puellę. Petrus Anchar. in conſ. 375. ibi. Verum quia non propria authoritate, &c. Bald. & Caſt. in l. vlt. ff. qui ſatiſdare cogantur. Angelus in l. ſi quis pro eo, ff. de fideiuſſ. Natta in conſ. 144. licet ipſe ſibi parum conſtans ſecus dixerit in conſ. 166. nu. 20. Couar. in Epitome de ſponſal. 2. p. c. 3. §. 5. nu. 2. & in c. quamuis, in 1. p. §. 5. nu. 3. & lib. 1. variar. reſol. c. 4. nu. 7. Menoch de recuper. poſſ. remed. 1. nu. 194. quanquam idem aliter loquatur in conſ. 1. nu. 302. lib. 1. Ad quem locum ſe remittit in conſ. 426. nu. 36. lib. 5.

Secunda pars concluſionis, videlicet abſolutionem eſſe concedendam, ſic probatur. Iuramentum non debet eſſe vinculum iniquitatis, 22. q. 2. c. animaduertendum, c. etſi Chriſtus, de iureiur. Sed vbi eſt tam immodica læſio, ibi eſt iniuſtitia, & iniquitas magna, ergo iuramentum eſt relaxandum. Facit text. in ca. 1. & in c. debitores, de iureiuſ. & ibi notat Imola, & idem Imo. in c. ſi verò,

C nu. 3. eo. tit. Decius in conſi. 180. nu. 5. Socin. iun. in conſil. 48. nu. 29. & 30. lib. 12. Curt. iun. in conſ. 141. num. 9. Marcabrunus, in conſ. 30. nu. 31.

Et hæc eſt communis ſententia, abſolutionem à iuramento concedendam eſſe, quoties iniuſtitiam continet, ſicuti tradunt Caſtrenſ. ad l. ſi quis pro eo, nu 6. ff. de fideiuſſoribus Anchar. d. conſ. 375. Natta d. conſ. 144. Crauetta in conſ. 152. nu. 11. & 192. nu. 11.

Porrò abſolutione obtenta à iuramento actionem cōpetere ad reſcindendum contractum, probatur hoc argumento. Abſolutio tollit vinculum iuramenti, & idem eſt ac ſi iuramentum præſtitum non fuiſſet, vt patet ad ſenſum, & tradunt Corneus, in conſ. 288. lib. 3. Soc. iun. in conſ. 3. nu. 44. lib. 2. Roland. à Valle, in conſ. 7. nu. 58. lib. 3. Afflictus deciſ. 322. Sed ſi iuramentum non eſſet præſtitum, procul dubio daretur actio ad reſcindendum contractum, propter læſionem vltra dimidiam. Igitur idem ſtatuendum eſt conceſſa à iuramento abſolutione.

D Ad argumenta primæ opinionis, quæ abſolutè negat, locum eſſe reſciſsioni contractus ob iuriſiurandi religionem, reſponſio patet ex præmiſſis, omnia enim argumēta militant ante abſolutionem à iuramento conceſſam. Poſt conceſſam vero abſolutionem, omnia ceſſant, quia virtus iuramenti ceſſat.

Ad primum argumentum ſecundæ opinionis reſpondeo, negando errorem præſumi etiā data, læſione. Vbi. n. quis iurat, præſumitur cōſulto, & conſideratè omnia facere, arg. c. ex reſc. de iurein. vide Ale. in cōſ. 42. n. 17. li. 1. Nattā in cōſ. 144. n. 7. & And. Geyll, li. 2. Obſer. 10. n. 26.

Ad ſecundum reſpondeo, negando iuramentum propria authoritate negligi poſſe, & violari, etiam data læſione immodica. Conſtat enim ex ſupradictis, abſolutionē eſſe neceſſariam, licet dolus interuenerit.

Ad tertium argumentem reſpondeo. Illum text. in l. vlt. §. idem quæſijt, nil commune habere cum quæſtione noſtra, nec de illa ſpecie loqui, ī qua iuſiurādū interceſſit.

CAPVT XVIII.

An l.2. C.de reſcind. vend. contra ſingularem ſucceſſorem locum habeat, & an locum habeat re perempta.

COmmunis eſt doctorum ſententia, tertium ac ſingularem ſucceſſorem in re vendita conueniri poſſe, ea hac l.2. ſi duo hæc concurrant. Primum, vt is, a quo cauſam habet, nimirum emptor ille, qui decepit ac læſit venditorem, ſoluendo non ſit. Secundum, ſi ipſe ſingularis ſucceſſor poſſideat rem ex cauſa lucratiua. Aut certè ex contractu, qui eodem iniuſtitiæ morbo laboret. Ita poſt Bald. & alios, reſpondit Tiraquell. ad l. ſi vnquã, C.de reuocan. donat. In verbo reuertatur, nu.329. Couar. lib.2. variar. reſolut. c.3. nu.10. Menoch. in conſ.63. nu.22. lib.1. Stracha ad Crauettam in conſ.7. nu.13.

Sed fundamentum habet hæc ſententia magnopere infirmum, nempe, in l. in cauſæ, 14. §. vlt. ff. de minorib. qui textus nihil aliud dicit, niſi minorem eſſe reſtituendum, etiam aduerſus tertium emptorem, et poſſeſſorem, ſi tertius ille poſſeſſor rem emerit ſciens, minorem fuiſſe læſum, & ſimul prior emptor ſoluendo non ſit.

Quare contrariam ſententiam quam vnus probat Pinellus in comment. d. l.2. in 2.p.c.1. nu.32. veriorem eſſe, ac iuris regulis magis conſentaneã affirmare nõ dubito.

Principio enim ſatis conſtat, actionem ex contractu deſcendentem, qualis eſt ea, de qua agitur, aduerſus ſingularem poſſeſſorem non competere. Neque enim perſonalis obligatio fundum ſequitur, l.1. §. ſi hæres, ff. ad Trebell. l. vlt. §. vlt. ff. de contrahen. empt. & propius ad rem noſtram, text. in l. dolus, C. de reſcin. vend.

Deinde contra dictam communem ſententiam facit tex. in l. æris alieni, C. de don. vbi dicitur, agi non poſſe contra donatarium, ac poſſeſſorem rei debitoris, ab eo cui debitor donans erat obligatus nec diſtinguit text. an debitor ſoluendo ſit, necne.

Præterea, dicit tex. in l.1. & 3. C. ſi vendito pignore agatur, contra tertium poſſeſſorem agi poſſe, tunc demũ, cum mala fide emit, & is, qui conueniri poterat, ſoluendo non eſt. Igitur ceſſante mala fide, conueniri non poterit.

Quod ſi proponatur, emptorem eſſe in mala fide, locus eſſe poſſet communi ſententiæ, quemadmodum fatetur Pinellus loco annotato, & Couar. lib.2. variar. reſolut. c.3. poſt num.10. verſ. Tertia concluſio; quibus & ipſe adſtipulor.

Eſt & alia controuerſia, cum venditor vltra dimidiam læſus eſt, & res vendita ſine culpa emptoris, caſu ſcilicet fortuito, perijt, vtrum venditori liceat aduerſus emptorem agere.

Abbas Panorm. in c. eum dilecti, de emptio. & vend. reſpondit, venditori actionem competere, vt quod deeſt iuſto pretio, conſequatur ab emptore.

Eandem ſententiam ſecutus eſt Franciſc. Cremenſis, ſing. 85. Volo; Ripa, in l. quod te, nu.11. ff. ſi cert. petat. & alij a Pinello citati, in 2.p.c.1. num.36. & a Couar. lib.2. variar. reſol. c.4. circa finem.

Fundamentum eſt in eo, quod emptor æquè principaliter obligatus ſit venditori, vel ad perſoluendũ id, quod deeſt iuſto pretio, vel ad rem emptam reſtituendam. Ex quo ſequitur, re perempta, obligationem ad pretium ſupereſſe, ex l. ſi in emptione, §. ſi emptio, ff. de contrahen. empr. & ex l. ſtichum, aut Pamphilum, ff. de ſol.

Quod autem vtrumque ſit in obligatione æquè principaliter, probatur ex c. cum dilecti, de empt. & vend. & ex c. cum cauſa, eo. tit.

Sed contrariam ſententiam, nempe venditori nullam actionem competere, longè probabiliorem eſſe iudico, quam quidem ſententiam amplexi ſunt Accurſius, Bart. Caſtr. & alij communiter, in d. l.2. vbi Cagnolus, nu.15. Pinell. in 2. parte, cap.1. num.36. Couar. variar. reſolut.

A lib.2. c.4. nu.10. Anton. Gomeſ. de cõtract. cap.2. nu.22.

Probatur hæc ſententia, primò ex l. ſi res æſtimata, 15. §.1. ff. de iure dotium: *Enim vero*, inquit Iuriſconſultus, *ſi in æſtimationis modo circumuenta eſt, erit arbitrium mariti, vtrum iuſtam æſtimationem, an potius ſeruum præſtet. Et hæc ſi ſeruus viuit. Quod ſi deceſſerit, Marcellus ait, magis æſtimationem præſtandam, ſed non iuſtam, ſed eam quæ facta eſt, quia boni conſulere mulier debet, quod æſtimatus fuit.*

Si mulier in cauſa dotis, quæ ſemper & vbique præcipua eſt, l.1. ff. ſoluto matrimo. petere non poteſt id, quod deeſt iuſto pretio, vbi res perempta eſt, longè minus id iuris venditor habebit.

Secundò probatur hæc ſententia, vbi quantitas debetur reſpectu certæ ſpeciei, tunc ſpecie perempta, debitor eſt liberatus, l. titiæ textores, §. vlt. de leg.1. l. electio, §. quid ſi is, ff. de noxalibus, l.1. §. vlt. ff. ſi cui plus, quam per legem Falcidiam, & l. ſi communis ſeruus, in verſ. Ex

B his igitur, ff. de furtis. Sed in hac quæſtione quantitas debetur reſpectu certæ ſpeciei, nempe contemplatione rei venditæ. Ergo re perẽpta perimitur obligatio ad pretiũ.

Tertiò probatur, quia hoc in caſu res principaliter dicitur eſſe in obligatione, iuſti autem pretij ſuppletio in facultate ſoluendi, vt probat text. in d. l.2. C. de reſcind. vend. in illis verbis: *Humanum eſt, vt vel pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, vel ſi emptor elegerit, quod deeſt iuſto pretio, recipias.* Illa verba; *Si emptor elegerit*, expreſsè indicant, illud in electione emptoris eſſe, & ſic in facultate ſoluendi.

Simile habetur in l. miles, § decem, ff. de re iudicata. Conſequenter re perempta debitor eſt liberatus, l. ſi ex legati cauſa, ff. de verbor. oblig. l. quod te, ff. ſi certum petatur, l. ſi quis ſtipulatus fuerit decem in melle, ff. de ſolutionibus.

Non obſtat tex. in c. cum cauſa, & in cap. eum dilecti, neque enim dicunt aliud, niſi emptorem facultatem ha-

C bere ſoluendi iuſtum pretium, & eam facultatem illi nõ eſſe auferendam, quod & nos fatemur. Sed non propterea efficitur, quin rei reſtitutio principaliter ſit in obligatione, vt loquuntur noſtri doctores.

Illud monendum eſſe iudico, quod Couar. probat, & Pinell. locis annotatis, & mihi æquiſſimum videtur, quicquid velit Ant. Gomeſ. emptorem conueniri poſſe, & compelli ad ſoluendum iuſtum pretium, licet res perierit, cum alteri eam ipſe vendidit, & ab emptore iuſtũ pretium accepit, tunc enim ſumma eſt ratio, cum ipſe emptor pretium habuerit, quaſi rem ipſam habere videatur.

CAPVT XIX.

De clauſula venditionis adiecta, & ſi quid pluris res valet, donat, Controuerſia aliquot.

D SI vendat quis minori pretio rem maioris pretij, ea clauſula adiecta: *Et ſi quid pluris valet, donat*, vtrum, ſi vltra dimidiam venditor lædatur, ad reſcindendũ contractum agere poſſit, controuerſia eſt. Imola enim, Ludouicus Romanus, & Aemilius Feretus in commen. l. ſi quis cum aliter, ff. de verb. oblig. Venditorem agere poſſe negant, quia cũ venditio minimè reſcindatur propter modicam læſionem, l. quiſquis, C. de reſcind. vend. talis clauſula operari debet, vt nec propter magnam læſionem reſcindatur, alioqui ſuperflua erit; Sed contrariam ſententiam amplexi ſunt Bar. Alex. & Iaſon, in d. l. ſi quis cum aliter, necnon in l.2. C. de reſcind. vend. vbi Hieron. Cagnol. nu.124. Pinell. in 1.p.c.2. num.20. Quibus & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex l. hæc adiectio: 192. ff. de verb. ſign. *Hæc adiectio*, inquit Vlpianus, *pluris ve, non infinitam pecuniam continet, ſed modicam duntaxat.* Itaque Clauſula illa: *Et ſi quid pluris valet, donat*, ita debet

intelli-

intelligi, ut locum habeat in modica quantitate, non autem in magna.

Nec ideirco ſuperflua reputanda eſt, quia operatur vt emptor minoris emens, quam ſit iuſta rei æſtimatio, non peccet. Quanquam tolerandum potius videretur, eam nihil operari, & ſuperfluam eſſe, quam vt venditor vltra dimidiam læderetur, argumento eorum, quæ notantur in l. vlt. §. in computatione, C. de iure liberandi, per Iaſonem, in l. iuſtitia, col. ult. ff de iuſt. & iure, & dominum Ioannem Cephalum, in conſ. 104. nu. 21. lib. 1.

Sed alia oritur controuerſia, circa hanc eandem clauſulam, in ratione, ac ſuppntatione fienda ipſius læſionis, Cum enim per eam clauſulam aliquid emptori donatum eſſe videatur, illud inprimis eſſe deducendum, eoque deducto, diiudicandum eſſe læſionem reſponderunt Alex. & Iaſon, in d. l. ſi quia cum aliter. nu. 17. ff. de verb. obl. & Cagnol. in l. 2. C. de reſciu. vend. nu. 129.

Cæterum, Pinellus in 5. parte, c. 2. nu. 21. poſt Alciatũ quem citat in d. l. hæc adiectio, contrarium reſpondit, nullam ſcilicet eſſe faciendam deductionem, quæ ſententia videtur mihi probabilior. Etenim argumenti vis in hac eſt poſita clauſula: *Si quid pluris valet, donat*, intelligitur de modica duntaxat quantitate, ergo vbi eſt immodica læſio, & ſupra dimidiam, illa clauſula nihil operatur, ſi nihil operatur, ergo nihil deduci debet.

B Sed & tertia oritur controuerſia. Eſt enim communis hæc Doctorum interpretatio, venditionem reſcindi nõ poſſe ex d. l. 2. quoties dicta clauſula pinguius ac magis generaliter concepta eſt, puta, ſi di atur: *Et ſi quid pluris valet totum illud, quantumcunque eſt donat & remittit emptori*. Ita Salic. & Caſt. in d. l. 2. Cagnol. ibidem, n. 130. Ale. in cõſ. 42. n. 7. lib. 1. Fel. in c. ſi cautio, n. 39. de fide inſtrumentorũ. Boerius alios cõmemorãs, deciſ. 142. n. 10.

Quorum fundamentum, illud eſt ſatis firmum, quod ea ſit natura ſermonis vniuerſalis, ut nihil excludat, ſed omnia comprehendat, l. Iulianus, de leg. 3. l. 1. §. generaliter, ff. de leg. præſtan. cum alijs ſimilibus.

C Cæterum, Pinell. in 2. parte, c. 2. nu. 22. contrarium docet eiuſdem ſententiæ authorem habens Petr. Rebuf. de reſciſſ. contract. glo. 15. nu. 20.

Mouetur inprimis ex l. 2. C. commu. de lega. vbi dicitur, leges verbis non eſſe impoſitas, ſed rebus. Reſpodeo. id concedo. Sed non verbis tantum, ſed rebus hæc ſententia conuenit, quia vniuerſalis oratio plura continet, quam particularis. Quare latum eſt diſcrimen inter hęc: *Si quid pluris valet dono*, & *ſi quid pluris valet, omne id, & totum quantumcunque, eſt dono*.

Secundo ita Pinell. argumentatur. Renunciatio generalis facta omni legum auxilio, & beneficio, non tollit auxilium, quod venditori competit ex d. l. 2. ex communi Doctorum ſententia, de qua per Tiraquel. ad l. ſi vnquã, nu. 123. C. de reuocan. don. ergo nec verba illa generalia id beneficium auferre poterunt. Reſpondeo. Generaliter renuncians omni legum auxilio, de tam immodica læſione cogitare non pręſumitur, propterea renunciatio ad eam ſpeciem non extenditur. Sed hic nominatim de læſione circa precium, is, qui vendit, cogitare vr̃, totumq; id, quod iuſto pretio deeſt, emptori donare. Quare hæc noſtra ſpecies, nil commune habet cum ſpecie diuerſa.

D Tertio Pinellus utitur argumento ex l. vlt. §. idem quęſitum, ff. de condict. indeb. vbi dicitur, generalem clauſulam, quæ pactionibus adijci ſolet. *Nullam controuerſiam facturum*, indebiti condictionem non auferre. Reſpondeo. Nihil obſtat. Quia ſi promittens, nõ præſumitur voluiſſe ſe obligare ad ſoluendum, quod non debebat, putabat enim ſe debitorem eſſe. At in ſpecie noſtra, venditor de læſione cogitat, ſe læſum eſſe non ignorat. Læſionem ipſam emptori remitit ac donat.

Quarto Pinellus dicit, nihil operari debere hoc in caſu verborum multiplicationem, ex l. pediculis, §. labeo ff. de auro & argen. leg. ibi. *Sed non mutant ſubſtantiam rerum non neceſſaria verborum multiplicatio*, &c. Reſpondeo, illum textum loqui, quoties unum, & idem exprimitur diuerſis verbis, idem ſignificantibus, vt in eo, qui teſtamento lanam ſcripſit, ac deinde verſicoloria, quaſi deſierit lana tincta, lana eſſe. At in ſpecie noſtra illa verba, *Omne & totum, quantumcumq; eſt donat*, generalia ſunt, & plura comprehendunt, quam ſimplex illa oratio, & ſi quid pluris valet, donat.

Quinto Pinellus adducit gloſſ. in l. 4. ff. de pignor. act. ad probandum. verborum geminationem, ſeu multiplicationem nihil operari. Reſpondeo, illam gloſſ. nil obſtare. Loquitur enim de interpellatione facta debitori, verbis geminatis, hoc modo. Solue, ſolue. Et ait, nihil operari magis quam ſimplicem interpellationẽ: Hoc non obſtat communi ſententię, quæ non docet, geminationem verborum hoc, efficere, puta, ſi bis dicatur, & ſi quid pluris valet, donat. Sed fundamẽtum ponit in oratione vniuerſali, cuius natura eſt, vt nil excludat, & conſequenter, neque læſionem vltra dimidiam.

Quarta eſt controuerſia, circa eandem Clauſulam, cũ eidem annectitur alia clauſula, ex certa, ſcientia, hoc modo. Venditor ex certa ſcientia, & nulla errore ductus, donat, ſi quid pluris res valet. Nam hoc in caſu ceſſare l. 2. exiſtimarunt ibid. Caſtr. Bal. & Salic. quaſi venditori ſciẽti, nulla fraus fiat, neque iniuria. Idem reſpõderunt Ale. in conſ. 42. nu. 7. lib. 1. Cur. ſen. in conſi. 49. nu. 75. & Boetius, deciſ. 142 nu. 10.

Cæterum, Cagnol. nu. 126. & Pinell. in 1. parte, c. 2. n. 13. contrarium docuerunt, quibus ego aſſentior, duabus potiſſimum rationibus.

Prima, quia lex 2. locum habet etiam in vẽditore ſciente rei venditæ æſtimationem, vt in ſeq. c. demõſtrabitur.

Altera eſt ratio, quia hęc clauſula nihil aliud ſignificat niſi vẽditorem ſcientiã habere, rem eſſe maioris æſtimationis. Sed non ſtatim ſequitur, eũ ſcire, rem uenditã eſſe dignã pretio ab emptore ſoluto, & altero tãto, & amplius atq. iſtud totum eum remittere ac donare velle emptori.

Maiorem habet difficultatem quinta & poſtrema, ex eadem ſpecie deſcendens controuerſia: an uidelicet inſinuatio requiratur, ſi fortè precij quantitas a uenditore donata, ſummam quingentorum aureorum excedat. Etenim, inſinuationem eſſe neceſſariam, affirmarunt Ancharanus & Imola, in c. penult. de emptio. & uendi. Alc. ad. l. 2. nu. 16 ff. de uerb. oblig. Alex. in l. ſi qui cum aliter, col. penul. ff. eo. tit. Calcaneus in conſ. 25. nu. 12. Marian. Socin. in conſ. 215. & alij, quos refert & ſequitur Tiraqu. ad l. ſi unquam in uerb. donatione largitus, num. 3. C. de reuocan. donat. & de retractu conſang. §. 1. gloſ. 18. n. 15.

Argumenta ſunt iſta. Primum ſumitur ex l. ſi quis donationis, ff. de contrahen. emptio. *Quoties vere*, ait Vlpianus, *donationis cauſa viliore pretio res diſtrahitur, dubium non eſt donationem valere. Hoc inter cæteros. Inter virum autem & vxorem, donationis cauſa facta venditio precio viliore, nullius momenti eſt*. Idem docet l. ſi ſponſus, §. circa, ff, de donat. inter virum & vxo. l. ſi vir vxori C. ad Velleianum, l. 1. §. ſi quis in fraudẽ. ff. ſi quid in fraudẽ patroni. Ex his legibus probatur, vẽditionẽ factam viliore precio donationis cauſa eſſe, veram donationem. Si vera donatio eſt, ergo nil proponitur, cur inſinuationẽ nõ requirat.

Secundum argumentũ donari vr̃ id, quod nullo iure cogente datur, l. 1. l. donari, ff. de donat. ſed in hac ſpecie is, qui donat id, quod pluris res valet, nullo iure cogente id facit, ſed ſpontè, quia non tenetur illud donare, ergo neceſſaria uidetur inſinuatio, ſicuti alijs donationibus.

Tertium argumentum. Hic venditor remitit ius emptori, quod ſibi competebat ad venditionem reſcindendam, vel ad iuſtum precium petendum, vt patet: ſed remiſſio debiti, ſeu renunciatio iuris competentis, donatio quædam iudicatur, l. in ædibus, ff. de donat. l. ſi mulier, ff. de condict. ob cauſam. Tiraquel. ad d. l. ſi unquam, in uerbo, largitius, n. 143. ergo inſinuatio requiritur vt in alijs donationibus, ut Tiraq. ibi. nu. 144.

Cæterum, inſinuationem nequaquam eſſe neceſſariã

reſpon-

reſponderunt Caldcrin. in conſ. 2. tit. de empt. & vendit. Bart. & Bal. in l. ſi tibi, ff. de pact. Fabian. de monte, de emption. & vendit. 8. q. princ. verſ. quarto quæro, & alij, quos refert & ſequitur Couar. lib. 2. variat. reſolut. cap. 4. numero 8.

Argumenta ſunt iſta. Præcipua contrahentium intentio inſpicienda eſt, & ab ea contractus denominandus, l. ſi quis nec cauſam, ff. ſi certum petatur, l. fundi partem ff. de contrahend. emption. ſed in hac ſpecie, præcipua intentio eſt vendendi, & emendi, ergo talis contractus venditio eſt, non autem donatio. Conſequenter, nec requiritur inſinuatio.

Secundo. Venditio rei viliore pretio facta, non eſt donatio, ſed damnoſus contractus, authore Baldo ad rubr. C. de contrah. empt. n. 11. Is enim, qui ita vendit non id agit donationis gratia, quia emptor forſan eſt extraneus, cum quo nulla amicitia, nulla neceſſitudo intercedit, & nulla etiam cauſa donandi. Ergo fruſtra diſputatur an requiratur inſinuatio.

Tertiò. Venditio facta viliore pretio, ita demum donationis naturam induit, ſi donandi cauſa manifeſta ſit, ideoq; inter virũ, & uxorẽ talis venditio valet, niſi in fraudem donationis facta ſit, l. ſi quis donationis, ff. de contrah. empt. l. ſi ſponſus, §. circa, ff. de donationib. inter virum, & vxorem, ergo inſinuatio non requiritur.

Quartò, ſi in contractu emptionis, & venditionis donationis titulus conſtituendus eſſet, maximè conſtituendus foret, vbi læſio non eſt vltra dimidiam, illa enim contractum non reſcindit: ſed in tali læſione donatio non præſumitur, ergo multo minus eſt præſumenda in læſione vltra dimidiam.

Donationem non præſumi in læſione citra dimidiam ex eo patet: quia ſi præſumeretur, hoc modo lædens, non peccaret, nec ad reſtitutionem teneretur, quod tamen falſum eſt, quia & peccat, & ad reſtitutionem tenetur ex communi ſententia Theologorum.

Poſtremò. ſi talis donatio, vera eſſet donatio, & inſinuationem exigeret, ſequeretur eam quoque reuocari propter ingratitudinem, iuxta l. vlt. C. de reuocand. don. item propter natiuitatem liberorum l. ſi vnquam, C. eo. item per querelam inofficioſæ donationis, iuxt. tit. C. de inoff. don. & alia id genus ſequerentur, quæ videntur eſſe noua, nec vllo modo vſu recepta.

Tertia eſt ſententia Pinell. in comment. d. l. 2. in 1. p. c. 2. nu. 24. inſinuationem eſſe neceſſariam, quando conſtat, certum aliquid deliberato animo remitti, quantitatem continens, in qua de iure requiritur inſinuatio. Si vero non conſtet de certa, & deliberata voluntate donãdi, non eſſe veram donationem, ac proinde, inſinuationem non eſſe neceſſariam.

Ego in hac re duo dico. Primò, ſententiam priorem frequentioribus Doctorum ſuffragijs receptam eſſe. Deinde, eam contrarijs argumentis non euerti; dato enim quod non ſit uera donatio, & propriè dicta negari tamen non poteſt, quin aliquo modo, ſaltem impropriè, donatio exiſtimanda ſit, argumento l. 1. ff. de donat. lex autem inſinuationem requirens, omnem comprehendit donationem, l. ſancimus, C. de donat.

Quare illud primum argumentum nihil obſtat, quo dicebatur, contrahentes non habuiſſe animum donandi. etenim id negari ſumma ratione poteſt, cum animus ex uerbis & factis detegatur. Hic vero, verba & facta donatione conueniant, reſpectu. ſ. maioris æſtimationis ac pretij, quod venditor emptori remittit ac donat.

Non obſtat etiam alterum argumentum, quia in propoſita ſpecie manifeſta eſt donandi cauſa. Venditor enim diſerte profitetur, ſe id, quod pluris res eſt, donare, ac proinde, venditio eſſe dicitur uiliore pretio facta, animo donandi, de qua Iuriſconſultus loquitur in l. ſi quis donationis, ff. de contrah. empt.

Quod uero dicebatur venditionem viliori pretio factam, non eſſe donationem, quia venditor donandi animum non habet perſonæ extraneæ, & nulla neceſſitudine coniunctæ, nihil mouet, quia in claris non eſt opus coniecturis, & cum in uerbis nulla eſt ambiguitas, non eſt facienda voluntatis quæſtio. Hic verſamur in claris, & verba donationem important.

Illud fateor, eam non procedere ex liberalitate, atque adeo non eſſe veram, & propriam donationem, ſed non propterea efficitur, quin requirat inſinuationem cũ lex inſinuationem requirens, omnẽ complectatur donationẽ.

Quartum vero argumentum nihil aliud probat, niſi donationem non eſſe præſumendam cum in uenditione læſio contingit. Quod & nos vltro fatemur, ideo enim contractus reſcindi poteſt, qui non reſcinderetur, ſi donatio eſſet præſumenda. Sed noſtra quæſtio verſatur in claris, cum videlicet is, qui vendit, apertè profitetur ſe donare quicquid vltra pretium conuentum ex iuſta rei æſtimatione deberetur.

Abſurda verò, quæ commemorantur in vltimo argumento, merito negari poſſunt. Quia ſi donationem hanc eſſe ſtatuimus, omnes leges, quę de donatione ſunt latæ, ad eam quoque producendę erunt, nec abſurdum erit reputandum, quod iuri conſentaneum eſſe videtur.

CAPVT XX.

Aliæ ſex Controuerſiæ ad eandem l. 2. C. de reſcind. vend. pertinentes.

SVnt & alię controuerſiæ ad eandem legem pertinentes, quarũ aliquas hic ſubijciemus. Prima. Vtrum agẽti ex dicta lege, exceptio, melioramentorũ ne nocant obijci poſſit, videlicet, vẽditorem audiendum non eſſe, niſi ſumptus neceſſarios, & emptori vtiles reſtituat. Et enim reſtituendos eſſe Bald. affirmat, in comment. d. l. 2. cuius ſententiam ſecuti ſunt Alex. ad Bart. in l. intra vtile, §. ult. ff. de minorib. Ant. Burg. in c. cum cauſa, de empt. & uend. nu. 56. Iaco. a S. Georgio, in l. ſi res, §. 1. ff. de iure dotium, Fabian. de Monte, de empt. & uendit. 8. q. prin. nu. 4. Boerius, deciſ. 47. nu. 8 Cagnol. ad d. l. 2. nu. 153. & eo loci Pinell. in 2. p. c. 3. nu. 1.

Fundamentum eſt in l. intra utile, 40. §. ult. ff. de minoribus, ubi dicitur, minorem reſtitutum aduerſus uenditionem prædij a curatoribus factam, ſumptus ab emptore factos in rem ipſam, reſtituere cogendum.

Sed contrarium docuit Salicetus ibidem, quam ſecutus eſt Pantaleon Cremenſis, & eius fundamentum eſt, quia emptor facultatem habet retinendi rem emptam ſ uenditori ſoluendi id, quod deeſt iuſto pretio. Quare ſi rem retinere nolit, cum poſſit, & iuſtum pretium ſupplere, non uidetur audiendus eſſe in exceptione melioratiorum & ſumptuum.

Sed mihi longè probabilior uidetur Baldi ſententia, quæ communis eſt, & multis alijs legibus iuuatur, quibus definitum eſt, bonæ fidei poſſeſſorem, ſumptus huiuſmodi deducere poſſe, l. domum, C. de rei vendic. l. in fundo, ff. eo. l. ſi prædium, C. de prędijs Minorum. Eſt autem hic emptor in bona fide, cum titulum habeat iuſtũ, l. bonæ fidei, ff. de verb. ſign. nec immoderata læſio facit, quo minus contractu a bona fide factus cenſeatur, ut patet ex l. ſi ſuperſtite, C. de dolo, vbi tranſactio bona fide facta dicitur licet immodicam læſionem contineret.

Nec obſtat argumentum Saliceti, quia is non facit iniuriam, nec in culpa eſſe dicitur, qui iure ſuo vtitur, emptor autem hoc iuris habet, vt vel retinere poſſit rem emptam, vel eam venditori reſtituere, iuſto pretio ei ſoluto, Si reſtituere maluerit, nihil proponitur, cur ſumptus repetere non poſſit a venditore, cum & a minore contractum reſcindente repetantur.

Altera eſt controuerſia, de venditione facta cum decreto iudicis, an reſcindi poſſit propter læſionem vltra dimidiam. Et quidem reſcindi nihilominus poſſe affirmarunt Imoleſ. & Alexand. ad l. ſi quis cum alter, ff. de verborum obligat. Panorm. in cap. cum cauſa, nume. 6.

de

de empt.& vend.& ibidem Ant.Burgos,num.27. Ang. Aret.in §.ſi quis agens, num.3. inſtit. de actionib. Pantaleon Cremen.ad d.l.2.num 108.& ibid.Cagn.nu.158. Iac.à S.Georgio,in l.pacta nouiſſima,nu 8.C.de pact.& ibid.Iaſon,num.9.Rebuff.de reſciſs.contract. artic.vnico,gloſ.15.nu.40.

Idem ſenſit Anto.Gomeſ.de cōtract.c.2.poſt nu.22. & nouiſsime eandem ſententiam ſecutus eſt Menoch. de pręſumpt.lib.2.præſumpt.75. nu.34.

Probatur hæc ſentētia primo,ex l.ſi quidem,C.de prędiis minorum,vbi dicitur, minorem aduerſus uenditionem eſſe reſtituendum, ſi fuerit læſus in pretio, licet cū decreto iudicis facta fuerit uenditio.

Secundo probatur hac ratione: Eccleſia vltra dimidiam læſa in contractu,actionem habet ad illum reſcindendum,vt patet ex c.cum dilecti,& ex c.cum cauſa, de empt.& vend.& tamen id intelligi oportet,de venditione facta,ſolemnibus iuris adhibitis,alioqui non ualeret, vt in toto ti. de rebus eccleſiæ nō alien. in extrauag. ambitioſæ, eod.tit.& alibi, ergo nihil prohibet, quo minus idem ſtatuendum ſit in aliis contractibus, etiam ſolemniter factis, & cum iudicis authoritate.

Tertio probatur, quia hoc operatur iudicis decretū, vt contractus præſumatur recte & rite celebratus: verum hæc præſumptio cedere debet ueritati; conſequenter ſi apparet de læſione & iniuſtitia, ceſſare debet illa pręſumptio, & decreti efficacia. Facit tex. in l.magis puto,§.penult.ff.de rebus eorum.late Menoc. de pręſump. lib.2.c.75. nu.32.

Cæterum contrariam ſententiam habuerunt Bart.& Io.de Platea,in l.1.C.de prędiis decurionum, lib.10.Caſtren. in comment.ad l.2.C.de reſcind.vend. nu.5.Ang. in conſ.142.circa fin.Socin.ſen.in conſi.57.col.vlt.lib.4. Dec.in conſi.210. poſt num.8.Corn.in conſi.56.lib.3.& alii quos refert Ant.Gabr.commun.concl.ti.de empt.& vend.concl.1.nu.57.

Fundamentum eſt in l.1. C.de prędiis decurionum, lib.10.& in ea iuris regula, quę docet, ubi iudicis decretum interuenit, omnia pręſumi ſolemniter acta, de qua regula vide Alc.de præſumpt.reg.3. præſumpt.10.

Sed nullius momenti eſſe uidentur hæc argumenta. Quamobrem priori ſententiæ adhęrendum eſſe iudico. Quod enim attinet ad d.l.1.hęc ſunt verba, (quod attinet ad rem noſtram) *Denique nihil erit poſtmodum*) ſcilicet decreto iudicis interueniente) *quo venditor, vel circumuentum ſe inſidiis: vel oppreſſum potentia comparatoris queri debeat, quandoquidem ſub fide actorum, & de neceſſitate diſtrahentis, & de voluntate paruerit comparantis.*

Hæc verba probant, venditorem allegare non poſſe hoc in caſu, ſe vel metu coactum, vel inſidiis emptoris circumuentum vendidiſſe. Sed nullum verbum de læſione vltra dimidiā, qđ ſcilicet de illa cōqueri nō poſſit.

Non obſtant uerba illa eiuſdem legis præcedentia. (*Ita enim fiet, vt nec immoderatus venditor, nec emptor, cuiuſcunque ſit conditionis, inueniatur iniuſtus.*) Quia ſenſus eſt, decurionem vendere non poſſe prædia abſque neceſſitate à iudice æſtimanda. Quod ſi forma hęc ſeruata ſit, *ſic eueniet*, inquit text. *vt nec immoderatus venditor inueniatur*, id eſt, qui ſine cauſa, & moderatione vendat, *& emptor non inueniatur iniuſtus*: id eſt qui uel potentia, vel inſidiis ad vēndendum inducat, vt ſtatim tex. ſubdit. Vel ſi ad omnem iniuſtitiam illa uerba referantur, ſenſus eſt, non facile repertum iri, qui quoquo modo venditorem decipiat, & minus iuſte contrahat, propter iudicis authoritatem, qui intercedit. Quod quidem & nos ſponte fatemur.

Sed iam quæſtio eſt, ſi & iudex, & contrahentes circumuenti ſint, fortè etiam per imprudētiam errauerint, ita vt uenditor in pretio ſuerit deceptus vltra dimidiā, an reſcindi contractus poſſit? Et reſcindi poſſe dicimus, quia manifeſtum eſt iudicis authoritatem parum in hoc profeciſſe. Nec textus ille hoc negat, licet multum iudi-

A cis authoritati tribuere videatur.

Quod vero attinet ad illam iuris regulam, præſumi omnia ſolemniter acta ex decreto iudicis, reſponſio patet ex præmiſſis, quoniam, (vt dictum eſt) una præſumptio tollit aliam, l.diuus, ff.de in integrum reſtit.& ueritati cedit omnis præſumptio. Vnde in propoſito textu in l.ſi quidem, C. de prædiis minorum. *Si vero*, inquit, *iure interpoſito decreto venditionem vili pretio eius poſſeſſionis, cuius vires ignorabat, fecit, iuxta perpetui edicti authoritatē in integrum reſtitutio, cauſa tamen cognita, prebetur.*

Tertia controuerſia eſt. Vbi inter emptorem & venditorem eſt conuentum, vt ſi vltra dimidiam læſio contigerit, iuſtum pretium ſuppleatur, an reſcindi cōtractus poſſit ex d.l.2.& reſcindi non poſſe, cenſuerunt Bald.ad tit. Qualiter dominus feudi proprietate priuetur. Aretin.& Alex.ad l.ſi quis cū aliter, col.pen. ff.de verb.oblig. quia prouiſio hominis, facit ceſſare prouiſionem legis, iuxta vulgare dictū, quod ſumitur ex l.vlt.C.de pact.conuent.

B Sed contraria ſentētia videtur mihi probabilior, quā ſecuti ſunt Iaſ.in l.2.C.de iure emphyt.num.143.& Cagnol.in d.l.2.C.de reſc.vend.nu.168.

Probatur hæc ſententia ex d.l.2. quæ generaliter loquitur. Nec obſtat regula, prouiſio hominis, &c. quia intelligitur, quādo prouiſio legis eſt ſpecialis, & contra iuris communis regulas, ſicuti declarant Bar. ad l.ſi cū dotem, ff.ſoluto matrim.& alii apud Gabr.in commu.cōcl. ti.de reg.iur.concl.8.nu.4. Sed in ſpecie noſtra legis prouiſio generalis eſt, & ex iure communi prouenit, vt paret, ergo ceſſat illa regula, & præualere debet ea ſententia, quæ iniuſtis contractibus & doloſis occurrit.

Quarto controuertitur, ſi emptor inuenerit theſaurū in re uendita, an uenditor vltra dimidiam læſus, agere poſſit, ita vt theſauri ratio habeatur, propter quē res procul dubio pluris æſtimanda eſt; & habendam eſſe rationem eiuſmodi theſauri, docuit Ludou Rom. ad l.ſi quis cum aliter, ff.de verb.obl.dicens, ſe ita ex facto reſpōdiſ-

C ſe, duabus rationibus: altera, quia in iudicanda læſione ratio habenda eſt æſtimationis rei, ſecundum tēpus contractus celebrati l.ſi volūtate, C.de reſcin. vend. licet occulta ſit huiuſmodi æſtimatio, & minimè patens, l.nō intelligitur, §.diui fratres, ff.de iure fiſci. Altera eſt ratio, quia cōtractus uenditionis et locationis ſunt ſimiles, l.2. ff.locati, ſed in locatione receptum eſt, vt penſio ſit angēda, ſi conductor maximum lucrum ſentiat, vt no.gl.in l. ſi merces, §.vis maior, ff.locati: ergo, & in uenditione idem ſtatuēdum eſt, vt ſi magnum lucrum emptor fecerit, theſauri inuentione, condemnandus ſit ad maius pretium ſoluendum.

Sed cōtrarium docent Franc.Aret. in d.l.ſi quis cum aliter, nu.8.& Cagn.in l.2.nu.171. C.de reſc. vend. quorum ſententiæ ego potius accedo: nam theſaurus à uēditore non poſſidebatur, cum ignoraret ubi eſſet, & omnino illum in poteſtate non haberet, l.3.§.Nerua & §.ſeq. ff.de acq.poſſ.ergo læſus in pretio dici non poteſt, quāuis

D pro theſauro, quem non poſſidebat, nihil acceperit.

Argumenta Romani nihil obſtāt: nam quod attinet ad primum, tex.in §.diui fratres, nihil aliud dicit, niſi iuſta rerum pretia ex præſenti æſtimatione conſtitui. Alterum autem argumentum de locatione, facilè cōfutatur. Quia etſi in conductore ita eſſet conſtitutum, id ſumma ratione factum eſſet, cum & in eo conductore conſulatur, ut nimirū propter ſterilitatem penſio ſit ei minuenda, iuxta l.ſi uno, ff.locati. at in emptore aliter eſt conſtitutum, quia perfecta emptione, omne commodum & incommodum ad eum ſpectat, l.neceſſario, ff.de periculo & commodo rei uenditę. Quare ſi theſaurum inuenerit (fortunæ donum iuriſc.appellat, in l.ſi is qui, ff.de acquir.rer.dom.) eius lucro id cedere debet ſecūdum iuris regulas, l.nunquā nuda, §.theſaurus, ff de acq.rer.dom. Franc. Connanus exiſtimat theſaurum diuidendū inter emptorem & uenditorē, ex æquitate, lib.3.comm.iuris, c.4.nu.4. ſed magis placet quod iam dixi.

Quintò controuertitur. Vtrum venditori ſcienti iuſtā rei æſtimationem, actio competat ad contractum reſcindendum, ſi vltra dimidiam læſus fuerit, & communis eſt ſententia non competere, quia ſcienti & conſentienti, non fit iniuria, neque dolus, c. ſcienti, de regul. iur. lib. 6. l. non videtur, ff. de reg. iur. l. 1. §. vſque adeo, ff. de iniurijs, l. venditor, C. de reſcind. vend. huc accedat à ſimili tex. in l. domum, ff. de cōtrah. empt. in illis verbis: *Simili quoque modo tractari oportet, vbi venditor quidem ſciebat emptor autem ignorabat: hic enim oportet & venditionem ſtare, & omne pretium ab emptore venditori, ſi non depenſum ſit, ſolui*. Ita docent omnes ferè interpretes in d. l. 2. C. de reſcin. vend. Bar. nu. 14. Bal. nu. 7. Salic. num. 11. Caſtren num. 7. Cagn. num. 124. alios commemorat Pinell. ibi, in par. 1. c. 1. num. 10. & vide Rolan. à Valle, conſil. 59. num. 10. lib. 1.

Sed contrarium docuit ibi Albericus, nu. 1x. & cum eo Pinel. loco nuperrimè citato, quorum ſententiam iure defendi poſſe fatetur Couar. lib. 2. variar. reſol. cap. 4. num. 2. quibus & ego magis aſſentior; nam illa diſtinctio ignorantis & ſcientis venditoris, lege nō probatur; & ſi talis diſtinctio adhibenda eſſet, non ita generaliter, ſed moderatione aliqua adiecta conſtitutum fuiſſet, vt hoc in caſu venditori actio competeret.

Huc accedat eandem æquitatis, ſiue humanitatis regulam vigere vtroque caſu, etſi enim venditor iuſtam æſtimationem rei ſuæ non ignorauerit, humanum tamē eſt, vt ei ſuccurratur, qui forte neceſſitate adductus vēdidit, aut aſtutia emptoris deceptus fuit. Denique vix vnquam locus eſſet legis beneficio, ſi venditori ſcientia noceret. Præſumitur enim ſcire rei ſuæ æſtimationem, argumento l. quiſquis, C. de reſcind. vend.

Reſpondent diuerſæ ſententiæ authores, errorem & ignorantiam eſſe præſumendam ex immodica læſione. At contra, rerum experientia comprobatur, faciliusquē errare in modico pretij exceſſu, quàm in magno, vt & Pinell. animaduertit.

Quod vero dicitur, ſcienti & conſentienti iniuriā non fieri, neque dolum, parum mouet: nam iſtud intelligitur quantum ad actionem iniuriarum, & actionem de dolo, quæ hoc in caſu ceſſant, ſed exinde non infertur, quin ex æquitate venditori læſo ſuccurrendum ſit, quē neceſſitas, vel alia cauſa coegit ad vendendum exiguo pretio, vt ſcilicet contractū reſcindere poſſit, aut iuſtum pretium conſequi.

Ad l. domum, ff. de contrah. empt. Pinell. reſpondet, ibi ſpecialiter ita fuiſſe conſtitutum, quia conſtitutio l. 2. non erat iuriſconſultis cognita. Adde, in ea ſpecie nullā fieri mentionem læſionis vltra dimidiam circa pretium. Ratio enim dubitandi erat, quod domus empta non extaret, ſed incendio conſumpta eſſet, licet area extaret. Reſpondit tamen iuriſconſultus, venditionem cōſiſtere, ſi emptor ſciebat combuſtam eſſe domum, nullam faciens de hac læſione mentionem. Quare ad hanc rem nō pertinet ille textus.

Sexta & poſtrema controuerſia eſt de renunciatione, an tollat actionem ex d. l. 2. Eſt autem duplex, altera generalis, cum ſcilicet venditor renunciat omni legum auxilio. Altera ſpecialis, cum renunciat læſioni vltra dimidiam, & actioni competenti ex d. l. 2. Generalem renunciationem nō obeſſe venditori, docet Couar. lib. 2. var. reſol. c. 4. Sed contrarium reſpondit Paul. Caſtr. in conſil. 337. lib. 2. & And. Siculus in conſi. 6. lib. 4. Specialem autem renunciationem obeſſe Bar. diſertè docuit, ad l. ſi quis cum aliter, circa fin. ff. de verb. obl. & alij, quos commemorat Couar. loco annotato, quibus addi poſſunt alij ab Ant. Gabr. citati, commu. concl. tit. de empt. & uēd. concl. 1. num. 92.

Cæterum, non obeſſe contendit Calcaneus in cōſ. 25. num. 27. ego uero in utroque caſu ſententiæ communi adhæreo, quam imprimis confirmabo, deinde argumenta contraria refutabo.

A Renunciationem generalem nō obeſſe uenditori, probari poteſt imprimis argumento petito ex l. ult. §. item quæſitum eſt, ff. de condict. indeb. in illis uerbis: *Item quæſitum eſt, an pactum quod in pactionibus ſcribi ſolet in hunc modum: Ex hoc contractu nullam inter ſe controuerſiam amplius eſſe, impediat repetitionem. Reſpondi nihil proponi, cur impediret*.

Deinde probari poteſt ex eo, quod habetur in l. hæc adiectio, ff. de uerb. ſignif. & ex l. ſi libertus, ff. de operis libertorum, quibus ex locis deducitur, uerba generalia ad modicam læſionem, nō autē ad magnā eſſe referenda.

Denique probari poteſt hoc argumento. In generali ſermone dolus non includitur, l. creditor, §. Lucius, ff. mādati, l. ſi pater, ff. quæ in fraud. credit. l. 1. in fi. ff. de doli mali exceptione. Sed ex læſione ultra dimidiam, dolus re ipſa probatur, l. ſi ſuperſtite. C. de dolo, l. ſi quis cum aliter, ff. de uerb. oblig. ergo in generali renunciatione non continetur.

B Contrariæ ſententiæ fundamentum eſt huiuſmodi. Generalis renunciatio refertur ad omnia, de quibus renuncians cogitauit, uel in genere, uel in ſpecie, l. qui iure militari, ff. de militari teſtamento, & tradit Bart. in l. ſub prætextu, C. de tranſact. ſed renuncians hoc in caſu, cogitare videtur, ſaltem in genere, de auxilio l. 2. ergo renunciatio ad eam quoque cauſam porrigenda eſt.

Reſpondeo: nego minorem, quia vt dictum eſt, oratio generalis illum caſum non comprehendit, quo dolus continetur. Nec cōtrarium probat tex. qui allegatur, aut Bartoli authoritas.

Porro ſpecialem renunciationem obeſſe renuncianti ex eo manifeſte probatur, quod iuri ſuo quilibet renunciare poteſt, l. penult. C. de pact. & renuncianti non datur amplius regreſſus, l. quæritur, §. ſi venditor, ff. de ædilit. edicto.

Primum argumentum contrariæ opinionis eſt huiuſmodi. Eadem facilitate, qua venditor vltra dimidiam iuſti pretij læditur, videtur etiam huiuſmodi læſioni renūciare, ergo talis renunciatio nocere non poteſt, ex traditis per Bal. in l. 2. nu. 7. C. de reſcind. vend. Reſpōdeo, nego antecedens; nec Baldi authoritas obſtat, quia ille loquitur de fœminis, minoribus, & ruſticis, qui facilius decipiuntur ignorātia, imprudentia, & animi fragilitate, quare, & iura promptiora ſunt in eis adiuuandis.

Secundum argumētum ſumitur à ſimili, ex eo nempe, quod dicitur, renunciationem exceptionis nō numeratæ pecuniæ incontinenti factā, non obſtare, vt notatur in l. ſi ex cautione, C. de non numerata pecunia. Reſpondeo, id merito ibi eſſe conſtitutum, quia ſub ſpe futuræ numerationis omnia fiunt, quæ ratio in præſenti allegari non poteſt.

Tertium argumentum ſumitur ex traditis à Ludouico Rom. in l. ſi quis cum aliter, ff. de verb. obl. ubi dicit, renūciationem exceptionis doli, aut ſimulationis, in inſtrumento ipſo contractus adiectam, renuncianti non

D obeſſe. Reſpondeo, illud ſpecialiter conſtitutum eſſe in odium doli & ſimulationis. Ratio eſt quantum ad doli exceptionem, quia præſumitur & in ea extorquenda dolus adhibitus. Quod vero attinet ad exceptionem ſimulationis, efficere non debet renunciatio, nec poteſt, vt id, quod vere actum non fuit, actum fuiſſe uideatur. Quæ quidem rationes ceſſant in præſenti.

Quartum argumentum eſt ex doctrina Bart. in l. vlt. §. item quæſitum, ff. de condict. indeb. vbi dicit; generalem renunciationem exceptionis doli, condictioni indebiti, &c. renuncianti non obeſſe, quin repetat indebitū ſolutum. Reſpondeo, Bartoli doctrinam lege non probari, quia textus in d. §. item quæſitum, de tali renunciatione non loquitur; ſed de pactione illa: *Nullam amplius inter ſe controuerſiam eſſe*, vt merito à Bartoli ſententia diſceſſerint Fulg. Aret. Imola, & Alex. quos commemorat Didac. Couar. loco annotato.

Quintum argumentū eſt ex eo, quod renunciationes eiuſ-

eiuſmodi contractibus, & inſtrumentis inferantur ple-
rumque ex ſtylo potius cõi Notariorum, quam ex mente
contrahentium. Reſpondeo; infirmum eſſe argumentũ,
quia ſæpè etiam adijciuntur, iuſſu & voluntate contra-
hentium, & Notariorum ſtylus pro locorum & prouin-
ciarum diuerſitate, varius, ac diuerſus eſſe conſueuit.

Poſtremum argumẽtum eſt ex l. doli, verſ. diuerſum
ff. de nouation. in illis verbis: *Diuerſum eſt in muliere,
quæ contra Senatuſconſultum promiſit. Nam & in ſecunda
promiſſione interceſſio eſt. Itemque eſt in minore, qui cir-
cumſcriptus delegatur, quia ſi nunc etiam minor eſt, rur-
ſus circumuenitur.* Reſpondeo, nec de his perſonis nos lo
qui, & ſpeciem eſſe longè differentem ab hac noſtra, vt
patet.

CAPVT XXI.

*Explicantur quatuor aliæ Controuerſiæ pertinentes ad
materiam, l. 2. C. de reſcind. vendit.*

SVnt & aliæ controuerſiæ ad hanc materiam pertinẽ
tes, quas tractabimus. Controuertitur enim, vtrum
l. 2. C. de reſcind. vend. locum habeat in liberatione
facta deteriori, ſi ex ea creditor vltra dimidiam læſus fue
rit. Nã locum non habere reſpondit Fab. de Monte, de
empt. & vend. q. 8. num. 10. poſt Bal. & Caſtr. quos citat,
quem tamen Caſtrenſem hoc dicentem non inueni; idẽ
reſpondit Cremenſis; ad d. l. 2. nu. 131. & Corn. conſ. 166.
num. 4. li. 1. ſed contrarium docuit Aret. ad l. ſi quis cum
aliter, nu. 8. ff. de verb. obl. & ante eum Rom. ibi. nu. 24.
Bar. in conſ. 90. necnon Cagnol. in d. l. 2. nu. 195.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in l. ſi intra, ff.
de pactis. ait Papin. *Si intra illum diem debiti partem mi
hi ſolueris, acceptum tibi reſiduum feram, ac te liberabo, li-
cet actionem non habeat, tamen exceptionem competere debi
tori conſtat.*

Fundamentum autem poſterioris ſententiæ poſitum
eſt in legibus, quibus paſſim ſuccurritur contrahentibus
dolo re ipſa adhibito, & perperam deceptis, iuxta l. ſi quis
cum aliter, ff. de verb. ob. l. maioribus, C. cõmunia vtriuſ
que iudicij, l. ſi ſuperſtite, C. de dolo, & ſimiles.

Ego verò tam creditori, quàm debitori grauiter dece-
pto ſubueniendum eſſe non dubito, ſed nequaquam ex
d. l. 2. quia illa lex loquitur in venditore, & actionem cõ-
cedit ad contractum reſcindendum, niſi iuſtum pretiũ
ab emptore ſuppleatur. Quę quidem conſtitutio ad libe
rationis actum, de quo agitur, inter creditorem & debi-
torem, haud facilè accommodari poteſt.

Quod vero iſtis ſic deceptis ſuccurrendum ſit aliquo
legis auxilio, demonſtrari poteſt argumento huiuſmodi.
Aut enim creditor vel debitor læſus eſt in calculo ratio-
num per errorem, & ſuccurritur eis ex l. 1. C. de errore
calculi. At per errorem debitor plus ſoluit, quam debe-
ret vel creditor plus remiſit, & datur repetitio, l. cuius
per errorem, ff. de regul. iur. l. ſi ſortem, §. ſi centum, ff. de
condict. indeb. Aut læſio cõtigit in æſtimatione rei in ſo
lutum datæ creditori, & actio datur, vt in l. ſi quis aliam,
46. ff. de ſolut. & in l. ſi res, §. 1. ff. de iure dotium, & l. ſi
non ſortem, §. ſi centum, ff. de condict. indeb. aut alia ex
cauſa deceptus eſt, & ſuccurrendum eſt ex legibus ſupe-
rius allegatis in huius ſententiæ fundamento.

Illud nihil mouet quod habetur ex l. ſi intra, ff. de pa-
ctis, quia in ea ſpecie creditor ſponte reſiduum crediti re
miſit, nec vllum verbum fit de læſione vltra dimidiam.

Amplius eſt controuerſia, an locus ſit d. l. 2. ſi vẽditio
facta ſit pręcedente ſubhaſtatione, & locũ non eſſe reſpõ
dit Ang. in l. 1. C. de præſc. 30. vel 40. annor. & in l. pretia
rerum, ff. ad leg. Falcid. Guido Papæ ſingu. 553. & deciſ.
22. in fi. Bal. in conſi. 513. iudex, lib. 5. Corn. in conſil. 56.
lib. 3. & alij, quos citat Gabr. commun. concl. tit. de emp.
& vend. concl. 1. nu. 61.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex. l. 1. C. de prædijs
A Decur. ſine decreto non alienandis, libr. 10. in illis verbis
Denique nihil erit poſtmodum, &c.

Secundum eſt huiuſmodi. Res tanti ualet, quanti ven
di poteſt, l. ſi mortis cauſa, 18. §. vlt. ff. de donat. cauſa mor.
ergo cum res publicè præcedente ſubhaſtatione diſtra-
hitur, locus eſſe non poteſt reſciſſioni contractus, quia
eo pretio vendita eſt, quo vendi potuit.

Tertium argumentum. Non licet emptori rei ex pu-
blica ſubhaſtatione a contractu recedere, ſub prætextu
lęſionis, l. a Diuo Pio, §. ſi pignora, ff. de re iudic. Igitur,
nec uenditori, vt ſit ęqualis vtriuſque conditio.

Sed contrarium docuerunt Paul. Caſtr. in d. l. 2. & ibi.
Cagn nu. 161 Pinel. in 2. par. nu. 25 Alex. in d. l. pretia re-
rum, & in conſ. 117. col. vlt. li. 7. Crauetta in conſ. 19. n. 4.

Et huic ſententię libentius accedo, tum, quia humani
tatis ratio viget in omni venditione, ſuadetque, vt uendi
tori grauiter læſo ſuccurratur. Tum, quia l. 2. generali-
ter loquitur & indiſtinctè, & ipſa venditio facta præcedẽ
B te ſubhaſtatione, reſciſſioni ſubiacet, dolo & fraude inter
ueniente, l. ſi quos, C. de reſcind. vend. quæ fraus videtur
eſſe. vbi tanta læſio interceſſit.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpõ-
deo, ex lege in argumento allata nil aliud euinci, niſi ven
ditorem allegare non poſſe, ſe metu coactum, aut inſi-
dijs adductum, vendidiſſe. Item, venditionem eo caſu fa
ctam præſumi ritè, rectè & iuſto pretio. Sed non inde ſe
quitur, quin contrarium probari poſſit, probataq; immò
dica læſione, præſumptio tollitur, veritas attenditur, ac
præfertur. Conſequenter venditori ſuccurritur.

Ad ſecundum reſpõdeo, rem tanti valere, quanti ven-
di poteſt, ceſſante omni dolo & fraude. Sed hic dolus re-
ipſa ineſt propter immoderatam læſionẽ. Quare illa bo-
na præſumptio, etiã corruit, quæ pro ſubhaſtatione facit.

Ad tertium reſpondeo, tex. allegatum loqui de credito
re, cui pignora debitoris adiudicantur, ſeu in ſolutũ dan-
tus. Is hoc auxilio deſtituitur, quia de reſiduo, quod ſibi
C debetur, pacto tranſegiſſe uidetur, ut inquit Iuriſconſul
tus in d § ſi pignora.

Tertia controuerſia eſt, vtrum in datione in ſolutum
locum habeat l. 2. C. de reſcind. vend. & locum habere
reſpõderunt. Io. Andr. ad Spec. ti. de iudicijs, §. ſequitur,
in addit. incipiente, ſequitur, in fin. Old. in conſ. 57. Imo,
in c. cum cauſa, de empt. & vend. col. vlt. Cur. iun. in con
ſil. 53. Iaſ. in conſ. 251. lib. 4. Mantua, in conſ. 70.

Contrariam uero ſententiam habuerũt Bald. in l. or-
do, C. de executione rei iudic. Soc. reg. 226. limit. 4. Ruy.
in conſ. 49. nu. 11. lib. 4.

Sed communis & vera ſententia eſt, diſtinguendum
eſſe, inter dationem in ſolutum extra iudicium factam a
debitore creditori, & dationem in ſolutum iudicialem,
cũ ſcilicet pignus creditori a iudice adiudicatur. In prio-
re locus eſt l. 2. in poſteriori nequaquam, ita Alex. ad l. ſi
quis cum aliter, nu. 18. ff. de uerb. obl. Fab. de monte, de
empt. & vend. q. 8. nu. 9. Anton. Burgos in c. cum cauſa,
D nu. 45. de empt. & uend. Pinel. in d. l. 2. in 1. par. c 4. n. 10
Quanquam ab his diſcedere videatur Cagn. ibid. n. 163.
poſt Claudium Aquenſem, quem citat.

Probatur hæc ſententia, quod attinet ad dationem in
ſolutum extra iudicium factam, quia talis in ſolutum da
tio, ſimilis eſſe dicitur venditioni, l. ſi prædium, C. de eui
ctionib. Si igitur in uenditione locum habet, locum ha-
bebit etiam in hac datione in ſolutum.

Quantum uero attinet ad iudicialem, probatur hoc
argumento, quia illa fit à Iudice, nõ à parte. Quare ſi ex
ea læſio inferatur & damnum, remedium datur ordina-
rium appellationis, ut in l ab executione, C. quorum ap-
pellationes non recipiantur.

Quod ſi creditor pignora accipere noluerit, & illis
contentus eſſe, nec reclamare, de cætero veluti pacto
tranſegiſſe uidetur, l. a Diuu Pio, §. ſi pignora, ff. de re
iudicata.

Nec obſtat ſi dicat, nõ interueniſſe hoc in caſu iudicis

ſententiam, ſed decretum quoddam ex officio iudicis, A
quod excludere non uidetur conſtitutionē d.l.2. ſicuti di
cebant Aquenſ. & Cagn. quia illi argumentātur a decre
to iudicis interpoſito in actu voluntariæ iuriſdictionis,
ad decretū in contentioſa iuriſdictione interpoſitum, à
quo appellari poſſe conſtat, ſi modus excedatur in exe-
quendo, vt in d.l.ab executione, quæ ratio non pertinet
ad ea, quæ inter volentes à iudice decernuntur.

Quarta eſt controuerſia, vtrum eadem lex locum ha-
beat, quoties contrahentium conſenſus eſt iteratus, at-
que, vt vocant, geminatus. Nam ceſſare hoc in caſu eius
legis conſtitutionem, reſponderunt Paul.Caſtr. in con-
ſil.386.col.2.lib.2. Panorm.in cōſ.70.in 2.dub.lib.1. Ae-
gidius Bellamera, in conſ.24.col.5. Dec.in conſi.216. Ru
beus Ale.133.& 139.& 167. Caſſaneus in Conſuet. Bur
gund.Rubr.7.§ 12.nu.37.verſ. Aduerte. Crauet.cōſ.151.
nu.31.& 32. Couar. ad c.quamuis, par.3. §.vlt. verſ.octa
ua concluſio. Manua, lib.1.locor.c.6.

Fundamētum autem eſt in pronunciatis quibuſdam B
generalibus, quę circumferuntur, magnā eſſe vim & ef-
ficaciam geminati conſenſus, multaq; operari, vt proin-
de non ſit mirum, ſi & iſtud operetur. Pronunciata de-
ducuntur ex l. baliſta, ff.ad Trebell. ex Auth. Siue à me,
C.ad Velleianum, & apud Fely. in c.ſi cautio, de fide in-
ſtrumentorum, apud Euerardum in Centuria legali, lo-
co à vi geminationis, & alibi paſſim apud doct.

Sed contraria ſententia videtur mihi longe probabi-
lior, quam ſecuti ſunt Soc.ſen.in conſi.85.nu.5.lib.1. De
cius in conſi.60.circa fin. Rom.in conſi.53. Corn.in con
ſil.11.& 140.lib.3. Boer.q.100.col.6. Caſſan. in conſ.21.
nu.16 Fabian.de empt.& vend.q.8. verſ. Tertio quęro,
Cagn.ad d.l.2.nu.71.& ibid. Pinel. in 1.par.c.1.nu.36.

Probatur hęc ſententia. Primò, quia l.2. non diſtin-
guit, immò, abſque dubio locum habet, etiam quādo pri
mò aliquis uendit, deinde ex interuallo tradit, quo caſu
uidetur eſſe duplex conſenſus in venditore.

Secundo probatur. Quia ſemper eadē ratio humanita C
tis & ęquitatis uiget, ſuadetq; vt uenditori ſuccurratur.

Tertio. Quoniam nihil aliud efficere poteſt conſenſus
ſępe præſtitus, niſi ut præſumatur maior deliberatio, ma
turiuſq; conſilium. Quę quidem præſumptio ceſſat ob
inſignem læſionem, ex qua conſtat venditorem deceptū
fuiſſe; immo vero talis conſenſus multiplicatio obſtare
non poteſt, licet dixerimus, eā habere uim renunciatio-
nis dictæ l.2. ſiquidē, vt ſuperius probauimus, generalis
renunciatio non facit, quo minus cōpetat actio ex d.l.2.

Quæ reſponſio valet ad omnes regulas, quæ afferun-
tur de ui & efficacia geminationis.

Sanè afferri ſolet pro contraria ſententia Bart. doctri-
na ad l. Iulianus, §.ſi quis colludente, ff.de empt. Sed
nihil obſtat. Loquitur Bar. de contractu celebrato cum
procuratore colludente, & ait agi poſſe, vt dominus ap-
probet, vel reprobet contractum, ſi approbetur, ceſſare
docet in integrum reſtitutionem. Rectè. Sed nō ad rem
noſtram, neque enim nos verſamur in ea ſpecie, qua uen D
ditori grauiter decepto illa detur optio, vt uel contractū
approbet, vel propter læſionem reſcindat, ita vt ſi appro-
bauerit, adhuc contendamus locum eſſe reſciſſioni. De
hac ſpecie noſtra non eſt diſputatio. Vnde Bartoli doctri
na nihil obſtat, quæ in dubium reuocari etiam poteſt, ex
traditis per Pinel. ad l.1.in 3.par.nu.36. C.de bonis mat.

CAPVT XXII.

Quatuor aliæ Controuerſiæ proponuntur in eadem materia.

NOn deſunt & aliæ controuerſiæ de eadē materia,
quas ordine tractabimus. Et inprimis illa occur-
rit, an poſt tempus locationis expletum, ſi cōdu-
ctor ſe grauiter & vltra dimidiam læſum animaduertat,
an ad inſtar eius beneficij, quod venditoribus eſt cōceſ-
ſum, iuuari poſſit in eo, vt iuſtam tantum penſionem lo-

A catori præſtare cogatur, vel ſolutam repetere, quatenus
iuſtam quantitatem excedit.

Decius in conſi.583 col. vlt. reſpondit, conductori nō
eſſe ſuccurrendum, quoniam conſtitutio d.l.2. ad eam
ſpeciem adaptari non poteſt, in qua contractus eſt iā per
ſe reſciſſus & finitus.

Contrarium docuit Pinel. in d.l.2. in par.1.cap.3. poſt
nu.18. & huic ſententiæ promptius accedo, exiſtimoq;
pro conductore ſic læſo, ſummam ęquitatem pugnare,
vt adiuuetur ex iis legibus, quibus paſſim contrahenti-
bus grauiter deceptis ac læſis ſuccurritur, l. ſi ſuperſtite,
C.de dolo, l.ſi quis cum aliter, ff.de verb.obl.

Huc accedat quod inter omnes conuenit, eam conſti
tutionem d.l.2 ad contractum locationis extendi, vt per
Alex. in conſ.107.nu.20.lib.3. Cagn. in d.l.2.num.58.&
vſ facere tex.in l.1.§ ſed ſi emerit, in fi. ff ſi quid in fraud.
patr. ex quo idem colligit Robertus lib.2. animad. c.14.

Non obſtat illa ratio, quod verba dictę legis in hac ſpe
B cie non conueniant, neque enim cōtendimus eius ſolius
legis opem implorandam, ſed ex æquitatis ratione, qua
illa lex nititur, & id genus aliæ, probamus ſubueniendū
eſſe conductori, nec immoderatum lucrum locatoris to
lerandum eſſe defendimus.

Sed maior eſt difficultas, vtrum in emphyteutico con
tractu, idē iuris ſtatuendū ſit, vt nempe domino, vel em
phyteutę vltra dimidiam læſis, ac deceptis ſuccurratur.

Triplex eſt doctorum ſententia; prima eſt, eam legem
locum habere in cōtractu emphyteutico. Authores ſunt
Spec. ti.de locato.§ nunc aliqua, q.90. Bart.ad d.l.2 nu.6.
& ibi etiam Bal. Caſtr.nu.14 Salic.nu.8. idem Bar.in Au
thent. qui rem, in fi. C.de ſacroſanctis eccleſiis, & in cō-
ſil.387.lib.2. Panorm. in c.cum cauſa, nu.8. de empt. &
vend. Roman. in l.ſi quis cum aliter, num.19. ff.de verb.
oblig. Papienſis in forma libelli ad ficti præſtationem, in
fi. petit. Rebuff. de reſciſſ. contract. artic. unico. gloſ.15.
nu.112. Fab. de Monte, de empt.& vend.q.8.num.14. Pi
C nell. ad d.l.2.C.de reſcind.vend.par.1.c.3. poſt nu.35. &
ibid. Cremenſis, nu.38.

Fundamentum huius ſententię potiſſimū ſtat in eo, quod
ex cōi doctorum ſententia conſtitutio d.l.2. porrigatur
etiam ad contractum locationis, cui affinis eſt emphy-
teuticus contractus, vt in § adeo, in Inſtit. de locato.

Secunda eſt ſententia, non eſſe locū dictæ l.2. in con-
tractu emphyteutico, ita Spec. ſibi contrarius, ti.de feud.
§.nunc uidendum. Bal. ad Rubr. C.de iure emphyteuti-
co, col. vlt. Iaſ.ad l.1.nu.75. C.eo.tit.

Huius ſententię fundamentum eſt, quia emphyteuta
canonem præſtare tenetur domino, licet res emphyteu-
tica ex parte perierit, vt in l.1. C.de iure emphyt. Quare
dñs conqueri non debet ob eam cauſam, quod modica
ſit penſio quę pręſtatur pro re in emphyteuſim data, cū
emphyteuta dicto ſubiaceat periculo, & ſic contractum
ſub prætextu læſionis reſcindere non poteſt.

Tertia eſt opinio diſtinguentium in hunc modū, vt
D in hoc contractu emphyteutico locus ſit cōſtitutioni d.
l.2. conſiderata ęſtimatione rei in emphyteuſim datę, nō
abſolute, ſed reſpectu iuris emphyteutici. Neque enim
dominiū rei in emphyteutam transfertur, quare nec in
læſione cognoſcenda in æſtimationem venire debet, ſed
duntaxat dominium quod vocant vtile, ita poſt Imolā,
& Butrium tradit Cepolla, de ſimulatione contract. in
primo caſu. Sequitur Ant. Gabr. commun. concluſ. titu.
de empt.& vend. concl.5. num.77.

Sed hæc ſententia eadem eſſe mihi videtur cum prio-
re. Inter omnes enim conuenit ita rationem eſſe ineun-
dam, cum de læſione agitur in hoc contractu, vt non iu-
ſta rei æſtimatio in quæſtionem deducatur, ſed duntaxat
iuris emphyteutici ratio habenda ſit. Quare hæc ſenten-
tia non uidetur, eſſe diſtinguenda à priore.

Eſt igitur tertia ſententia verè diſtincta & differēs ab
aliis, Antonij Burgenſis, in c.cum cauſa, nume.53.& 54.
de empt.& uend. Aut emphyteuta præſtare tenetur do-

mino

mino rei penſionem magnam, fructibus percipiendis reſpondentem, & ferè æquiualentem, & tunc quoniam ad inſtar conductoris eſſe videtur, beneficium habet d. l. 2. ſicuti cæteri conductores habent: aut exigua quædã penſio præſtatur, vt plerumque fit, in cognitionem domini, & tunc quia res in emphyteuſim datur ſterilis, plerumque, vt melior reddatur, de læſione tractare non debet, nec poteſt ea parte domini, nec ea parte emphyteutæ. Eandem ſententiam ſecutus eſt Cagn. in d. l. 2. nu. 203. & ſeq. quibuſdam alijs caſibus adiectis.

Ego in eam ſententiam ſum proclinior, vt aliquo pacto ſubueniendum ſit emphyteutæ, vel domino, ſi grauiter, & immoderate in emphyteuſi danda, uel ſubeunda læſi fuerint ac decepti, ratione uidelicet habita æſtimationis iuris emphyteutici.

Moueor ex legibus ſæpè allegatis, quibus cauetur ſuccurrendum eſſe contrahentibus grauiter læſis ac deceptis, l. ſi ſuperſtite, C. de dolo, l. maioribus, C. commu. vtriuſque iudicij, l. ſi quis cum aliter, ff. de verb. obl.

Non obſtat argumentum contrariæ ſententiæ, quoniam dum de læſione agimus, illud ſemper intelligimus, vt ratio habenda ſit contractus emphyteutici, & omniũ circunſtantiarum eius. Quamobrem in læſione ſtatuenda, omnis periculi, quod imminet emphyteutæ, ratio procul dubio habenda erit. Quæ reſponſio valet ad illud ẽt argumentum, quo dicebatur, de læſione tractari nõ poſſe, quoties res ſterilis ad meliorandum in emphyteuſin conceditur pro exigua quadam penſione præſtanda quodammodo in recognitionem dominij. Nam ſi ratione habita ſterilitatis, reliquarumque circunſtantiarum memoratarũ læſio grauiſſima apparebit, adhuc contendam immodicè læſis ac deceptis eſſe ſuccurrendum.

Neque huic ſententiæ obſtat, ſi dicatur, argumentum ſæpè ſumi a feudo ad emphyteuſin; ex communi vero Doctorum ſententia conſtitutum eſſe, vt in contractu feudali nulla ſit læſionis huiuſmodi habenda ratio, teſte Cagnolo, in d. l. 2. num. 207. & Pinello ibid. in 1. par. c. 4. numer. 2. quoniam feudum propriè non eſt contractus, ſed beneficium meritò hæc læſionis diſputatio ab eo lõgè aliena eſſe debet, immo & in feudis contractus naturam induentibus, & propriam naturam non ſeruantibus, in quibus annuus canon præſtari debet, fructib. conueniens, receptum eſſe videtur, vt hic tractatus læſionis locum ſibi uindicet, ſicuti copioſè explicant Cagn. & Pinell. locis annotatis.

Tertia eſt controuerſia, vtrum in permutatione beneficiorum Eccleſiaſticorũ locus ſit conſtitutioni dictæ l. 2. Et locum non eſſe dixerunt Dec. in conſil. 210. Prob ad Io. Monachũ in c. vlt. de renunciationibus li. 6. Anch. in c. cum cauſa, nu. 12. de empt. & vend. Imola ibid. nu. 24. Bal. ad d. l. 2. Cremenſis ibi. Petrus Rebuff. de reſciſſ. contract. glo. 15. nu. 10. Couar. lib. 1. variar. reſol. c. 5. nu. 3. & poſt nu. 8. verſ. Vltima ratio.

Argumenta ſunt iſta. Primum in beneficijs eccleſiaſticis, qui permutat, titulum habet à Pontifice, non autẽ ab eo, cum quo permutat, neque enim fieri poteſt eccleſiaſticorum beneficiorum permutatio, ſine conſenſu Pontificis. Ergo in ea locum habere non poteſt conſtitutio d. l. 2. quæ loquitur de contrahẽte, qui ab altero contrahente læditur ac decipitur.

Secundo, conſtitutio d. l. 2. & ſimilium de ijs rebus loquitur, quæ pretio æſtimantur, ut patet. Sed beneficia eccleſiaſtica quæ diuinis vſibus inſeruire debent, pretio nũmario æſtimanda non eſſe videntur, ergo ceſſat in illis conſtitutio d. l. 2.

Tertio. Non poteſt is, qui lædit alterum, permutando beneficium eccleſiaſticum, id ſupplere, quod deeſt iuſto pretio, quia incurreret crimen Simoniæ: vt notum eſt, ergo ad hunc caſum aptari non poteſt dicta conſtitutio.

Quarto, in huiuſmodi rebus ſpiritualibus ratio duntaxat habenda eſſe videtur, vtilitatis animarum, non autem commodi pecuniarij, vt meritò reſponderunt Rotæ A Romanæ auditores, deciſ. 129. in antiquis, beneficiorũ permutationẽ non vitari, eam ob cauſam, quod unum ſit maioris æſtimationis altero. Conſequenter omnis iſthæc diſputatio, qui in æſtimatione & commodo pecuniario verſatur, ab hac ſpecie procul remouenda eſſe videtur.

Contrariam opinionem ſecuti ſunt Cald. in conſ. 4. ti. de rerum permut. Ant. Burgos. in c. cum cauſa, nu. 60. de empt. & vend. Pinellus, in d. l. 2. in 1. par. c. 3. nu. 16.

Iſtorum argumenta ſunt iſta. Primum ex c. cum vniuerſorum, de rerum permut. in illis verbis. *Cum igitur deceptis, & non decipientibus iura ſubueniant*, &c. Et rurſus ibi: *Mandamus, quatenus ſi conſtiterit prætaxatum G. taliter fuiſſe deceptum, amoto a præbenda ſua conſanguineo ipſius*, &c.

Secundum argumentum eſt ex c. ad quæſtiones, eod. tit. vbi S. Pontifex conſentit, vt in permutatione rerum eccleſiaſticarum aliquid pecuniæ ex vna parte ſoluatur, quo magis contractus ad æqualitatem perducatur. Ex B quo ſumi poteſt argumentum, idem iuris eſſe concedendum, ſi ex permutatione grauis aliqua læſio emerſerit.

Tertium argumentum eſt ex eo, quod in permutatione beneficiorum eccleſiaſticorum, ius temporale ſeparari poteſt a iure ſpirituali, quatenus ſcilicet bona ipſa, & eorum fructus æſtimãtur. Quare cũ in alijs rebus temporalibus contractus, ex quibus inſigniter quis læditur, vel retractentur, vel ad æqualitatem reducantur, nihil proponi poſſe videtur, cur & in hac ſpecie idem omnino ſtatuendum non ſit.

Tertia eſt ſententia Hieronymi Cagnoli in d. l. 2. poſt nu. 57. diſtinguẽtis in hunc modũ. Quandoque permutatio beneficiorũ fit, nulla mentione facta redituum ipſorũ beneficiorum, & tunc læſus contractũ reſcindere non poteſt. Quandoque redituum fit mentio, ſed falſa, & tũc aditus reſciſſioni patet. Quandoque prætextu læſionis cõtractus reſciſſio poſtulatur ab Eccleſia damnum paſſa, & reſciſſioni locus eſt. Quandoque læſio ex ea contingit, quod C alter ex contrahentibus nullum ius habuit in beneficio permutato, & tunc permutatio retractatur, vt in c. cum vniuerſorum, de rerum permutatione.

Ego hac in re tres pono aſſertiones, ſeu concluſiones. Prima eſt, ſi quæratur an in huiuſmodi ſpecie locus ſit conſtitutioni d. l. 2. ita videlicet, vt propter læſionem vltra dimidiam contractus reſcindi poſſit, aut iuſtum pretium ſuppleri debeat. Reſpondendum eſt, locum non eſſe, quia pretium iuſtum suppleri non poteſt abſque uitio Simoniæ, quæ committitur, quoties pecunia datur pro rebus eccleſiaſticis & ſpiritualibus, c. cum eſſent, c. quereſam, c. ex diligenti, de Simonia, c. conſtitutus, de tranſactionib. cum alijs vulgaribus. Et probat optimè Couar. li. 1. variar. reſol. c. 5. poſt nu. 8. verſ. vltima ratio, ubi etiã optimè reſpondet ad tex. in c. ad quæſtiones, de rer. permut. dicens, eam deciſionem tractare de permutatione Eccleſiarum, quoad earũ bona tẽporalia, non quoad titulum, iurave ſpiritualia, ut patet ibi: *Et in permutatione* D *poſſeſſionum*. &c. Quo fit, ut de permutatione ageretur poſſeſſionum eccleſiaſticarum, ſimpliciter locus eſſe poſſet ſupplemento iuſti pretij, & conſequenter reſciſſioni contractus, ex d. l. 2.

Secunda concluſio, ſi in permutatione dolus vel fraus intercedat, exempli gratia, ſi quãtitas reddituum expreſſa fuerit falſo & doloſè, locus erit contractus reſciſſioni ac retractationi. Probatur hæc ſententia argumento ſumpto ex d. c. vniuerſorum, de rerum permutatione.

Tertia concluſio ſi id eiuſmodi permutatione eccleſiaſticorum beneficiorum, dolus re ipſa fuerit adhibitus quia ſcilicet alter contrahentium inſigniter ſit læſus ac deceptus, iudicis Eccleſiaſtici officio incumbet proſpicere, vt damnum paſſo ſuccurratur; cum inter omnes conueniat, eiuſmodi contractus eccleſiaſticarum rerum bona fide exuberare oportere, c. per tuas, de donationibus, & deceptis ſubueniendum eſſe doceat S. Pontifex in d. c. cum vniuerſorum.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpódeo, non eſſe bonam conſequentiam; permutatio fieri non poteſt abſque S. Pontificis authoritate. Ergo permutanti decepto ſubueniendum non eſt. Hanc conſequentiam deſtruit tex. in c. cum uniuerſorum, de rerum permutatione.

Quod attinet ad ſecundum argumentum, fateor res ſpirituales pretio nummario æſtimandas non eſſe, ſed hic agimus de rebus Eccleſiaſticis, quatenus tẽporales reditus ex eis percipiũtur, qui procul dubio pecunia æſtimantur, quod quidem ius temporale ſeparari facilè poteſt à iure ſpirituali, ſicuti dicebant Anton. Burg. & Pinell. locis annotatis.

Ad tertium, concedo totum argumentum, quia nos quoque dicimus ad hanc ſpeciem non pertinere conſtitutionem d. l. 2. ſed contendimus alijs iuris remedijs ſuccurrendum eſſe decepto.

Vltimum argumentum nihil obſtat, quia, ut iam dictum eſt in propoſita quæſtione, ſpectamus bona & iura temporalia, non aũt ſpiritualem profectum animarum.

Quartò controuertitur. Vtrum conſtitutio d. l. 2. porrigenda ſit ad omnes contractus ſtricti iuris. Nam ad cõtractus bonæ fidei propter eandem æquitatis rationem corrigendam eſſe inter omnes conuenit, ſicuti declarat Pinel. ibi, in 1. par. c. 3. in prin. Vide l. maioribus, C. cõm. vtriuſque iud. & Cuiac. lib. 13. Obſeru. 24.

Sunt igitur qui exiſtiment, eam legem porrigendam non eſſe ad cõtractus ſtricti iuris, ita Iaſ. poſt alios quos adducit ad l. ſi quis cũ aliter, nu. 18. ff. de verb. obl. & ante eum Caſtren. conſ. 386. col. 2. lib. 2.

Alij dixerunt locum eſſe in contractibus ſtricti iuris, condictione indebiti, ad repetendum id quod datũ eſt; Vel ſi læſus ac deceptus conueniatur, locum eſſe exceptioni ex conſtitutione d. l. ſi quis cum aliter. Ita Alexan. ibi, necnon Bar. Bald. Caſtrenſ. & Salicet. in d. l. 2. C. de reſcind. vend. Ant. Burgos, in c. cum cauſa, nu. 15. de emptio. & vendit.

Alij deceptũ agere poſſe dicunt ad pretij iuſti ſupplementum, non autem ad contractus reſciſſionem. Ita Cagnol. in d. l. 2. nu. 67.

Alij competere læſo beneficium d. l. 2. reſponderunt, ita Pinell. in d. l. 2. in 1. par. c. 3. nu. 7. 8. & 9.

Ego & probabiliorem & communiorem eorum ſententiam eſſe iudico, qui in contractibus ſtricti iuris exceptionem ultra dimidiam decepto, vel indebiti condictionem concedendam eſſe affirmarunt. Nam quod attinet ad exceptionem, illam eſſe damnum paſſo tribuendam, probat euidenter tex. in d. l. ſi quis cum aliter.

Quod uero danda ſit etiam indebiti condictio, probatur hoc argumento: qui exceptione perpetua tutus, ſoluit per errorem, ſolutum condicere, ac repetere poteſt, l. qui exceptionem, ff. de condic. indeb. ſed hic deceptus tutus erat exceptione, & per errorem ſoluit, ergo indebiti condictionem habet.

Illa minor propoſitio probatur: nam quod exceptione perpetua tutus eſſet, tam grauiter læſus ac deceptus, probatur ex d. l. ſi quis cum aliter. Quod vero per errorem ſoluerit, iuris præſumptione, probatur. Etenim, error potius præſumendus eſt, quàm donatio, l. cum de indebito, ff. de probationibus præſertim, vbi tanta læſio intercedit, ſicut notatur in l. quiſquis, C. de reſcind. vend.

Reſpondet Pinell. non bene ad hanc rem applicari l. Qui exceptionem, ff. de cõdic. indeb. quia illa lex loquitur, quoties exceptio competit ab initio contractus. In ſpecie autem noſtra, hæc exceptio non cõpetit ab initio contractus, quia contractus nullum euidens uitiũ continet, & læſio probanda eſt per multa extrinſeca media.

Non obſtat hæc reſponſio, quoniam & in quæſtione propoſita exceptio competit ab initio cõtractus, propter læſionem & dolum re ipſa adhibitum, ut patet ex d. l. ſi quis cum aliter.

Nec obſtat quod contractus ſuam habeat formam, &

A nullum patens uitium, quia ſufficit in ipſo contractu læſionem interceſſiſſe, eamq; poſtea probari. Neque enim probatio facit, vt læſio interceſſerit, ſed, vt detegatur, eã in ipſo cõtractu interceſſiſſe. Nec uero neceſſe eſt, vt manifeſta ſit exceptio ex uitio manifeſto exorta, vt locus ſit conſtitutioni, d. l. qui exceptionem.

Porro, non obſtat argumentum Pinelli, ad probandũ in propoſita quæſtione locum habere conſtitutionem d. l. 2. ſumitur enim ex l. in omnibus negocijs, ff. de act. & oblig. Nihil enim aliud volt illa lex, niſi in omnibus negotijs contrahendis, ſiue bonæ fidei ſint, ſiue non, errorẽ interuenientem efficere vt nihil ualeat quod actum eſt, cum ſcilicet alter ex contrahentibus unum ſenſit, alter vero aliud diuerſum. At nos minimè verſamur in hac ſpecie. Agimus enim de contractibus mutuo conſenſu celebratis, in quibus nullus error circa rem, vel materiã intercedit, ſed dolus duntaxat reipſa, læſio, ac deceptio.

B

CAPVT XXIII.

Reſciſſa venditione ex remedio l. 2. C. de reſcind. vend. an reſoluatur hypotheca medio tempore contracta.

CElebris eſt controuerſia inter Bart. & Bald. vtrum hypotheca reſoluatur venditione reſoluta, ex conſtitutione l. 2. C. de reſcin. vendit. Barto. enim non ſolui exiſtimauit in l. ſi res, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca ſoluatur, & in l. 4. §. ſed Marcellus, ff. de in diẽ addictione, & in l. in diem, ff. de aqua pluuia arcen. Sed contrarium docuit Bald. in d. l. 2. nu. 17.

A Bartoli ſententia ſunt Io. And. in additione ad Specul. Rubr. de oblig. & ſol. col. 2. verſ. Propoſito congruit. Alber. in d. l. 2. col. 4. Anchar. in cap. acceſſorium, col. 10. verſ. Prædictis applico quæſtionem, de reg. iur. lib. 6. Alexand. in conſi. 45. col. 2. verſ. Ad quod pluribus, lib. 5. Cumanus, in d. l. in diẽ ff. de aqua pluuia arcen. Rom. ibid.
C Fulgoſ. in l. ſi res, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca ſoluatur. Boerius deciſ. 181. nu. 10. Coraſius, ad l. 3. ff. de ſeruitutibus.

Argumenta uero ſunt iſta. Quoties contractus reſoluitur non neceſſitate quadam, ſed uoluntate emptoris, hypotheca conſtituta nõ reſoluitur, l. ſi res, ff. quib. mod. pign. vel hypothec. ſoluatur, l. bouem, §. pignus, ff. de ædil. edicto. Sed hoc in caſu emptoris uoluntate reſoluitur. ergo, &c. Probatur minor: quia emptor poteſt rem retinere, venditori ſoluendo id, quod iuſto pretio deeſt.

Secundo. Ius hypothecæ, quod creditori competit in re vendita, fortius eſſe uidetur, ac potentius iure perſonali, quod uidelicet uenditor habet in perſonam emptoris, ut condictione ex d. l. 2. eum compellere poſſit ad rẽ reſtituendam. Nam plus cautionis eſt in re, quam in perſona, l. plus cautionis, de reg. iur. ergo non ſi reſcindatur contractus, & res uẽditori reſtituatur, idcirco hypotheca reſoluitur.

D Huc accedat, quod venditor poteſt rem diſtrahere, & contra tertium poſſeſſorem actio non competit ex d. l. 2. ergo idem iuris eſſe uidetur, vbi emptor alteri rem obligauerit.

A ſententia uero Baldi ſunt. Salicet. in d. l. 2. q. 15. Caſtrenſ. ibid. nu. 11. Alex. ad Bart. in d. l. ſi res, Cremenſis, in d. l. 2. nu. 189. Cagn. ibid. nu. 120. & in l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. nu. 199. Alciatus in l. debitori, num. 2. C. de pact. Neguſantius de pignor. 1. membro, 5. par. nu. 43. Pariſien. in conſuet. Pariſ. §. 22. num. 45. Tiraquel. de retractu conuent. §. 3. glo. 1. num. 12 & ad l. ſi unquam, in verbo, reuertatur, num. 271. C. de reuocand. donat. Socin. iun. in conſi. 119. nu. 16. lib. 2. Pinell. in d. l. 2. parte 2. num. 13.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. lex vectigali, ff. de pignor. in illis uerbis: *Reſpondit, ſi (vt proponeretur) vectigali non ſoluto, iure ſuo dominus vſus eſſet, etiam pignoris ius euaniſſe.*

Reſpondet Bart. in ea ſpecie voluntatem nõ interceſſiſſe poſſeſſoris fundi, quia vectigal non ſoluit, ſcilicet ad id ordinata, vt fundus ad dominum rediret, propterea cõtractu reſoluto, pignus etiam euaneſcit. At in caſu noſtro, vẽditio reſoluitur ex voluntate emptoris ad ipſum ordinata, quia poteſt ſoluendo id, quod deeſt iuſto pretio, rem retinere.

Hæc reſponſio mihi non probatur; quia emptor non videtur ſponte id facere, fundum enim venditori reſtituit, atque adeo contractum reſcindi permittit inuitus, ne cogatur ſupplere iuſtum pretium.

Secundum argumentum. Reſoluto contractu ex pacto addictionis in diem, hypotheca reſoluitur, l. 4. §. ſed Marcellus, ff. de in diem addictione, l. 3. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluatur. Ergò idem ſtatuendum eſt venditione reſoluta ex d. l. 2. ſicut enim emptor poteſt impedire reſciſſionem, ſupplendo id, quod deeſt iuſto pretio, ita & emptor impedire poteſt, ne reſoluatur contractus, ſi offerat venditori eam meliorem conditionem, quæ ab alio offertur, l. licet, & l. neceſſe, ff. de in diem addictio.

Tertium argumentum eſt. Reſoluto cõtractu ex neceſsitate iuris, hypotheca reſoluitur, l. ſi res, ff. quib. mod. pign. vel hypot. ſoluitur, l. 4. §. ſed Marcellus, ff. de in diẽ addict. Sed hic reſoluitur ex iuris neceſsitate, quia emptor tenetur aut rem reſtituere venditori, aut iuſtũ pretium ſupplere, & cum alterutrum quis facere tenetur, dicitur coactus id facere, l. illud, §. 1. ff. de conſtituta pecunia, l. quæ ſub conditione, §. ſub conditione, ff. de conditionib. inſtitutionum, ibi. *Ne alia cum vrgeat*, &c. Tiraq. de retractu conſang. § 32. num. 67. ergò hypotheca reſolui videtur.

Atque huic ſententiæ ipſe quoque aſſentior. Ad primum argumentum Bart. reſpondeo, negando contractũ reſolui emptoris voluntate, reſoluitur enim potius ex iuris neceſsitate, vt dictum eſt. Aut certè non reſoluitur ex mera emptoris uoluntate, ſicuti requiritur, ad hoc, vt hypotheca euaneſcat, vt in d. l. ſi res, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu. ibi. *Quanquam vbi res ſic diſtracta eſt, niſi emptori diſplicuiſſet*, &c.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, dato quod regulariter ius in rem ſit potentius, quàm in perſonã, non tamen eo caſu potentius eſt, cum ipſum ius reale reſolutioni obnoxium eſt, vt in præſenti ſpecie; quia reſoluto iure datoris, reſoluitur ius acceptoris, vt in d. l. lex vectigali. Adde, quod in præſenti caſu ius venditoris læſi videtur eſſe potẽtius, quàm ius creditoris, eſt enim antiquius ius creditoris, & legis auxilio munitum eſt.

Quòd verò poſtremò adijciebatur, ſi emptor rem diſtraheret, agi non poſſe contra tertium poſſeſſorem, ad hanc ſpeciem noſtram minimè pertinet, in qua nõ de alienatione agitur, ſed de hypotheca.

CAPVT XXIV.

Vtrum venditione reſciſſa ex remedio d. l. 2. res venditori reſtituenda ſit ſimul cum fructibus ab emptore perceptis.

Controuerſia eſt difficilis, vtrum venditione reſciſſa ex remedio l. 2. C. de reſcin. vend. res venditori reſtituenda ſit, ſimul cum fructibus ab emptore perceptis.

Duæ ſunt contrariæ doctorum ſententiæ. Altera affirmat, altera negat. Affirmãt Roffredus de libellis. in 4. parte, in rubr. de action. quanti minoris, nu. 20. Albert. ad d. l. 2. nu. 16. Salicetus ibid. nu. 5. Bald. nu. 5. Afflict. in c. 1. nu. 150. de feudo dato in vicem legis commiſſoriæ. Emanuel Coſta, ad l. Gallus, §. & quid ſi tantum, nu. 72. ff. de liberis & poſthumis. Aug. Berous, c. cum dilecti, in fine, & in c. ad noſtram, nu. 25. de empt. & vend. qui tamen declarat, ita eſſe intelligendum, vt fructus reſtituãtur, ratione habita eius, quòd iuſto pretio deeſt. Quod ſi malit. iuſtum pretium emptor ſoluere, eum teneri dicit ad vſuras, reſpectu eius pretij, quod ſuppletur.

Hanc eandem ſententiam amplexi ſunt Io. Lupus, &

A Anto. Gomeſ. in locis à Pinello citatis, in d. l. 2. in 2. par. cap. 4. num. 1 & 2. necnon Couar. lib. 2 uariar. reſolut. cap. 3. num. 9.

Argumenta ſunt iſta. Primũ ex l. 1. C. ſi maior fructus alienationem iutam habuerit, in illis uerbis: *In arbitrio eius ponere, an velit poſſeſſionem cum fructib. reſtituere* &c.

Secundum argumentum eſt ex l. cum autem, § cum redhiberetur, & ex l. quod ſi nolit, in fine, ff. de ædilitio edicto. Vbi reſciſſa venditione per actionem redhibitoriam, fit reſtitutio rei vnà cum fructibus.

Tertium argumentum eſt ex l. quod dictum, & ex l. imperator, ff. de in diem addict. ubi ſimiliter venditione reſciſſa, ex pacto addictionis in diem res reſtituitur vnà cum fructibus. Idem eſt ubi uenditio reſoluitur ex pacto legis commiſſoriæ, l. 5. ff. de lege commiſſoria.

Quartum argumentum eſt ex l. uideamus, ff de uſur. quo in loco probatur, reſtitutionem rei, quæ ex iuſtitia fit, una cum fructibus eſſe faciendam.

B Quintum argumentum eſt ex l. filio, §. 1. in fine, ff. de inoff. teſtam. ubi reſciſſa inſtitutione hæredis per querelam inoff. teſtam. bona reſtituuntur una cum fructibus.

Sextum & poſtremum eſt, ex l. quod ſi minor, 25. §. reſtitutio, & ex l. patri, 28. §. item ex diuerſo, ff. de minor. ubi patet, reſtitutione facta minoris aduerſus contractum, fructus quoque reſtitui.

Cæterùm, negantem ſententiam amplexi ſunt Cremen. in d. l. 2. Cagnol. ibid. nu. 40. Pinell. in 2. p. c. 4. n. 1. & 2. Fabian. à Monte, de empt. & uend. q. 8. nu. 24. Ant. Gomeſ. uariar. reſol. tit. de contract. c. 2. nu. 24. & cap. 4. nu. 21. Ant. Butrius & Imola, in c. ad noſtram, de empt. & uend. & ibid. Ant. Burgen. nu. 36. Cepolla, de ſimulatione contract. [illegible] Anchatan. in c. peccati uenia, q. 10. de reg. iur. in lib. 6. Syluester Prierius, in uerbo, uſura, 2. q. 15. Mantua, lib. 1. Locor. cap. 6. ad finem. Atque huic ſententiæ & ipſe adhæreo.

Probatur primò ex eo, quòd in ipſa cõſtitutione d. l. 2. C mandat Imperator reſciſſa uenditione rem reſtitui, de fructibus autem reſtituendis nullam facit mentionem.

Secundò, quia emptor habet bonam fidem, & iuſtum titulum, ut declarant Rotæ Romanæ Auditores, deciſ. 116. in nouiſ. ergo fructus lucratur, l. Bonæ fidei, ff. de acquir. rerum domin.

Tertiò, quia emptor non eſt in mora reſtituendi rem uenditam emptori, antequã is petat contractum reſcindi, cur ergo teneatur ad fructuum reſtitutionem? Facit, quod habetur in l. 2. C. de pact. inter empt. & uend. ubi emptor ad fructus non condemnatur, niſi ea eo tempore, quo in mora eſt, rem uenditam reſtituendi.

Quartò, quia iniquum eſſe uidetur, ut quis habeat pretium & fructus rei uenditæ, iuxta notata in l. curabit, C. de actio. empt. quare cum uenditor pretium acceperit, non debet etiam fructus conſequi, & ſibi imputare debet, quod non ſtatim petierit contractum reſcindi.

Poſtremo probatur ex c. ad noſtram, de rebus Eccle- D ſiæ non alienand. in illis uerbis: *Cum tibi fructus percepti ſufficere debent pro labore*, &c.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpõdeo, legem allegatam loqui de minore 25. annis, læſo ex uenditione ſine decreto facta, & inconſulto ratificata, de qua ſpecie noſtra quæſtio non eſt, ſed de minore 25. annis læſo.

Ad ſecundum reſpondeo, per actionem redhibitoriã omnia in priſtinum ſtatũ reuerti, & iccirco fructus quoque ab emptore reſtituẽdos. Merito, nam ipſe cauſa eſt, ut contractus reſoluatur.

Ad tertium de pacto addictionis in diem, reſpondeo, locum eſſe reſtitutioni fructuum, cum uenditio eſt conditionalis, ſicuti loquuntur leges in argumento allegatę, ſecus ſi pura ſit uenditio, ſub conditione tamen reſoluenda, ut in l. 2. & 3. ff. de in diem addic.

Quod uero dicebatur idem eſſe in uenditione reſoluta ex pacto legis cõmiſſoriæ, ea ratione nititur, quia uenditio

ditio reſoluitur facto, & culpa emptoris, pretium tempore conſtituto nō ſoluentis, meritò is ad fructus reſtituēdos compellitur.

Ad quartum reſpondeo, argumentum procedere, quādo lex vtitur verbo reſtitutionis. Illud enim habet pleniſſimam ſignificationem. Sed in propoſita quęſtione lex non vtitur reſtitutionis verbo.

Ad quintum reſpondeo, in querela inofficioſi teſtamēti fructuum reſtitutionem eſſe faciendam, quæ hæreditas ex die mortis teſtatoris ad actorem pertinuiſſe intelligitur, l. cum qui. §. vlt. ff. de inoff. teſtam. Quæ ratio ceſſat in propoſita quæſtione.

Ad poſtremum reſpondeo, argumentum loqui de reſtitutione minorum, de qua noſtra non eſt diſputatio.

CAPVT XXV.

Vtrum venditio reſcindatur medico ab infirmo facta, ſi læſio interuenerit, ſed non vltrà dimidiam. Et numquid in foro Eccleſiaſtico venditori læſo citrà dimidiam, actio detur.

COmmunis eſt & vera ſententia, venditionem ab infirmo Medico factam reſcindi poſſe, licet vltrà dimidiam læſio non interuenerit. Ita docet Panorm. in c. quia plerique, nu. 34. de immunit. Eccl. Ant. Burgos. in c. cum cauſa, nu. 52. de empt. & vend. Rebuff. de reſciſſ. contract. art. vnico, gloſ. 15. nu. 44, Pinell. alios citans, in l. 2. C. de reſcind. vend. in 2. par. nu. 3.

Probatur hæc ſententia primò ex l. medicus, ff. de varijs, & extraordinarijs cognitionibus, vbi dicitur: *Medicus cum curandos ſuos oculos, qui eis laborabat, commiſerat, periculum amittendorum eorum per aduerſa medicamina inferendo, compulit, vt ei poſſeſſiones ſuas contra bonā fidem ager venderet, incivile factum præſes prouinciæ coerceat, remque reſtitui iubeat.*

Secundò ex l. archiatri, C. de profeſſoribus, & Medicis, lib. 10. in illis verbis: *Quos etiā patimur accipere, quæ ſani offerunt, non quæ periclitantes pro ſalute promittunt.*

Tertiò, ex l. quiſquis, C. de poſtulando. Sicut enim ea lege proſpectum eſt, ne durante lite inter aduocatum & clientē, huiuſmodi promiſſiones, & conuentiones fiant, ita & inter medicum & ægrotum ſtatuendum eſſe videtur, ne propter vitæ periculum, facilè ægrotus contrahat, & decipiatur.

Cęterùm, hanc rem aliter acceperunt Regij Neapolitani Conſilij Adſeſſores, vt conſtat ex Afflicto deciſ. 123. & Cagnolo, in d. l. 2. nu. 191. Exiſtimarunt enim eo caſu contractum eſſe reſcindendū, in quo omnia cōcurrunt, quæ commemorantur in ſpecie d. l. medicus, & tunc demum promiſsiones non valere medico factas ab infirmo, cum ex publico ærario ſtipendium habet.

Ego verò, ſi grauis ſit infirmitas, & periculum mortis immineat, communem ſententiā amplecti nō vererer, tametſi circumſtantiæ ſupradictæ nō concurrerint, pręſertim, ſi læſio eſſet magna, ſatis enim apparere videtur, ex magna læſione cōcurrente periculo mortis, iniuſtitia ipſius contractus, timoreq; mortis, & impreſsione quadam potius, quàm libera voluntate infirmum contraxiſſe & promiſiſſe, multumque præterea mouet ea conſtitutio, quæ de aduocato, & cliente loquitur.

Eſt etiam controuerſia, vtrum in foro Eccleſiaſtico aliquod ſit proditum auxilium, quo læſus venditor citrà dimidiam ſuæ proſpicere valeat indemnitati. Petr. Anchar. in Reg. Peccatum, de reg. iur. lib. 6. cenſuit actionē dari, vbi ex neceſsitate quadam res vendita eſt. Idem docuit Iaſ. in §. ſed iſte, nu. 107. in inſt. de action. Petr. Gerard. ſing. 22. Calcaneus, in conſ. 27. nu. 28. & nouiſsimè Martinus Nauarrus in comment. ad cap. nouit, de iudicijs, in 6. notab. ſed hanc ſententiam impugnat Pinell. ad d. l. 2. in 2. parte, cap. nu. 36. licet in foro conſcientiæ illam recipiat.

Ego verò priori ſentētiæ facilè ſubſcribo, quæ proba-

A tur hoc argumento. Iudex Eccleſiaſticus de quocunque peccato mortali, cuiuſcumque etiam laici cognoſcere poteſt, eo fine, vt cogat peccantem per cenſuras Eccleſiaſticas ad pœnitentiam, c. nouit, de iudicijs. Sed emptor, vēditorem lædens grauiter, licet non vltra dimidiam, mortaliter peccat, ex communi ſentētia Theologorum, ſicuti deducit optimè Nauarrus loco annotato, ergo compelli poteſt à iudice Eccleſiaſtico ad pœnitentiam. Et cōſequenter, ad reſtitutionem rei, vel ad ſolutionem iuſti pretij.

Nec difficile eſt ad argumentum Pinelli reſpondere. Is enim vtitur hoc argumento, quod nuſquam iure canonico ſancitum ſit, aut ciuili, vt actio detur læſo venditori, licet neceſſitate vrgente uendiderit, niſi vltra dimidiam læſio interuenerit, vt patet ex l. non idcirco, C. de reſcind. vend. & ex c. ad noſtram, de reb. Eccleſiæ non alienan. quem locum ſubtiliter inducit ad hanc ſententiam confirmandam, in dictis commentarijs ad l. 2. par.
B 2. cap. 4. num. 27.

Reſpondeo, nullam actionem ordinariam eſſe conſtitutam. Cæterum, per viam denunciationis Euangelicæ, vt dicitur, rectè probatur, ſuccurrendum eſſe venditori læſo. Cui argumēto reſponſum nullum attulit Pinellus.

CAPVT XXVI.

Vtrum tranſactio reſcindi poſſit ob læſionem vltrà dimidiam.

NOn eſt omittenda celebris controuerſia, quę & ab hoc tractatu non eſt aliena, vtrū tranſactio reſcindi poſſit propter læſionem vltra dimidiam. Et quidem reſcindi non poſſe dixerunt gloſ. Io. Andr. Anchar. & Barbatia, necnon Innocent. in c. cum cauſa, de empt. & vend. gloſ. in l. Lucius, §. vlt. ff. ad Trebell. Specul. tit. de empt. & uendit. § nunc dicendum, verſ. Quid de tranſactione, Cyn. Sali. & Bald. ad l. 2. C. de re-
C ſcind. uend. Iaſon, Alex. & Aret. ad l. ſi quis cum aliter, ff. de uerb. obligat. Guido Papæ Singul. 376. Curt. ſen. conſi. 65. Panorm. in conſi. 12. lib. 2. Barbatia in conſ. 41. lib. 1. Corneus in cōſ. 11. lib. 3. Alex. in conſ. 42. lib. 3. & 118. lib. 7. Ruyn. conſil. 532. nu. 3. lib. 1. Decius in conſ. 216. nu. 4. Gomeſ ad regulas Cancellariæ, de annali poſſeſſore, q. 2. Grammaticus deciſ. 66. num. 47. Pariſius in conſ. 96. nu. 61. lib. 1. Berous in conſ. 176. num. 25. lib. 5. Zaſius in conſil. 18. lib. 1. Socin. iun. in conſ. 32. lib. 1. & in conſ. 32. lib. 3. Alciat. in conſ. 124. nu. 3. & 89. nu. 4. Crauetta conſ. 151. no. 26. Afflict. deciſ. 220. Alba, in conſ. 15. Roland. in conſ. 28. n. 25. lib. 4. Io. Mauritius de reſtit. in integr. c. 210. Cotta in Memor. in uerbo, Venditor, Andreas Geyll, lib. 2. Obſeru. 70. Menoch. in conſ. 401. nu. 157. lib. 5. Plotus in cōſ. 32. Tiraq. de retrac. §. 24. gloſ. 9. nu. 107. Accedit vſus Galliæ, & edictū Caroli IX. latum anno 1562. teſte Papon. 2. notat. 9. cap. de exceptio.

Argumenta ſunt iſthęc. Primum ex l. Lucius, §. vlt. ff.
D ad Trebell. ibi: *Poſtea repertis inſtrumentis apparuit, quadruplo amplius in hæreditate fuiſſe. Quæſitum eſt, an in reliquum fideicommiſſi nomine conueniri poſſit. Reſpondi ſecundum ea quæ proponerentur, ſi non tranſactum eſſet, poſſe.*

Secundum eſt ex l. ſub prætextu inſtrumenti, C. de tranſactionib. ubi dicitur, tranſactionem reſcindi non poſſe ſub prætextu inſtrumēti de nouo reperti. Et tamē euenire poteſt, ut ex inſtrumento nouiter reperto appareat tranſigentis læſio ultra dimidiam.

Tertium eſt ex l. a Diuo Pio, §. ſi pignora, ff. de re iudicata, ibi: *Reſcriptum eſt non poſſe amplius, quod ſibi debetur petere, quia velut pacto tranſegiſſe de cætero videtur, quia contentus fuit pignora poſſidere.*

Quartum ex l. in ſumma, ff. de condict. indeb. in illis verbis: *Et quidem, quod tranſactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit non repetitur. Nam ſi lis fuerit, hoc ipſum quod a lite receditur cauſa videtur eſſe.*

Quintum argumentum. Tranſactio, & iuramentum æqui-

æquiparantur. Nam iuſiurandum eſt ſpecies tranſactionis, l. 2. ff. de iureiur. ſed cauſa per iuſiurandum finita, retractari non poteſt ob quamcunque læſionem, l. non erit, §. dato, l. nam poſtea, §. 1. ff eod. tit. ergo idem eſt de cauſa tranſactione finita ſtatuendum. A

Sextum eſt ex l. quod ſi deferente, ff. de dolo, ibi: *Per iuſiurandum enim tranſactum videtur.*

Septimum ex l. 1. C. de plus petitionibus, in illis verbis: *Tranſactionibus ſcilicet, & ſecundis confeſſionibus, etiam in hac ſpecie ſuam obtinentibus firmitatem.*

Octauum argumentum. Quoties res eſt dubia, & incerta, læſio allegari non poteſt, l. de fideicommiſſo, C. de tranſactionibus, l. ſi ea lege, C. de vſuris. Sed euentus litis dubius eſſe dicitur, & incertus, l. quod debetur, ff. de peculio, ergo ex tranſactione per quam à lite receditur, læſio allegari non poteſt.

Poſtremum argumentum. Tranſactio, & res iudicata æquiparantur, l. non minorem, C. de tranſact. ſed res iudicata non reſcinditur ex quacunque læſione, ſi contra ius litigatoris lata ſit, non autē contra ius conſtitutionis, l. 2. C. q̄n prouocare non eſt neceſſe, ergo nec tranſact. B

Sed contrariam ſententiam habuerunt Bart. in l. 2. C. de reſcind. vend. & in l. Lucius, §. vlt. ff. ad Trebell. Caſt. Angel. & Imola ibidem, Decius in conſ. 60. nu. 4. & 597. nu. 16. Socin. ſen. in conſ. 85. nu. 3. lib. 1. Cardinal. Butr. & Ant. Burg. in cap. cum cauſa, de empt. & vend. Fabian. à Monte, de empt. & vend. q. 8. nu. 13. Rubeus Alex. in cōſil. 71. num. 8. Petr. Rebuff. de reſciſſ. contract. art. vnico, gloſ. 15. num. 18. Socin. iun. in conſ. 129. num. 48. lib. 1. & conſ. 98. nu. 17. lib. 2. Cagnol. in l. 1. num. 29. C. de pact. Alios citant Gabrielius commun. concl. tit. de empt. & vend. concluſ. 1. num. 68. & Pinell. in d. l. 2. C. de reſcind. vend. in 1. par. cap. 4. num. 14. denique Rota Romana, ut patet ex nouiſſimis deciſionib. in 1. part. deciſ. 102. nu. 2.

Argumenta duo ſunt potiſſimum. Primum ex l. ſi ſuperſtite, C. de dolo, in illis verbis: *Sanè, ſi immodicè læſa es, non de dolo propter paternam verecundiā, ſed in factum actio tibi tribuenda eſt.* C

Secundum eſt ex l. in ſumma, ff. de condict. indeb. in illis verbis: *Sin autem euidens calumnia detegitur, & tranſactio imperfecta eſt, & repetitio datur.*

Non deſunt, qui ea diſtinctione vtantur, vt ſi læſio lōgè vltra dimidiam acciderit, quam enormiſſimam appellare conſueuerunt, tūc poſteriori ſn̄iæ locus ſit. Prior aūt ſn̄ia obtineat, vbi læſio eſt ſimpliciter vltra dimidiā, quę enormis appellatur, quaſi ex læſione enormiſſima dolus ſit præſumendus, argō ſumpto ex l. omnes, §. Lucius, ff. quæ in fraudem creditorū. Ita Corneus, in cōſ. 27. lib. 4. Rota Romana apud Iacob. Puteū, deciſ. 230. lib. 1. alios citant Gabrielius, & Pinellus, locis ſuperius annotatis.

Ego eorū ſententiæ adhæreo, qui docent, tranſactionem reſcindi poſſe ex immodica læſione, quam inter omnes conuenit eſſe eam, ex qua vltra dimidiā quis lęditur.

Mouet me textus in d. l. ſi ſuperſtite; nec probatur eorum interpretatio, qui dixerunt, in ea ſpecie dolū ex propoſito interueniſſe, quoniam textus loquitur de tranſactione bona fide interpoſita. Nihil autem magis contrarium bonæ fidei, eſt, quàm dolus, & totam vim Imperator ponit in læſione immodica. D

Mouet ſecundò, quòd dolus ex propoſito, & dolus re ipſa, æquiparari videntur, l. ſi quis cum aliter, ff. de verb. oblig. ibi: *Idem eſt, etſi nullus dolus interceſſerit ſtipulantis, ſed ipſa res in ſe dolum habeat.* Vide dominum meum Cephalum, in conſ. 405. nu. 27. lib. 3. ſed ex læſione vltra dimidiam, dolus re ipſa apparet, ex communi omnium ſententia, in d. l. ſi quis cum aliter. Tradunt Iaſon in cōſil. 133. lib. 4. Pariſius in conſ. 12. nu. 82. in conſ. 20. num. 105. & in conſ. 89. nu. 68. lib. 1. Socin. iun. in conſ. 77. nu. 132. lib. 2. & in conſ. 47. nu. 40. lib. 3. Crauetta in conſil. 142. nu. 21. & 192. num. 8. Couar. in c. quamuis, 3. parte, §. 4. de pact. lib. 6. Hippoly. Rimin. in conſ. 3. nu. 18. lib. 1. Andr. Geyll, lib. 2. Obſeru. 147. nu. 11. pro qua ſententia facit, quod qui cum aliena iactura locupletatur, videtur eſſe in dolo, l. 1. §. an in pupillum, ff. depoſiti, l. ſi quis mancipijs, §. vlt. ff. de inſtit. act.

Ergo idem ſtatuēdum eſt, ac ſi dolus ex propoſito interueniret, quo caſu proculdubio tranſactio eſt reſcindenda, l. & eleganter, ff. de dolo, l. vlt. C. mandati, l. qui cum tutoribus, §. qui per fallaciam, ff. de tranſact. cum alijs ſimilibus.

Ad primum argumentū contrariæ opinionis reſpondeo, in ſpecie d. l. Lucius, §. vlt. læſionem non interueniſſe, conſiderato tempore tranſactionis. Quod ſane conſiderandum eſſe indicat text. in l. ſi voluntate, C. de reſcind. vend. illis verbis: *Si minus dimidia iuſti pretij, quod fuerat tempore venditionis, datum eſſet*, idque plurib. confirmat Cagnol. ad d. l. 2. nu. 213. C. de reſcind. vend. tempore autem tranſactionis conſiderato, nullam interceſſiſſe læſionem, ex eo conſtat, quod is, cui reſtituenda erat hæreditas, demonſtrare non poterat, plura in hæreditate bona fuiſſe, quam hæres diceret. Neque enim in promptu erant inſtrumenta, quibus id poterat elucere, ſed poſtea reperta ſūt, vt ibi dicitur. Quare actor in eo iudicio facilè ſuccubuiſſet. Actore enim non probante, reus abſoluitur, l. qui accuſare, C. de edendo.

Eadem reſponſio valet ad ſecundum argumētum, ex l. ſub prætextu inſtrumenti, C. de tranſactionibus.

Ad tertium argumentum ex l. a Diuo Pio, §. Si pignora, reſpondeo, creditorem in ea ſpecie ſibi damnum intuliſſe, quoniam contentus fuit pro credito pignora poſſidere; item concurriſſe iudicialem authoritatē, nec textum aliud dicere, niſi de cętero, quod ſibi debetur, creditorem tranſegiſſe videri, ideoque amplius, quod ſibi debetur, petere non poſſe.

An autem, ſi ex eo grauiter lędatur, pactum impugnare valeat, non decidit textus. Quanquam in ea re ita ſtatuendum eſſe non dubitem, vt quoties iudicialis authoritas intercedit, & ſimul litigatoris conſenſus concurrit, nullus amplius querelę locus eſſe poſſit. Sibi enim imputare debet, qui ſententię acquieuit, cum prouocare, ſi grauatus erat, poſſet.

Ad quartum reſpōdeo, quod habetur in l. in ſumma, ff. de cōdict. indeb. ad propoſitam quæſtionem non pertinere. Sententia enim illius legis eſt, repeti non poſſe, quod ſolutum eſt ex cauſa tranſactionis, licet nihil deberetur. Vtrum autem ipſa tranſactio impugnari poſſet, ac reſcindi, textus non declarat.

Ad quintum reſpondeo, illud ſpecialiter conſtitutum eſſe in iureiurando, quia is, qui illud offert, conſentire videtur, vt iurans teſtis ac iudex ſit in cauſa propria, l. vlt. C. de fideicōmmiſſ. quare conqueri non debet, & damnum, quod ſua culpa ſentit, ſibi imputare debet, reg. dānum, de reg. iur. lib. 6.

Ad ſextum, ex l. 1. C. de plus petitionibus r̄n̄deo. Non dicit textus. tranſactionem pp dolum non reſcindi, ſed quæ doloſe geſta ſunt, & ex tota, tranſactione purgari.

D Ad l. ſi deferente, ff. de dolo, reſpōdeo vt ad quintum argumentum.

Ad octauum reſpondeo, concluſionem noſtram intelligendam eſſe, quando dubio euentu litis perpenſo, & omnibus alijs circumſtantiis examinatis, de læſione vltrà dimidiam conſtat.

Ad poſtremum reſpondeo. Hęc eſſe diſſimilia, quia in ſententia litigator lęſus, ordinarium habet appellationis auxilium, quo ſi non vtatur, ſibi imputet.

CAPVT XXVII.

De venditione facta ad corpus, & ad menſuram, Controuerſiæ duæ.

INter omnes conſtat, venditionem ad menſuræ modum iudicari, vt doctores noſtri loquuntur, ſi incipiat à menſura. Ad corpus autem videri, ſi à corpore incipiat, ex reſponſo Oldradi 197. ex qua diſtinctione plura ſequuntur, quę doctores tractant, vt patet ex Co-

uar.

uar.practic. quæſt.c.4. & ex Arrio Pinello, ad l.2.C.de
reſciud. vendit. in 2.p.c.2. nu.7.

Cæterum, de duobus eſt controuerſia. Alterum eſt in
ea ſpecie, in qua à corpore venditio incipit, ſed ſtatim mẽ
ſuræ modus exprimitur, vt, vendo tibi fundum Sempro
nianum decem iugerum, his definitum ac diſtinctum li
mitibus, pretio centũ aureorum, eiuſmodi venditionẽ
ad corpus cenſeri factam, & conſequenter, ſi maior ſit
mẽſurę modus, id emptoris lucro cedere, reſpondit Ca-
rol. Ruyn. in conſ.83. lib.1. & cum eo Pariſius in conſil.
64. lib.1. necnon Socin. iun. in conſ.42. lib.2. & hos ſecu
tus Couar. pract. quæſt. c.3. n.2. verſ. Quarta ſpecies pro
ponitur. Sed contrarium reſpondit Curt. iun. in cõſ.141.
& cum eo Dec. in conſ.500. quib. adſtipulatur Cagnol.
ad d.l.2.C.de reſcind. vend. nu.182.

Alterum eſt, in ea ſpecie, qua venditio ad corpus facta
eſt, ſi minor menſuræ modus reperiatur, vtrũ id empto-
ris damno, an autem venditoris cedat, vt propterea pre-
tium diminuendum ſit. Nam pretium diminuendũ eſ-
ſe, & ſic emptorẽ tantò minus ſoluere oportere, ſcriptũ
reliquit Paul. Caſtr. in l.ſi ſeruum, §.ſi modus, ff.de act.
empt. Socin. iun. in d.conſil.42. num.21. lib.2. & poſt eos
Couar. loco paulò ante citato poſt nu.7. ſed contrarium
reſpondit Corneus, in conſ.59. lib.4. Boerius deciſ.50.
nu.6. Pinell. ad d.l.2. in 3.par.c.2. nu 8.

Quod attinet ad primam controuerſiam, prior ſen ten
tia nititur his argumentis. Primum eſt ex eo, quod ven-
ditio hoc in caſu à corpore incipiat, & licet menſuræ mo-
dus adijciatur ante confinia, nil tamen refert, quia ſecun
dum iuris ordinem eſt perinde, ac ſi diceretur: Vendo
tibi fundum Sempronianum, his deſignatum confinib.
tot iugerum, quo caſu ſecũdum Oldradi diſtinctionem
communiter receptam, in d.conſil.197. venditio dicitur
eſſe facta ad corpus.

Secundum argumẽtum eſt ex l.ſi venditor, ff. de act.
empt. ibi. *Peculium eum habere decem*, &c. *& ſi plus habet
totum præſtes*, &c.

Tertium. Qui fundum vendit, totũ vendere intelligi-
tur, argũ l.ſi in rem, 6. & ibi glo. in uerbo totam, ff.de rei
uend. ergo, ſi exprimat menſuram, & quantitatẽ iugerũ,
non idcirco taxare uidetur, ſeu limitare uenditionem.

Quartum eſt ex l.qui fundum, ff.de euict. ubi Alphe-
nus, *Qui fundum*, inquit, *tradiderat iugerum centum, fines
multo ampliores emptori demonſtrauerat. Si quid ex his fi-
nibus euinceretur, pro bonitate eius emptori præſtãdum ait,
quamuis id, quod relinqueretur, centum iugera haberet*.

Poſterioris autem ſententię argumenta ſunt iſta. Pri-
mum eſt ex eo, quod hæc uerba, *Vendo fundum Sempro-
nianum decem iugerum*, videtur (ut cum noſtris docto-
ribus loquar) accipienda eſſe reſtrictiuè, non autem de-
monſtratiue, argumento text. in c.cum capella, de priui-
leg. & eorum, quæ ibi notant Butr. & cæteri, & de geni-
tiui natura doctores, ad rubr. de operis noui nunciatio-
ne. Conſequenter, uenditio in hac ſpecie intelligitur eſſe
facta ad menſuram, nempè, decem iugerum, nõ pluriũ.

Secundum argumentum eſt ex l.locus, ff.de uerb. ſi-
gnif. ubi dicitur, quamlibet partem fundi, dici poſſe fun
dum. Igitur ea pars quę numerum iugerum, à contrahẽ-
tibus expreſſum excedit, uidetur eſſe fundus minimè
comprehenſus in uenditione.

Tertium. Secundum regulas uulgares præſumendus
eſt potius error, quam donatio, l.cum de indebito, ff.de
probatio. ergo, ſi maior ſit numerus iugerum, quam ex-
primatur, error potius eſt præſumendus, quam donatio.

Quartum eſt ex traditis per Imolam, in c.per tuas, de
donation. ubi dicit in donatione, & aliis cauſis lucratiuis
recipiendam eſſe Oldradi diſtinctionem. Cæterum, in
uenditione rationem habendam eſſe menſuræ, & iuxta
eam pretium eſſe moderandum.

Quintum argumentum. Hæc uẽditio uidetur eſſe fa-
cta ad menſuram, quia ſtatim exprimitur menſuræ mo-
dus, uidelicet, quantitas iugerum, & quidem ante confi-
A nium expreſsionem, ſecundum receptam Oldradi di-
ſtinctionem.

Sextum argumentum. Niſi hæc venditio facta eſſe ad
menſuram cenſeatur, fruſtra videbitur expreſſus menſu
ræ modus. Non ſunt aũt ita verba contractus accipiẽda,
vt fruſtra adiecta eſſe videantur, iuxta celebre, & vulga-
tum dictum Bald. ad rubr. C. de contrah. empt. q.9.

Poſtremum argumentum. In obſcuro venditio cenſe
ri potius debet facta eſſe ad menſuram, quàm ad corpus,
quoniam id contrahentibus minus præiudicat, argumẽ-
to l.ſemper in dubijs, de reg. iur.

Nec obſtat ſi dicatur, pretium conſtitutum eſſe, non
in ſingula iugera, ſed vnicum pro toto fundo, quia id nõ
facit, quò minus venditio ſit ad menſuram facta, argum.
l.quod ſæpè, §.pen. verſ. Sed etſi ex Doleario, ff. de cõtra-
hen. empt. ibi: *Nec intereſt, vtrum pretium, omnium cen-
tum metretarum, ſimul dictum ſit, an in ſingulas eas.*

Mihi videtur iſtis non obſtantibus prior ſententia pro
B babilior, idque potiſsimum ex l.ſi duorũ, ff.de act.empt.
agit ibi Iuriſconſultus de venditione, ad eum fermè mo
dũ conſtituta, qui nunc proponitur, & ſubijcit hæc ver-
ba: *Nec enim id, quod amplius in modo agri inuenitur, quã
alioquin dictum eſt, ad compendium venditoris, ſed empto-
ris pertinet.*

14 Quòd venditio in ea ſpecie ſimilis fuerit huic noſtrę,
ex eo patet, quòd fundi venditi fuerunt vno pretio, & ſi-
mul numerus iugerum fuit deſignatus. Verba hęc ſunt:
*Si duorum fundorum venditor ſeparatim de modo cuiuſq;
pronunciauerit, & ita vtrumque vno pretio tradiderit*, &c.

Ad primum argumentum contrariæ ſñiæ reſpondeo,
genitiuũ hoc in caſu non reſtringere, quia voluntas ven-
ditoris ea fuiſſe videtur, vt totus fundus cenſeatur uendi
tus, qui intra cõfines expreſſos eſt. Vnde illa uerba ſtant
demonſtratiuè, ſicut & in ſpecie d.l.ſi duorum.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, negando con
ſequentiam, quia quantitas iugerum excedens numerũ
C expreſſum, cenſetur comprehenſa in uenditione totius
fundi, & conſiderari debet ut pars fundi, non autem ut
ſeparatus fundus, cum ſit intra confines expreſſos.

Ad tertium, concedo totum argumentum, ſed dico,
expreſsionem erroris emptori prodeſſe hoc in caſu, quia
totum corpus emit, & ſibi venditor imputare debet, ꝙ
non diſtinctè in ſingula iugera pretium conſtituerit.

Ad quartum reſpondeo, rationẽ habendam eſſe men-
ſuræ, quoties uenditio ad menſuram ſit, ſecus ſi ad cor-
pus fiat, ut in caſu noſtro, neque id negare Imolam, nec
negauit loco allegato.

Ad quintum reſpondeo, non eſſe hanc uenditionem
ad menſuram, quia incipit a corpore, & licet iugera ex-
primantur ante confinia, nil refert, quia unicum pretiũ
pro toto fundo eſt conſtitutum.

Ad ſextum reſpondeo, non fruſtra exprimi menſuræ
modum à uenditore, quoniam ea expreſsio facit, ut con-
trahentes de pretio facilius conueniant.

D Ad ultimũ ſñdeo, rem nõ eſſe obſcuram, ſed ſatis ap-
parere mentem contrahentiũ, & mentẽ etiã iuris autho
rum de hac ipſa ſpecie, ut ex d.l.ſi duorũ, ff.de act.empt.

Quod attinet ad alteram controuerſiam, fundamẽtũ
eorum, qui dicunt, totam hanc rem cedere damno, uel
commodo uenditoris, illud eſt, quia inter contrahentes
ſeruanda eſt ęqualitas, l.6. ff.de periculo, & cõmodo rei
uend. quare cum ita conſtitutum ſit, ut ſi maior ſit men-
ſuræ modus, id ad emptoris compendium pertineat, ſicu
ti dicit text. in d.l.ſi duorum, ſequitur dicendum, ſi mi-
nor modus reperiatur, id pertinere debere ad diſpendiũ
eiuſdem emptoris, quia ſcilicet totum nihilominus pre-
tium conſtitutũ, & promiſſum uẽditori pręſtare teneat.

Sed poſterior ſententia mihi uidetur euinci ex duab.
legibus, uempe, ex d.l.ſi duorũ, in illis uerbis. *Nec enim
id, quod amplius in modo agri inuenitur, quam alioqui di-
ctum eſt, ad compendium venditoris, ſed emptoris pertinet,
& tunc tenetur venditor, cum minor modus inuenitur.* Hęc

poſtre-

poſtrema verba deciduut hanc quæſtionẽ, & ex l. ſi venditor hominis, ff. de act. empt. vbi venditor hominis dixit, eum habere peculium decem, & ſe nihil ablaturum, (hæc verba videntur importare quodammodo venditionem ad corpus,) *& ſi plus habet*, inquit textus, *totum præſtet, ſin minus, præſtet eſſe decem*.

Huius aũt rei ratio reddi poteſt, quia is, qui vendit, veriſimiliter magis nouit agri ſui modum, q̃ is, qui emit, vnde ſi minorem modum exprimat, cum maior eſſet, id ſibi imputare debet, qui ſcire debuerat maiorem eſſe. Si verò maiorẽ exprimat modum, q̃ re vera ſit, non eſt quòd emptori culpa aſcribatur, qui putauit tot iugera eſſe, ideoque eam pretii quantitatem promiſit, non daturus fortaſſe, ſi non eſſe tot iugera exiſtimaſſet.

Ad argumentum contrariæ opinionis reſponſio patet ex prædictis, etſi enim æqualitas ſeruãda ſit inter contrahentes regulariter, hic tamen diſpar ratio, quæ eſt inter empt. & vend. contrariũ ſuadet. Emptor enim ad emen-
B dum eſt inductus eo pretio, quia putauit fundũ eſſe tot iugerũ, unde ſi nõ ſit tot iugerũ, pretiũ eſt diminuendũ. Quòd ſi plura iugera cõtineat, de ſe conqueri venditorẽ oportet, cur ita, eoq; pretio uniuerſum fundũ diſtraxerit.

CAPVT XXVIII.

De venditione facta datis arrhis, quid iuris, ſi alter ex contrahentibus promiſſa non exequatur.

VEnditione pfecta, & arrhis datis, emptor, ſeu uenditor recuſat implere promiſſa, quæſtio eſt quid iuris? Sunt qui dicant, eum amiſſione arrharum mulctãdum, uel ſi eas acceperit, dupli reſtitutione, & ſimul etiam condemnandum in id, quod intereſt alterius. Ita Cyn. & Albericus, ad l. contractus, §. illud, C. de fide inſtrum. quorum fundamentum eſt, quia leges dicunt, ſi res uendita non tradatur, id, quod intereſt, præſtandum eſſe, l. 1. ff. de act. empt. l. ſi traditio, C. eod. tit.

Quòd verò de arrharũ amiſſione, uel reſtitutione dictum eſt, iure conſtitutum reperitur, ut patet ex d. l. contractus, §. illud, & ex §. 1. in inſtit. de empt. & uend.

Alij uerò docent in id, quod intereſt, actionem cõpetere hoc in caſu, ſed in ratione eius, quod intereſt, cõpenſandum quod arrharũ nomine datur, ita Bart. & Caſt. in d. l. contractus, §. illud, Ang. Aret. in §. 1. in inſt. de empt. & uend. idem Bar. ad l. 1. §. unde quæritur, ff. de publicanis. Fab. à Monte, de empt. & uend. in 5. q. princ. nu. 70.

Fundamentum eſt in l. prędia, ff. de act. empt. & in l. ſi quis à ſocio, ff. pro ſocio, quibus in locis probatur, ſi contrahentes ſtipulati ſint pęnam, peti tamen poſſe id, quod intereſt, niſi tantũdem in pęna ſit, quantum interfuit ſtipulatoris. Igitur & in hac ſpecie uidetur eſſe idẽ ſtatuendum ac reſpõdẽdum, quaſi arrhę pręſtatio ſit loco pęnę.

Sed mihi magis probatur eorum ſententia, qui docẽt hoc in caſu ad id, quod intereſt, actionem non eſſe dan-
D dam, ſed arrhas datas amitti, aut duplum reddi oportere, ita Salicet. in d. l. contractus, §. illud, Ant. Gomeſ. uariar. reſol. iuris, tit. de empt. & uend. nu. 18. Vealricus Zaſius lib. 2. ſing. reſponſ. cap. 24.

Probatur hæc ſñia ex §. 1. in inſtit. de empt. & uend. *Ita tamen*, inquit, *impunè eis recedere concedimus, niſi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Hoc enim ſubſecuto, ſiue in ſcriptis, ſiue ſine ſcriptis venditio celebrata eſt, is, qui recuſat adimplere contractum, ſi quidem eſt emptor, perdit quod dedit, ſi verò venditor, duplum reſtituere compellitur.* Idem habetur in d. l. contractus, §. illud.

Et cum iis legibus ſpecialiter in propoſito caſu deciſum ſit, & ſatis clarè, quid ſtatuendũ, non puto interpretatione, ac diſputatione hanc rẽ in dubiũ reuocari poſſe.

Nec me ab hac ſententia abducit, quod alibi legib. ita conſtitutum ſit, ut id, quod intereſt, præſtetur. Neque enim loquuntur leges de eo caſu, quo arrharum nomine aliquid datum eſt.

Quòd uerò dicitur, de ſtipulatione pœnali, diuerſam rationem habet; pœnæ enim ſtipulatio interponitur loco eius, quod intereſt, ut ſcilicet cum difficilè ſit probare id, quod intereſt, ſaltem pęnam ſtipulator conſequatur.

Quòd ſi id, quod intereſt, pluris ſit quàm pœna, nihil prohibet peti poſſe id, quod pluris intereſt, eo ſcilicet cõpenſato, quod pœna continet.

Cæterũ, ubi aliquid arrhæ nomine datur, ex eo manifeſtè apparet, contrahentium eam fuiſſe mentem ac uoluntatem, ut id tantum amitteretur, uel duplum reſtitueretur. Et cum hæc ſententia moribus iam recepta ſit, non puto ab ea eſſe temerè recedendum.

CAPVT XXIX.

Si per procuratorem res vendita fuerit, an reſcindi contractus poſſit ob læſionem citrà dimidiam, & quid ſi læſio citrà dimidiam contingat in æſtimatione rei in dotem datæ.

QVod attinet ad primum, non eſt eadem omnium ſententia. Nam contractum eſſe reſcindendum Bartolus cenſuit, non tamen id planè affirmans, in l. ſocietatem, §. arbitrorum, nu. 25. ff. pro ſocio, Paulus Caſtr. in l. 2. nu. 5. C. de reſcind. uend. Ant. Butr. in c. Quintauallis, de iureiur.

Et fundamentum eſt; quia arbitri læſio dicitur eſſe enormis, quoties in ſexta parte eſt, ut probatur ex d. §. arbitrorum, iuncto principio legis, & l. unde & Nerua, ff. eo. tit. ergo & in procuratore idem reſpondendum uidetur.

Alij dixerunt, id ita conſtituendum eſſe in procuratore conſtituto ab homine, ſecus autem in legitimo procuratore & adminiſtratore. Ita Aret. in conſ. 126. & Ant. Gabr. comm. concl. tit. de empt. & vend. concl. 1. nu. 28.

Cæterùm, hanc ſententiam & priorem etiam falſam eſſe oſtendit, l. ſi voluntate, C. de reſcind. vend. ex qua adducor, vt eorum ſententiæ magis adhæream, qui negant
C contractum reſcindi poſſe, niſi læſio vltrà dimidiam probetur; quæ ſententia eſt etiam frequentioribus ſuffragijs munita. Ita enim cenſuerũt Alex. in l. ſi quis cum aliter, num. 18. ff. de verbor. oblig. Panorm. in c. cum cauſa, de empt. & vend. & ibi etiam Anton. Burg. Aret. in d. conſil. 126. Cagnolus ad l. 2. nu. 166. C. de reſcin. vend. & ibi Pinellus alios citans, in 2. par. c. 1. nu. 15.

Et manifeſtè probatur ex d. l. ſi voluntate. Nam in ea ſpecie filius nomine matris fundum vendidit, vt habetur in principio legis, & textus in fine dicit, vẽditionem factam nõ reſcindi, niſi minus dimidia iuſti pretij, quod fuerat tempore venditionis, datum eſſet.

Nec valet argumentum ab arbitro ſumptũ, quia procuratori modus agendi, & contrahendi præſcribi poteſt, arbitro verò nequaquam. Et qui ignatũ, ac imprudentẽ eligit procuratorem, ſibi imputare debet, l. cum mandato, §. vlt. ff. de minor. non idem eſt in arbitro, quẽ vt bonum virum quis elegit, vnde ſi grauem inferat læſionẽ,
D meritò ad boni viri arbitrium recurritur.

Quòd verò ad alteram quæſtionem attinet, ſunt qui putent, ſuccurrendũ eſſe coniugi damnum paſſo circa rei dotalis æſtimationem, licet infra dimidiam ſit damnum. Ita Imola, in c. cum dilecti, nu. 16. de empt. & vend. Aur. burg. in c. cum cauſa, n. 48. eod. tit. Bald. Nouellus de priuileg. dotis, par. 7. priuil. 35. Afflict. deciſ. 270. nu. 3. Cremen. ad d. l. 2. nu. 168. & multi alij, quos refert & ſequitur Pinellus ibi, par. 1. c. 1. nu. 9. & num. 18. & Ant. Gabr. commu. concl. tit. de empt. & vend. concl. 1. nu. 33.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. iure ſuccurſum, ff. de iure dot. *Si in dote danda*, inquit, *circumuentus ſit alteruter, & maior annis vigintiquinque ſuccurrendũ eſt, quia bono, & æquo non conuenitat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum ſentire per alterius lucrum.*

Secũdum eſt ex l. ſi res æſtimata, §. 1. ff. eodem: *Si mulier*, inquit, *ſe dicat circumuentam minoris rem æſtimaſſe, vt puta ſeruum, ſi quidem in hoc circumuenta eſt, quòd ſeruum*

num

num dedit, non tantum in hoc, quòd minoris æſtimauit, in eo actu eam, vt ſeruus ſibi reſtituatur. Enimuerò, ſi in æſtimationis modo circumuenta eſt, erit arbitrium mariti, vtrũ iuſtam æſtimationem, an potius ſeruum præſtet.

Tertium eſt ex l. ſi circumſcripta, C. ſoluto matrimonio: *Si circumſcripta*, inquit, *matre veſtra viliore pretio dotales res æſtimatæ ſunt, quid ſuper huiuſmodi contractũ vitio ſtatutum ſit, vulgò patet.* Et paucis interiectis verbis: *Sin autem*, inquit, *etiam maritus in æſtimatione grauatum ſe alleget, veritate examinata, non amplius, quam pretium iuſtum reſtituere compellitur:*

Cæterùm, læſionem vltra dimidiam requirunt in hac ſpecie Fulgoſ. in d. l. 2. nu. 2. & 4. Salicet. in d. l. ſi res æſtimata, §. 1. Rebuff. de reſciſſ. contract. art. vnico, gloſ. 15. nu. 13. Cagnol. in d. l. 2. nu. 63. duobus argumentis.

Primum ex l. ſi voluntate, C. de reſcind. vend. & alijs legibus ſimilibus, quibus vltra dimidiam læſio requiritur, vt contractus reſcindatur.

Secundum argũ eſt ex eo, quòd contrahentibus licet ſe inuicem decipere in pretio, l. in cauſæ, 17. § idem Pomponius, ff. de minoribus, l. item ſi pretio, §. vlt. ff. locati.

Ad leges allegatas in contrarium reſpondent, eas eſſe intelligẽdas, vbi læſio eſt vltra dimidiam, vel cum dolus interuenit, vt innuit illud verbum, *circumuentus, & circumſcriptus*. argumento l. 1. ff. de dolo, in verſ. *Circumſcribendum*.

Sed mihi prior ſententia longè probabilior videtur: Tum quia memoratę leges quibus nititur, nullam lęſionis vltra dimidiam mentionem faciunt: Tum quia ratio legum, quòd ſcilicet iuſtum non ſit, ſiue bono, & æquo non conueniat, vt alter lucretur cum alterius damno, locum habeat, etiam in læſione citra dimidiam. Tum ex eo denique, quòd d. l. ſi circumſcripta, loquitur ſimpliciter, vbi maritus in æſtimatione ſe grauatum allegat.

Nec obſtat verbum illud, *Circumſcripta*, quia læſionẽ ſignificat etiam abſque dolo, l. in cauſæ, §. penult. ff. de minorib. l. item ſi pretio, §. vlt. ff. locati, & conſequenter euã allam, quæ dimidiam non excedit.

Non obſtant argumenta contrariæ opinionis, quia quod in alijs conſtitutum ac permiſſum eſt, non eſt ad coniuges trahendum, inter quos maximè locus eſſe debet ſinceræ ac bonæ fidei, omni auaritia ac deceptione, ſeu læſione penitus remotis.

CAPVT XXX.

An venditor præciſè teneatur rem tradere, cum tradendi facultatem habet.

COmmunis eſt ſententia, venditorem præciſè compelli ad tradendum rem venditam emptori, cum tradendi facultatem habet, ita gl. Bart. & Caſtr. ad l. 1. ff. de act. empt. Alex. Dec. & Iaſ. ad l. certi condictio, ff. ſi cert. pet. Fab. à Monte, de empt. & vend. in 6. q. prin. nu. 38. necnon alij, quos refert & ſequitur Pinel. ad l. 1. C. de bo. mat. p. 3. num. 26. quibus addi poteſt Couar. lib. 2. var. reſol. cap. 19.

Argumẽta hęc ſunt. Primum ex l. ex empto, ff. de act. empt. ibi: *Venditorem oportet rem præſtare, id eſt, tradere.*

Secundum ex §. perficiuntur, in inſtitut. de donat. ibi: *Et ad exemplum venditionis, noſtra conſtitutio, eas etiam habere in ſe neceſſitatem traditionis voluit.*

Tertium ex §. pretium, in inſtit. de empt. & vend. ibi: *Omnimò tradatur*, &c.

Quartum ex l. fiſtulas, §. fundum, ff. de contrah. empt. & ex l. magis puto, §. ſi pater, ff. de reb. eor. &c. Quibus in locis habetur, rem venditam tradi oportere, & idcirco à minore, & à tutore, nullis etiam adhibitis ſolemnibus, traditionem fieri poſſe.

Quintum ex l. qui reſtituere, ff. de rei uendic. ubi qui reſtituere condemnatus eſt, præciſè compellitur.

Sextum. Aliud pro alio inuito creditore ſolui nõ poteſt, l. 2. ff. ſi cert. petat. ſed res vendita debetur emptori, ergo illa tradi debet, non autem aliud ipſius loco, inuito emptore.

Septimum. Venditor nõ ſolùm tenetur rem tradere, ſed etiam dare, id eſt, dominium transferre, ſi ſit dominus, l. ex empto, ff. de act. empt. l. cum manu ſata, §. ult. ff. de contrah. empt. ergo præciſè compelli poteſt, ſicut is, qui dare tenetur, l. ubi autem, §. ult. ff. de uerb. obl.

Sed contrariam ſententiam ſemper probabiliorẽ eſſe iudicaui, nempe uenditorem præciſè cõpelli non poſſe ad tradendum, ſed hanc neceſſitatem ei incumbere, ut uel rem tradat uenditam, uel id, quod emptoris intereſt, perſoluat, quam ſententiam amplexus eſt olim Ioannes, & ſecuti ſunt Soc. in l. certi condictio, ff. ſi certum pet. & Alciat. ad l. unicam, C. de ſententijs, quæ pro eo quod intereſt, proferuntur.

Probatur. Primò ex l. 1. ff. de act. empt. *Si res vendita non tradatur, ad id, quod intereſt, agitur.*

Secundò ex l. ſi traditio, C. eo. tit. ubi idem habetur.

Tertiò ex l. ex empto. §. & ex empto, ff. eod. tit. *Et ex empto* (inquit) *actionem eſſe, vt habere licere emptori caueatur. Sed & vt tradatur ei poſſeſſio. Idem ait non tradentem, quanti intersit, condemnari.*

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, eas leges intelligendas eſſe, quando uenditor facultatem tradendi non habet. Sed hæc interpretatio meram continet diuinationem.

Quartò probatur ex l. ſi iactum retis, ff. de act. empt. *Si iactum retis emero* (ait tex.) *& captos piſces piſcator nolit tradere, ad æſtimationem rei agendum.*

Nec bona eſt reſponſio, in ea ſpecie agi de obligatione facti, & piſces in conſequentiam uenire, quia principaliter piſces conſiderati fuerunt, ut nempe, quicunque caperentur, emptori tradi deberent, quamquam ſi nihil caperetur, uenditioni factæ locus eſſet.

Quintò probatur ex l. contractus, C. de fide inſtrum. illis uerbis: *Adeò, vt nec illud in eiuſmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio ſtatuto, neceſſitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere* (nempe, rem tradere, & alia facere, ſecundum naturam uenditionis) *vel id, quod emptoris intereſt, perſoluere.*

Poſtremò probatur, quia in obligationibus facti ſufficit præſtare id, quod intereſt, l. ſtipulationes nõ diuiduntur, uerſ. Celſus, ff. de uerb. obl. l. ſi qs ab alio, § ult. ff. de re iudic. ſed uenditor tenetur ad factum, nempe, ad rem tradendam, l. ſi ſtipulatus, ff. de uſuris, l. ſi rem tradi, ff. de uerb. obl. ergo præciſè compelli non poteſt ad tradendũ, ſed ſoluendo quod intereſt emptoris, liberatur.

Ad primum argumentum cõtrariæ ſententię reſpondeo. Concedo, uenditorem teneri ad tradendum, ut in lege allegata, ſed dico, eum præciſè compelli non poſſe, ſed ſoluendo id, quod intereſt, liberari, ſicut in alijs legibus dicitur.

Et hęc reſponſio ualet ad ſecundum & tertium argumentum, quia eodẽ modo accipienda ſunt illa loca, nempe, uenditorem neceſſitatem habere, aut rem tradendi, aut ſoluendi id, quod intereſt emptoris.

Sic & ad quartum reſpondeo: nam concedo uenditorem obligatum eſſe ad tradendum, traditionemq; fieri poſſe abſque ſolemnibus: ſed nego eum præciſè compelli poſſe, ut dictum eſt.

Ad quintum reſpondeo, illam legem loqui de eo, qui condemnatus eſt ad reſtituendum, quæ diſſimilis eſt ſpecies ab hac noſtra.

Ad ſextum reſpondeo, uenditorem aliud pro alio non præſtare, cum ſufficiat, ſi uel rem tradat, uel id, quod intereſt, perſoluat.

Ad ultimũ reſpondeo, negando uẽditorem teneri ad dandum, hoc eſt, ad dominiũ transferendum, id, inquã, nego authoritate l. ſi ita diſtrahatur, ff. de contrah. empt. *qui vendidit*, inquit, *neceſſe non habet fundum emptoris facere*. Non obſtant leges allegatę, quia non dicũt uenditorem teneri ad dominium transferendum, ſed hoc vult

Iu-

Iuriſconſultus in d.l.ex empto,ut ſi uẽditor ſit dominus rei uenditæ, eam tradendo dominium in emptorẽ transferat,& in d.l.cum manu iata, §.ult.hoc tantum dicitur. Pactum nullius eſſe momenti, quo inter emptorem, & uenditorem eſt conuẽtum, ut dominium rei uenditę in eũ non transferatur. Rectẽ,quia natura uenditionis eſt, ut rei dominium in emptorem transferatur, ſi uenditor rem tradens dominus exiſtat, d.l ex empto; addo Duarenum;pro hac ſententia noſtra,ad tit.de in litem iurando,ubi elegantet loquitur. Adde in contrarium Cuiac. ad lib. 1. feudor.ti.1. motum ex eo quod ſcribit Paulus, lib.1.ſentent.& ex aliis,quibus ſupra reſponſum eſt. Et locus Pauli eſt Palea, id eſt, non eſt inſertus in corpore iuris, ideo non poteſt allegari ad deciſionem cauſarum. Mecum etiam ſentit Vand-qq. cap.9. A

CAPVT XXXI.

Venditor utrum actione ex empto conueniri poſſit, ut realiter venditam rem emptori tradat, quando emptoris nomine ſe illam conſtituit poſſidere. Et quid ſi precario nomine.

NOn deſunt, qui negant uenditorem conueniri poſſe & cogi,ut rem tradat emptori,quando is ſe conſtituit emptoris nomine rem uenditam poſſidere;ita enim cenſuerunt gloſ. Bart. Angelus, Salic. Fulgoſ. Iacopinus, & Iaſon, in l.ab emptione, ff.de pactis, Alex.in l.Põponius,§.ſi is qui precario,col.3. uerſ. Quid econtra quãdo uenditor, ff.de acq.poſſeſſ. Angelus Aret. in §.1.inſtit.de empt.& uend.ad finem, Ludouicus Bologninus in conſ.72.col.2. Mattheſilanus ſingul.67. Nota quod uenditor,& ſingul.170.

Fundamentum autem eſt; quia per conſtitutum naturalis et ciuilis poſſeſſio transfertur in eum,cuius nomine poſſidetur,l.quod meo,ff.de acq.poſſeſſ. igitur uenditor rem tradidiſſe uidetur.

Quia ratione idem reſponderunt, ut uenditor conſtituit,ſe precario emptoris nomine poſſidere, Alex.in cõſ. 27.col.2.lib.1.Corneus in conſ.53.lib.2.& 40.lib.4. Vitalis Cambanus, de clauſula, in clauſula, conſtituit ſe precario nomine poſſidere. Afflictus in cap.1. quid ſit in ueſtitura.

Sed neutra ſententia mihi probatur:Nam cum uenditor rem tradere teneatur,ſine dubio ſequitur eum teneri ad uacuam poſſeſſionem tradendam, quatenus eſt facti; Arg.l.3.§.1.de act.empt. quæ ſane uacua poſſeſſio ex eo, quod ſe nomine emptoris poſſidere cõſtituat, non transfertur. Item,uenditor ex empto tenetur,ut emptori rem habere liceat,l.ex empto,§.& ex empto,ff.eod.tit. licet aũt emptori rem habere,cũ uiſitit poſſeſſioni, & re fruitur, l.habere licere, ff.de euictiõn. Quamobrem, uenditorẽ hoc in caſu minime liberatum eſſe à neceſſitate tradendi rem effectualiter ac realiter, ſic enim noſtri loquuntur, immo conueniri ex empto poſſe,cenſuerunt Bald.et Caſtr.in d.l.ab emptione,ff.de pactis, Alex.in conſ.28. lib. 2.Decius in cõſ.281.col.2.Ruyn.cõſ.94. lib.1. Tiraquell. de iure conſtituti,par.1.nu 10.Addentes ad Mattheſila num d.ſingul 67. quibus aſſentior.

Et cum precario nomine poſſidens naturalem poſſeſſionem habere dicatur,is uero,cuius nomine poſſidetur, ciuilem,l.& habet, §. eum qui precario, ff.de precario, uel ſecundum Labeonis ſententiam,is ſolum poſſidet,qui precario rogauit,ut ſibi poſſidere liceret, ut notat Cuiacius lib.9.Obſeru.32.ſequitur,uenditorem in propoſita ſpecie non uideri naturalem poſſeſſionem in emptorẽ tranſtuliſſe, conſequenter adhuc ex uendito teneri. Ita Tiraquellus alios citans de iure conſtituti, in prima parte,nume.8.

CAPVT XXXII.

Tractantur tres controuerſiæ pertinentes ad interpretationem & materiam l. curabit,C.de act.empt.

CVrabit præſes Prouinciæ compellere emptorem, qui nactus poſſeſſionem, fructus percepit partem pretii, quam penes ſe habet cum uſuris reſtituere, quas & perceptorum fructuum ratio & minoris ætatis fauor, licet nulla mora interceſſerit, generauit.

Pro huius legis interpretatione controuertitur inter doctores, an idem ſit reſpondendum ſit,cum emptor nullos fructus ex re uendita,utpote ſterili,percepit. Et idem reſpondendum eſſe dixerũt Bald.ad l.2.C.de uſuris,Caſtr.in d.l.curabit, Petrus Anchar.in c.peccati uenia, de reg.iur.lib.6.Io.Anania in c.conqueſtus, de uſuris, Soc. ſen.in conſ.88.nu.8.& 103.lib.4. Pariſ.in c.cum uenerabilis,col.8.de except.& in cõſ.60.nu.28.lib.1. Gozad.in conſ.55.D.Io.Cephalus in conſ 736.nu 26.lib.5.Io.Petrus Surd.in conſ.101.Rota Genuenſ.deciſ.194. B

Fundamẽtum eſt in eo,quod eiuſmodi uſuræ propter perfidiam emptoris debeantur, quia ſcilicet cum rem ac ceperit,nõ exequitur id, quod debet, & pretiũ nõ ſoluit.

Huc accedat text. in l.2. C.de uſuris, ubi ſimpliciter habetur,uenditorem, cui poſſeſſio tradita eſt, uſuras ęquitatis ratione præſtare cogendum, ſi pretium uenditori non obtulerit.

Contrariam ſententiam amplexi fuere Cyn & Salicet.in l.in minorum,C.in quib.cau.in integr.reſt.nõ eſt neceſſ. Alex.in l.de diuiſione,ff.ſol.matr. Aretin.in cõſ. 194.nu.11.& in l.ita ſtipulatus, col.5. ff.de uerb.oblig. Socin.ſen.in conſil.109.lib.1.Corneus in conſ.59.lib.3. Cagnoad d.l curabit,n.26.Io.Bapt.Lupus ibid nu.141. Couar.lib.3. uariar. reſol. cap.4. in 7. illatione. Natta in conſil.417.& 494. Petrus Benintendius deciſ. Bononien.29.& huic ſententiæ & ipſe adhæreo.

C Probatur hæc ſententia ex d.l.curabit, & ex ratione ipſius legis,ait enim lex,emptorem,qui nactus poſſeſſionem,fructus percepit,uſuras pendere oportere, ergo ſecus dicendum uidetur, cũ fructus percipere non potuit.

Ratio autem legis eſt: quia cum fructus percipiat, æquum eſt eum uſuras pendere, ut inquit tex.in l.Iulianus, §.ex uendito, ff.de actio.empt. unde, alibi dicitur iniquum eſſe uſuras ab eo exigi, qui fructus non percepiſſet,l.liberalitatis,ff.de uſuris.

Nec enim ſufficit emptorem rem habere,ſed illud ſpectare debemus an facultatem habeat fructus percipiendi,ut in d.§.ex uendito.

Non obſtat id, quod dicebatur emptorem ad uſuras pretii non ſoluti condemnandum, propterea quod fidẽ contractus non ſeruauerit,quia hoc nulla lege,nullaque ratione uiritur, immo pugnat cum dicta l.curabit, quatenus ibi dicitur, licet nulla mora interceſſerit, emptorem teneri.

D Non obſtat text. d.l. 2. C. de uſuris, quia quod ibi ſimpliciter affirmatur, emptorem ad uſuras præſtandas teneri,ex aliis legibus declarandum eſt,nempe, ut uerũ ſit, ubi fructus percepit ex re empta, cuius poſſeſſionem nactus eſt.

Altera eſt controuerſia, an uſurarũ præſtationi ſit locus, quando uenditor non tradidit emptori rem liberã, ut tenebatur, uel fideiuſſorem, quẽ promiſit, euictionis nomine,non dedit. Et locũ non eſſe,reſponderunt Bald. ad l.1.C.de bonis mater. Socin.ſen.in conſ.88.nu.17.lib. 3.Pariſius in c.uenerabilis,col.8.de except. Afflictus deciſ.20. ad finem.

Fundamentum eſt, quia uenditor hoc in caſu promiſſa non adimpleuit, unde nec pretium petere poteſt,l.Iulianus, §.offerri, ff. de action. empti. l.ædiles, §.ordinem, ff. de ædil.edicto, conſequenter nec uſuras, argumento l. lecta, uerſicu. Sed cum fortis, ff. ſi cert. petat.

A Contrariam ſententiam ſecuti fuere Bald.& Caſtr.in l.2.C.de vſuris. Alex. in conſ.147. nu 4.lib.5. Dec.in conſil.119.col.3. Cagnol.ad d.l.curabit, nu.31. Ioan.bapt. Lupus ibid. nu.142. Couar.lib.3. variar. reſol.c.4. illat. 12. dominus meus Cephalus in conſil 609. lib.4. quibus & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſnīa ſatis euidenter ex l.Iulianus, §.ex vend ff.de act.empt. *Ex vendito*, inquit text. *actio venditori competit ad ea conſequenda, quæ ei ab emptore præſtari oportet. Veniunt autem in hoc iudicio infra ſcripta. In primis pretium, quanti res venit. Item vſuræ pretij poſt diem traditionis. Nam cum re emptor fruatur, æquiſſimum eſt eum pretij vſuras pendere. Poſſeſſionem autem traditam accipere debemus, etiāſi precaria ſit poſſeſſio. Hoc enim ſolū ſpectare debemus, an habeat facultatē fructus percipiendi.*

His poſtremis verbis probatur ſententia ſupra dicta. Nam precaria poſſeſſio, non eſt libera poſſeſſio, & tamen emptor vſuras cogitur præſtare. Rurſus ait text. *Hoc enim ſolum ſpectare debemus, an habeat facultatem fructus* B *percipiendi*, vnde, ſic argumentari licet. In propoſita quæſtione emptor facultatem habet fructus percipiendi, ergo tenetur vſuras ſoluere, licet venditor non adimpleuerit pro parte ſua contractum.

Ex quibus ceſſat fundamentum contrariæ opinionis, quoniam vſurarum præſtatio non ex mora emptoris procedit, ſed ex æquitate illa, ne re & pretio quis fruatur, ſed ſi emptor fructus perceperit, vſuras pro fructuū perceptorum ratione pendat.

Tertiò controuertitur, vtrum iuſtè, & abſque uſuræ labe conuenire venditor cum emptore poſſit, ut donec pretium rei venditæ, puta prædij, vel alterius rei fructiferę numeretur, aliquid certi annuatim pendatur. Et quidem eam conuētionem tanquam fęneratitiam dānant, Dec.in conſ.116.119.183. Socin.ſen. in conſil.130. lib.4. Crauetta conſ.189. verſ.tertius eſt caſus. Syluanus in conſ.10.nu.46.D.Cephalus in conſ.290.lib.2. Simō Pretus in conſ.198. Franciſ. Marcus deciſ.891.

C Argumenta hęc ſunt. Vbi ad ſoluendum ſortem debitam conceſſa eſt debitori dilatio, non tenetur ad uſuras præſtādas, quia neque eſt in mora regulari, neque in mora irregulari, vt loquuntur doctores, l.lecta, verſ. Sed cum ſortis, ff ſi cert.petatur, ergo iniuſta eſſe uidetur ea conuētio, quę illum obligat ad pręſtationem vſurarum, cum de iure non teneatur.

Secundò. Aut dicimus eam ob cauſam uſuras deberi, quod emptor pretium retineat; & hoc abſurdum eſſe uidetur, quia tunc pecunia pareret pecuniam, contra naturam, & iura. Aut eam ob cauſam, quod res uendita uideatur eſſe locata emptori donec pretium ſoluerit; & hoc dici non poteſt, quia nemo conducit rem ſuam, l.qui rem, C.locati, rei aūt dominium in emptorem, cui res eſt tradita, tranſfertur, l.quod uendidi, ff.de contrah. emptione. etiamſi pretium non ſit numeratum, ſi modo habita ſit ei fides de pretio, §.item uenditæ, in Inſtit.de rer. diuiſ. aut ea ęquitate l.curabit, uolumus eſſe locum uſurarum D præſtationi; & hoc non uidetur dici poſſe, quia emptor dilationem habet ad ſoluendum pretium, quæ circumſtantia procul dubio nō eſt in ſpecie illius legis. Fructus uero ſuos facit, tāquam rei dominus, ac iuſtus poſſeſſor, l.fructus, C.de act. empt.

Tertio. Nemo poteſt abſque uſuræ labe cariore pretio rem uēdere, ob conceſſam dilationē ad ſoluendum pretium, c.in ciuitate, de uſuris. Videretur autem hoc in caſu carius uēdere, exigēdo annuū cenſum, ſeu pēſionem.

Quartò, ex Antonij Butrij ſnīa in c.ſalubriter, de uſuris, non licet uiro uſuras dotis non ſolutæ petere ab uxore, cui ad ſoluendam dotem dilationem conceſſit, ergo multo minus uenditori licebit, ab emptore eas exigere.

Quinto, cum dubium & incertum ſit, quātum ex fructibus emolumenti percepturus ſit emptor, nō uidetur licere, certam taxare quantitatem uſurarum, ex communi ſentētia Canoniſtarum, ut per Io.Andr. Ant.Butr. & A alios, in c.ſalubriter, de uſuris, Roman.in conſ.550. Petrum Rebuffum in repetitione l.vnicæ, in gloſ.ult. nu. 34.35.C.de ſent.quæ pro eo, quod intereſt, &c.

Verum iſtis non obſtantibus eorum ſententiam probabiliorem eſſe iudico, qui eiuſmodi conuentionem, & pactum approbant, & abſq; uſuræ crimine fieri poſſe cōtendunt, ſi modo uſurę taxatę quantitas nō excedat fructuum quātitatem, qui veriſimiliter ex re uendita percipiuntur, ac percipi poſſunt. Ita Caſtr.ad l.Iulianus, §.ex uendito, ff.de act.empt. Alex.in conſ.121.nu.4.lib.5. Deci.in c.cum venerabilis, nu.14.de except.& in conſil.111. col.vlt. Pariſius in conſ.60.nu.3.lib.1. Cagnol.ad d.l.curabit, nu.57. Couar.variar.reſol.lib.3.c.4. nu.5. Anchā. q.33.in 2.par. Io.Bapt. Lupus in d.l.curabit, nu.145.

Probatur hæc ſententia, quia ſi nulla dilatione data ad ſoluendum tenetur emptor vſuras præſtare ex ęquitate l.curabit, ergo nihil prohibet, quin idipſum, quod lex probat & conſtituit, in conuentionem & pactum dedu- B ci queat.

Sed & hanc ſnīam iuuat, quòd approbatur in contractu mutui ea conuentio, vt donec pecunia credita reſtituatur, aliquid pręſtetur pro lucro creditoris ceſsāte, vel damno emergente. Sicuti tradunt Hoſtienſ. Abbas, & Anania, in d.c.ſalubriter, de vſuris, Alex. in conſ.228. lib.2. Couar.alios citans loco proxime annotato.

Ad primum argumentum contrarię opinionis reſpōdeo, vſuras in propoſita ſpecie deberi ac præſtandas eſſe non ex mora, ſed ex conuentione, quæ non pugnat cum lege, ſed concordat.

Ad ſecundum reſpondeo, conuentionē eſſe legitimā ex ęquitate d.l.curabit, nam cum emptor re fruatur, æquum eſt eum vſuras pretij non ſoluti pendere, vt dicebat IC in l.Iulianus, §.ex vendito, ff.de act. empt. nec dicimus in ſpecie d.l.curabit, eam dilationem emptori fuiſſe conceſſam ad pretium ſoluendum, ſed ex eo, quod conceſſa eſt, iuſtè venditorem paciſci, vt vſuræ præſten- C tur; aliud reſpondendum foret, ſi dilatio ad ſoluendum concederetur, nulla vſurarum præſtandarum pactione interpoſita.

Ad tertium reſpondeo, venditorem carius rem non vendere, ſed vſuras conſequi pro ratione fructuum ab emptore perceptorum. Id enim æqualitas iuſtitiæ commutatiuæ poſtulat.

Ad quartum reſpondeo, Antonij Butrij ſnīæ oppoſitę in argumēto obſtare aliorum magis receptam traditionem, maritum iuſte uſuras paciſci, donec dos ſoluatur. Vide Anchar. & Abbatem, in d.c.ſalubriter, Baldū Nouellum de dote, priuileg.3. par.7. Alex.in conſ.31. lib.6. Couar.loco proxime citato, in 4 & 5.illatione.

Ad vltimum reſpōdeo, ſnīam noſtram intelligi & loqui, quoties taxata quantitas veriſimiliter reſpondet fructibus percipiendis ab emptore, quo caſu nihil obſtat, vt declarant Deci.in d.c.cum venerabilis, nu.14.de except. Couar. & Rebuffus locis ſuperius annotatis.

D Solerat aūt ad tollendam omnem dubitationē hoc conſilium dari venditoribus, vt rei dominium apud ſe retineant, donec eis pretium exſoluatur, & interea locēt certa conſtituta penſione emptori rem venditam, ut tradit Panor.in conſ.121.lib.5. Socin.ſen.in conſ.88.nu.14. Socin.iun.in conſ.66.nu.7.lib.2. Cagnol.ad d.l.curabit, nu. 61. Couar. loco annotato in 5.illatione, Andr. Geyll, lib.2. Obſeru.3.in fine.

CAPVT XXXIII.

De l. quoties, C.de rei vend. an locum habeat in perſonis Eccleſiaſticis vendentibus.

CVm quis eandem rem duobus uendidit, eum conſtat in obtinendo dominio eſſe potiorem, cui priori res eſt tradita. Sed an & in perſonis Eccleſiaſticis uendentibus idem iuris ſit, non eſt eadem omnium ſententia.

Negant

Negant enim idem eſſe ſtatuendum Hoſtienſis, & Io. Andr. in c. continebatur, de his quæ fiunt à maiori parte capituli, eo quod minimè deceat quenquam decipi à viris Eccleſiaſticis, vt in clem. cum illuſin, de renunc. c. hoc ius porrectum, 10. q. 2. huc accedat text. in c. cum inter canonicos, de elect. in c. cum autem, de iure patronatus, quibus in locis patet, priorem in tempore præferendum eſſe, tanquam potiorem.

Affirmant vero idem eſſe ſtatuendum etiam in perſonis eccleſiaſticis, Panor. Butr. & alii magis communiter in d. c. continebatur, Alexand. conſ. 122. lib. 5. Iaſon in d. l. quoties, nu. 19. Socin. ſen. in conſ. 29. lib. 4. Couar. variar. reſol. lib. 2. cap. 19.

Ego poſteriorem hanc affirmantem ſequor. Nam iuris ciuilis regulæ & traditiones, etiam iure canonico ſunt receptæ, iis exceptis, quæ reprobantur expreſſe, vt patet ex c. 1. & 2. de operis nn. nunc. Quare & regula d. l. quoties, iure canonico recepta eſſe videtur. Conſequenter, nihil proponitur, cur inter perſonas eccleſiaſticas locum non habeat eadem iuris ciuilis conſtitutio; niſi quis doceat, eccleſiaſticos viros venditione ſola rerú dominium in emptores abſque traditione traſferre, aduerſus alias iuris ciuilis regulas, l. traditionib. C. de pactis, ſi enim in poſteriorem emptorem facta traditio ſit factu, vt dominium transferatur, ſequitur eum eſſe in obtinendo dominio potiorem eo, cui priori res eſt vendita, quæ ſententia eſt d. l. quoties.

Nec mouet illud qd dicitur, viros Eccleſiaſticos alienos eſſe oportere à ſimilibus dolis, & deceptionib. Quia hæc ratio probat eos grauius hoc in caſu peccare, & puniendos eſſe, quam laicos homines, qui ob eam cauſam incidunt in crimẽ ſtellionatus, vt patet ex l. 1. & 2. C. de crim. ſtell. & l. 1. & ſeq. ff. eod. tit.

Regula verò iuris canonici, prior tempore, potior iure, ſimilis eſt iuris ciuilis regulæ, quæ idem ſtatuit. Sed ab vtraque ſpecies, de qua loquimur, excipienda eſt, niſi velimus iniuriam facere conſtitutioni d. l. quoties, C. de rei vendic. vide etiam hac de re Piſtorium, lib. 2. parte poſteriori, q. 29. nu. 27.

CAPVT XXXIV.

Venditio an probetur, ſi teſtes de certo pretio non teſtificentur

TRes ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Prima, venditionem probari, quia venditio facta eſſe intelligetur iuſto pretio. Ita Bald. ad l. 1. C. de reb. alienis non alien. Rom. in conſ. 91. nu. 7. And. Siculus in conſ. 90. col. 1. lib. 3.

Secunda, non probari. Ita Romanus ſibi contrarius ſing. 749. Marſil. ſing. 38. Alex. in conſ. 128. nu. 4. lib. 2. Dec. in conſ. 57. nu. 5. & alii à Maſchardo citati de probat. vol. 3. concl. 1401.

Tertia: Diſtinguendum. Aut res agitur inter emptorem & venditorem, altero affirmante, altero uero negante venditionem, & teſtibus affirmantibus venditionem factam, non autem de pretio teſtificantibus, de quo tamẽ contentio erat inter emptorem & venditorem, & nunc poſterior ſententia uera eſt. Aut res agitur inter venditorem, qui rem poſſidet, & alium, & contentio eſt an rem illam emerit, eo fine, vt præſcriptione allegare poſſit, & tunc prior ſententia obtinere debet. Ita Alex. & Iaſ. in l. ſi duo patroni, §. Marcellus, ff. de iureiur. Affl. deciſ. 83. nu. 6. Ioſephus Ludou. deciſ. Peruſina 44. in 1. parte, & alii à Maſchardo citati loco annotato, nu. 11. 12.

Ego magis probo eorũ ſententiam, qui negant, venditionẽ probari, quia uenditionis ſubſtantia conſtat ex re & pretio, §. pretium, inſtitut. de empt. & vendit. proinde, ſi de pretio non conſtet, nec de ipſa venditione conſtare videtur.

Et nota eſt doctrina illa, teſtibus fidem adhibendam non eſſe, qui non plenè teſtificantur, vtpote, non plenè A & ſufficienter informati, vt notatur in l. Lucius, ff. de his qui notantur infamia.

Tempero hanc meam ſententiã, vt locum nõ habeat, cũ teſtes dicunt rem fuiſſe venditam certo pretio, licet tamen ipſi nõ recordentur, quãtum fuerit, & ſimul talis eſt cauſa, in qua de pretii quantitate non diſputatur, ſed de titulo duntaxat venditionis, ad finem præſcriptionis uel dominii probandi contra tertium, qui non vendidit. Hoc vero temperamentum ex lege non didici, ſed ratio id me docuit, ſatis, ut mihi uidetur, manifeſta.

CAPVT XXXV.

Tres controuerſiæ circa litis denunciationem, quam venditori emptor facere tenetur.

INter omnes conſtat, ut emptori euictionis nomine aduerſus venditorem ſit conſultum, eundem denunciare litem motam oportere, ſed controuerſia eſt primo, an ſufficiat ſimplex litis motæ denunciatio venditori facta, an vero præterea an ſtandum & petendum ſit, vt venditor ad defendendum ueniat.

Deinde, an ſit neceſſe in ipſo denunciationis libello inſerere acta litis motæ aduerſus ipſum emptorem?

Tertiò, an hæc ſolemnis denunciatio neceſſaria ſit, etiam quando venditor ſcit litem motam emptori, & quę acta ſunt, nouit.

Quod attinet ad primum, tres ſunt doct. ſnię. Prima, ſufficere ſimplicẽ intimationem, ſeu denũciationẽ litis. Ita Bal. ad l. emptor, C. de euic. Salic. ad l. 1. C. de periculo & cõmodo rei vend. Io. Imolẽſ. in c. vlt. de empt. & vẽd.

Fundamẽtum eſt potiſſimum in. l. ſi cum quæſtio, C. de euict. *Si cum quæſtio*, inquit, *tibi ſuper eo, quem comparaueras, moueretur, auctorem tuum certum feciſti, nec contra iudicis diſceptationem, eum, quem emeras, tradidiſti, Præſes prouinciæ in damnis, quæ te toleraſſe meminiſti, modelam iuris adhibebit.*

Altera eſt ſententia, non ſufficere ſimplicẽ litis denunciationẽ, ſed emptorem inſtare, & petere ſimul debere, vt venditor ipſum defendat. Ita Bar. in l. non ſolũ, §. morte, nu. 51. ff. de op. no. nunc. Abb. in c. vlt. de empt. & vẽd. Felyn. in c. cum M. Ferratienſis, nu. 65. & ibidẽ Ripa, nu. 166. de Conſtit. Cagn. ad l. venditor, ff. de iud. Alciat. ad l. ſtipulatio, ff. de verb. obli. nouiſſimè Caballinus de euiction §. 3. num. 21.

Fundamẽtum eſt in multis legibus, quibus agitur de tali denunciatione, in hunc modũ, vt uẽditor liti aſſiſtat, vel cauſam inſtruat, & ipſum emptorem defendat, l. 14. C. de peric. & cõmo. rei vend. ibi: *Vt cauſæ agendæ adeſſet*: l. ſi rem, 1. §. ult. de euict. ibi: *Vt de ea re agenda adſit*: l. ſi patẽtes, C. eo. ibi: *Nec vobis, vt defenderetis denunciatum probetur*: l. empti actio, C. eo. ibi: *Interpellare venditorem, ſiue ſucceſſores eius, debes, vt tibi aſſiſtant, cauſamq; inſtruant*: l. cũ ſucceſſores, C. eo. ibi: *Aſſiſtere negotio denunciã*: l. venditor, ff. de iudic. l. ſi plus, §. mota, ff. de euict. l. D qui abſentem, ff. de procur. c. vlt. de empt. & vend.

Tertia eſt opinio diſtinguẽtium. Aut vẽditor aliundè nouit litem motam, quàm ex relatione emptoris, & tũc procedat poſterior ſententia, quæ illud exigit, ut emptor petat defendi: Aut ſcit litẽ motam ex relatu ipſius emptoris, & tunc vera ſit prior ſententia, quæ docet ſimplicem denunciationẽ ſufficere. Ita Bal. in l. 1. C. de periculo & commo. rei uend. & ibi etiam Salic. Alex. in l. non ſolùm, §. morte, nu. 45. ff. de oper. no. nun. & ibid. Iaſon, nu. 59. Ant. Burg. in c. vlt. nu. 4. de empt. & vẽd. Couar. lib. 3. variar. reſol. c. 17. ſub nu. 5. verſ. tertiò adhuc.

Fundamentum eſt, quia cum emptor certiorem facit venditorem de lite mota, tacitè uidetur petere, ut ueniat ad ſe defendendum, argum. d. l. ſi cum quæſtio. Hęc autem ratio ceſſat, vbi aliunde, quam ex ipſo emptore venditor litem motam intellexit. Ideirco tunc neceſſe eſt, vt emptor eum interpellet, vt cauſam defendat.

Mihi uerior uidetur eorum ſententia, qui dicunt neceſſa-

ceſſariam eſſe denunciationem, & ſimul etiam eam interpellationem, vt venditor ad defendendum veniat.

Probatur hæc ſententia ſatis euidenter ex legibus ſuperius allegatis, in quibus ſemper ſit mentio talis interpellationis quod ſanè fruſtra poſitum non uidetur.

Huc accedat, quod niſi ſic venditor interpellatus fuerit, probabiliter exiſtimare poteſt, emptorem per ſe ipſum cauſam defenſurum. Et nota eſt iuris regula, eum, qui tenetur ad aliquid faciendum, in mora non conſtitui, niſi fuerit interpellatus, l. mora, ff. de vſuris, l. ſi ex legati cauſa, & l. ſi inſulā, ff. de verb. obl. Decius in l. qđ te, nu. 44. ff. ſi cert. pet. & in conſ. 2. nu. 7. Socin. ſen. ad l. 2. §. voluntate, nu. 21. ff. ſolu. matrim.

Ad l. ſi cum quæſtio, C. de euict. reſpondeo, licet illa lex nullam faciat mentionē eius interpellationis, vt venditor defendat, ſed tantum denunciationis litis, debet tamen ex alijs legibus clarioribus, eam interpellationē requirentibus, interpretari et declarari. Vna enim lex ex altera declaratur, l. vltim. ff. de petitione hered. l. ſed & poſteriores, ff. de legib.

Non obſtat, quod doctores diſtinctione vtentes, dicunt, ubi ſit ab emptore denūciatio, tacite ineſſe eam interpellationem, vt venditor ad defendendum accedat. Quia id negari poteſt: Etſi enim ea fortaſſe denunciantis emptoris mens fuerit, non tamen certus eſt venditor, emptorem egere ipſo defenſore, & ſe ad id faciendum interpellari. Hæc de primo.

Quod attinet ad ſecundum, etſi Lud. Rom. ad l. non ſolum, §. morte, ff. de ope. no. nunc. exiſtimauerit, neceſſe non eſſe, ut libello ſeu denunciationi inſerantur acta & geſta contra ipſum emptorem, quoniam venditor ſimpliciter emptoris verbo, ſi bonus vir reputetur, credere debeat argumen. l. argentum, ff. commod. & eorum, quæ notantur in l. Titio fundus, ff. de cond. & demonſt. & idem ſentire Angelus videatur in l. emptor, C. de euict. tamen cōtraria ſententia longe verior & communior eſt: nam ne
C ceſſe fore, ut exemplum citationis et libelli eius, qui contra emptorem de re empta litem inſtituit, edatur vēditori ſimul cum denunciatione litis, tradunt, Bar. in d. l. non ſolū, § morte, n. 48. ff. de op. no. nūc. Alex. ibi, nu. 45. Iaſ. nu. 38. Ripa n. 163. Couar. lib. 3. var. reſol. c. 17. nu. 5. Caball. de euict. nu. 33. Cagnol. ad l. venditor. ff. de iud.

Probatur hæc ſententia ex Clem. cauſam, §. ult. de ele. ubi ponitur forma denunciationum, ac intimationū faciendarum; non ſolum in ſpecie, de qua ibi, ſed in alijs omnibus; & inter cætera conſtitutum eſt, ut libelli & citationis tenor intimationi inſeratur. Meritò, vt videlicet is cui inſinuatio facienda eſt ſciat, quid ſibi faciēdum ſit, & deliberet, an cedere uel contendere velit. Hæc de ſecundo.

Quod attinet ad tertium, denūciationem nō requiri, quoties venditor ſcientiam habet litis motæ, dixerunt gloſ. & Bal. in l. emptor. C. de euict. ubi etiam Cyn. Io. Imo. ad l. 2 §. volūtatem, ff. ſol. matr. & in c. ult. de empt. & uend. Alex. in d §. uoluntate. num. 12.

D Fundamentum eſt, quia certus non eſt certiorandus l. 1. ff. de act. empt. c. eum qui certus eſt, de reg. iur. lib. 6.

Sed contraria ſententia uerior & communior eſt, nēpe, litem etiam ſcienti uenditori denunciandam eſſe. Ita Bart. in d. l. non ſolum, §. morte, n. 42. ff. de oper. no. nūc. & in l. denūciaſſe, ff. ad l. Iul. de adul. Specu. tit. de empt. & uend. §. ult. & ibi Io. Andr. in addit. Panor. in c. ult. de empt. & uend. Dec. in conſ. 74. Fely. in c. cum ille, nu. 65. de conſti. & ibi Ripa, nu. 166. Capella Tholoſana, q. 407. Viuius commu. opin. in uer. uēditor. Couar. lib. 3. variar. reſolu. cap. 17. nu. 5. Caballinus de euict. §. 3. nu. 4.

Probatur hæc ſententia, quia denunciatio fieri debet, non in eum tantum finem, ut uēditor ſciat litem motā; ſed vt interpelletur & requiratur ad defendendum & aſſiſtendum cauſæ & emptori, ut dictum et concluſum eſt ſupra in prima huius capitis controuerſia. Simile videmus in ſpecie l. denunciaſſe, ff. ad l. Iul. de adult.

Ex his patet reſpōſio ad regulam, certus non eſt cer-

A tiorandus, quia non procedit hoc in caſu, cum certioratio ſit neceſſaria, vt ſimul etiam interpelletur venditor; quod non facit ſola ſcientia eius, qui interpellandus eſt. Cætera argumenta ex l. ult. ff. de tranſactio. iuncta l. 3. C. de nouatio. leuiora ſunt, quā vt confutatione indigeant.

CAPVT XXXVI.

Aliæ duæ controuerſiæ tractantur de eadem euictionis materia.

Eſt etiam controuerſia inter doctores, ſi venditor ſciat emptori litem eſſe motam, an requiratur interpellatio & denunciatio, cum iuramentum in contractu venditionis acceſſit. Et neceſſariam interpellationem, ſeu denunciationem non eſſe, docet Ale. ad l. 2. §. uoluntate, ff. ſolu. mat. Andr. Sicul. in c. ult. de empt. & uend. & ibi etiam Anto. Burg. nu. 11. Claudius Seyſellus & Antonius Rubeus, in l. non ſolum, §. morte, ff. de
B oper. no. nu. ille nu. 202. iſte nu. 687. Io. Lup. in c. per veſtras, §. ult. nu. 31. de donat. inter uir. & uxor. Purpuratus ad l. quod te, nu. 92 ff. ſi cert. petat.

Fundamentum eſt, quia iuramentum cōſtituit in mora obligatum abſq; interpellatione, ex communi doctorum ſententia, ut per doct. in c. breui, de iureiur. Gabr. commu. concl. tit. de iureiur. concluſ. 2. Seraphinum Senenſem, de priuileg. iuram. c. 37. conſequenter, ſi venditor iurauit ſe defenſurum emptorē, tenetur eum defendere etiam non interpellatus.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Socin. ſen. in d. l. 2. §. uoluntate, nu. 21. ff. ſol. mat. Alciat. ad l. quod te, in uer. intelligere deberes, ff. ſi certū petat. Rebuffus de dilationibus art. 5. gloſ. unica, nu. 36. Caballin. de euict. §. 3. nu. 54. & ſeq.

Fundamentum eſt, quia iuramentum ſequitur naturam contractus ſuper quo interponitur, ca. quemadmodum, de iureiur. ſed ex natura cōtractus tenetur emptor
C venditori litem denunciare, eumq; requirere, ut cauſam defendat, ergo idem eſt reſpondendum, etiamſi iuramētum ſuæ adiecerit obligationi, ac promiſſioni.

Didacus Couar. lib. 3. uariar. reſol. c. 17. in 5. illatione, priori ſententiæ adſtipulatur, quoties venditor iureiurādo nominatim promiſit ſe emptorem defenſurum, ſi quæſtio ei moueatur de re uendita. Quod ſi ſimpliciter promiſerit, ſe omnia & ſingula ſeruaturum, tūc poſteriorem ſententiam magis probat. Atque idem docet Ripa, in d. l. 2. § voluntate, nu. 18. ff. ſol. matrim.

Sed quoniam iuramentum moribus noſtris ita ſolet in contractu venditionis adhiberi, ut prius quæ conuenta ſunt præcedant, & inter alia venditor promittat ſe defenſurum, emptorem & rem venditam, tandem clauſula ſubijciatur iuriſiurandi, exiſtimarem in hac ſpecie eorum ſententiam æquiorem, qui nullam exigunt denunciationē aut interpellationem. Nam, ut denuncietur ei qui iam certus eſt, opus non uidetur, cap. eum qui cer-
D tus eſt, de reg. iur. lib. 6. vt uero interpelletur is, qui promiſit ſe facturū iureiurando interpoſito, neceſſe nō eſt. Argumēto ſumpto ex §. licet, tit. ſi de feudo defuncti cōtentio ſit inter dom. & agnat. ibi *Si tamen ſciat ei magnū periculū imminere, vltro adiutorium ſuū ei debet præbere.*

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, illud ſpecialiter conſtitutum fuiſſe in feudo, ac vaſallo, quod proinde nō eſt trahendum ad conſequentias.

Non rectè, quia non ſolum ex iure feudali id receptū uidetur, ſed ex communi etiam doctorum ſententia, qua dicimus iuramentum operari, ut in mora quis conſtituatur abſque interpellatione, de cuius tamen ueritate inferius tractabitur, lib. 3.

Nec obſtat, quod reſpondet Caballinus, contrarium probari ex c. breui, de iureiur. Quia nihil minus probat ille text. Quærit Summus Pontifex, an is, qui iureiurādo promiſit ſe defenſurū, ſi requiſitus appellet, periurus dicatur, & decidit, periurum eſſe, nec talem appellationem

cum

eum excuſare. Vtrum autem requiri debeat, non decidit Pontifex.

Non obſtat argumentum contrariæ opinionis, nempe, iuramentum ſequi naturam contractus, neq; in plus obligare iurantem, quam ex ipſo contra obligetur. Nam ſatis eſt, ſi obligetur efficacius ex vinculo iuramenti, quod ſanè omnes fatentur. Cum enim efficacius obligetur, ſequitur dicendum nulla opus eſſe interpellatione, quia venditor iam ſcit ſe teneri, & iuramenti vinculum eum ſatis vrgere debet, vt dicebat Specul. tit. de aduocatis, §. 1.

Nec valet illa Alciati ratio; venditorem ex eo, quod non requiritur, credere poſſe, emptorem defenſore non indigere, quia iam nouit ſe promiſiſſe defenſionem, & credere debet, ſe non requiri ab emptore eâ ob cauſam potius, quod is putet eum vltro acceſſurũ ad defendendũ.

Sequitur & alia controuerſia, venditor nouit litem motam, & inſtrumenta pertinentia ad cauſæ defenſionẽ habet penes ſe, an teneatur emptorem vltro defendere, etiam non requiſitus? Et teneri dixit Bald. ad l. primã, C. de periculo & commo. rei vend. Aufrerius in addit. ad deciſ. Capellæ Tholoſ. 404. in tertia limitatione. Anton. Burgos, in c. vlt. nu. 11. in 5. limitatione, de empt. & vend.

Argumentum ſumunt ex l. Iulianus, §. idem Iulianus & ex l. Titius cum decederet, ff. de act. empt. Quæ quidẽ leges id non probant, ſed tantum docent venditorem nihil dolo facere debere, & à venditionis contractu dolum abeſſe oportere.

Ideo contrariam ſententiam veriorem eſſe cẽſeo, quã amplexi fuere Ripa, in d. l. 2. §. uoluntate, poſt num. 18. ff. ſol. matr. Caballin. de euict. § 3. nu. 72. nam cum leges denunciationem & interpellationem requirentes hunc caſum non excipiant, nec nos eum excipere quaſi noua lege cõdita, debemus. Nec ratio nobis ſuppetit, cur eum caſum excipere debeamus.

CAPVT XXXVII.

Vtrum emptori de euictione actio competat, quando litis denunciationem omiſit, ſed tamen conſtat, rem defendi non potuiſſe.

GRauis eſt controuerſia apud interpretes, vtrum emptori, qui litem venditori non denunciauit, actio de euictione detur, ſi conſtiterit etiam denunciatione facta rem defendi non potuiſſe.

Raphael Fulgoſ. ad l. ſi ideo, ff. de euict. affirmat hoc in caſu actionem emptori eſſe dandam, refert & ſequitur Alexand. in l. non ſolum, §. morte, nu. 46. ff. de oper. no. nunc. idem docuit Imolenſis, in c. vlt. de empt. & uend. col. ult. idem Alex. in conſ. 67. lib. 3. & in conſ. 63. col. ult. lib. 6. Socin. iun. in conſ. 120. num. 11. & ea lib. 3. Natta in conſ. 232. num. 5. & 462. num. 8. Aufrerius ad Capellam Tholoſ. quæſt. 407. in ſexta limitatione. Rebuff. de dilatione artic. 5. nu. 38. alios citat Couar. lib. 3. uariar. reſol. cap. 17. in ſexta illatione, & alios Caballinus de euict. §. 3. num. 73.

Argumenta magis præcipua hæc ſunt. Lex emptori negat actionem de euictione contra venditorem, ſi ei litem non denunciauerit, quia præſumit eo caſu rem euictam fuiſſe, quoniam is malè inſtructus, cauſam defendere non potuerit, l. ſi fundo, §. ult. ff. de euiction. ergo ſi manifeſtè conſtet, cauſam defendi non potuiſſe, licet ipſe emptor optimè à uẽditore inſtructus ac defenſus fuiſſet, actio competere debet. Ceſſante enim ratione legis, ceſſat lex, iuxta regulas vulgares.

Secundum argumẽtum. Non poteſt emptor agere de euictione, niſi per ſententiam iudicis res euicta fuerit; ſi enim ipſe rem litigatori cedat, non eſt quod dicat ſibi uenditore in euictionis nomine obligatum eſſe, l. ſi dictum, §. 1. ff. de euict. l. ſi cum quæſtio. C. eodem tit. l. at qui natura, §. at cum me, ff. de neg. geſt. l. 1. C. de periculo & commo. rei uend. & tamen ſi certum ſit, cauſam defendi non poſſe, licet ipſe uenditor rem non defendat,

A de euictione actionem habet, l. emptorem, ff. de action. empti. ergo idem iuris eſſe uidetur, cum emptor denunciationem omiſit, cum certum eſt defendi cauſam non potuiſſe.

Tertium argumentum eſt a ſimili. Nam citatio non requiritur eius, cui ius non competere manifeſtum eſt, l. 2. §. quod de frumentaria, ff. de admin. rer. ad ciuit. pertinent. ſic etiam non requiritur excuſſio debitoris principalis, ut agi poſſit contra fideiuſſorem, uel tertium, cũ manifeſtè conſtat eum ſoluendo non eſſe. Vide Neguzan. de pignor. 1. membro. 8. parte, nu. 31. Gabriel. commu. concluſ. lib. 3. tit. de fideiuſſor. concluſ. 1. nu. 50. ergo & denunciatio, de qua agitur, neceſſaria eſſe non uidetur, ubi conſtat nullum ius competere, quo defendi emptor poſſit.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt gloſ. Bart. & Salicet. ad l. emptorem, ff. de act. empt. Angel. Aretin. in §. ult. in inſtit. de emptio. & uendit. Decius in conſ. 74. ad B finem. Socin. ſenior ad l. 2. §. uoluntate, ff. ſolu. matr. licet dubitare uideatur.

Argumenta magis præcipua hæc ſunt. Leges denunciationem exigunt, & non excipiunt eum caſum, de quo agitur, ergo nec nos excipere debemus, argumento l. de pretio, ff. de publicia.

Secundum argumentum. Lex præſumit ſententiam iudicis eſſe iuſtam, l. Herennius, §. Caia, ff. de euict. & tamen re euicta per ſententiam iudicis, actionem emptori non concedit euictionis nomine, niſi is uenditori litem denunciauerit, l. empti actio, l. ſi parentes. C. de euict. & ſuperius dictum eſt, ergo lex non conſiderat iuſtitiam, uel iniuſtitiam cauſæ, ſed an denunciatio facta fuerit ipſi uenditori.

Tertium argumentum. Cum res euincitur nulla denunciatione facta venditori, lex præſumit euinci propterea, quod emptor malè inſtructus cauſam defendere nequiuerit. l. ſi fundo, §. ult. ff. de euict. Et hæc præſumptio vi-C detur eſſe iuris, & de iure, vt loquuntur noſtri, quia ſuper ea lex fundatur & ſtatuit, conſequenter non admittitur probatio in contrarium, vt notatur in c. is qui fidem, de ſponſalib. & in Auth. Sed iã neceſſe, C. de don. ante nup.

Io. Franciſ. Ripa, ad d. l. 2. §. voluntate, diſtinguit; aut tempore litis motæ, notum erat venditori nullam defenſionem competere; & tunc non eſt quod emptori imputetur cur denunciationem omiſerit. Aut ideo tempore non erat notum, ſed poſtea apparuit, & tunc ſecus.

Alii dixerunt, omiſſa denunciatione agi nihilominus poſſe de euictione, ſed ad ſimplum tantum, facta verò denunciatione ad duplum. Item, tunc actionem emptori competere, cũ probauerit notorium fuiſſe, nullã uenditori defenſionem competiiſſe. Secus uero ſi non probauerit, ut uidere eſt ex Couar. var. reſol. lib. 3. cap. 17. in ſexta illatione.

Ego priorem ſententiam, & communiorem & veriorem exiſtimo, eamq; confirmo argumento à ſimili. Nam D in conductore ita conſtitutum eſt, ut ſi iuſtam habeat cauſam deſerendi rem conductam, eamque deſerere uelit, id ipſum locatori denunciare debeat, l. item quæritur, §. exercitu, ff. locati, ſi tamen non interſit locatoris denũciationem eſſe factam, nulla ei competit exceptio eo nomine, quod non fuerit facta denũciatio, ita Ripa, in tractat. de peſte, in præludiis de priuilegiis contractuum cauſa peſtis, nu. 23. Aegid. Boſſi. de remiſs. merced. nu. 51.

Porro probandum eſſe iudico ab ipſo emptore hoc ſuæ intentionis fundamentum: nempè, uenditorem nullam habuiſſe defenſionem, ſicuti docẽt Anton. Burg. in d. c. ult. de emptio. & uendit. & Couar. loco annotato, quanquam Imola, in d. c. ult. ſecus ſentire uideatur, ſicut patet ex Crauetta, in conſ. 83. nu. 6. & 179. nu. 6.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ ſic reſpondeo. Licet leges non excipiant eum caſum, ratio tamen ex legibus petita excipiendum eſſe demonſtrat.

Ad ſecundum reſpondeo, leges præſumere pro iudi-

cis ſeutentia, & tamē actionem euictionis nomine emptori denegare, niſi denūciauerit. Meritò: quia ſi emptor fuiſſet monitus, fortaſſe defendere potuiſſet. Sed dum dicitur, ergo lex non curat, an cauſa iuſta ſit vel iniuſta, reſpondeo id ſequi eo caſu, quo denunciatio eſt omiſſa, & dubium eſt, an venditor interpellatus, emptorem defendere potuerit. Sed in re clara & manifeſta, ſecus eſt præſumendum, neque enim lex fruſtra requireret interpellationem ac denunciationem, quæ nihil effectura eſt.

Ad tertium reſpondeo, iure non probari quod aſſumitur in argumento, & noſtram diſputationem verſari in ea ſpecie, qua planè conſtat, nullam venditori defenſionem competere.

CAPVT XXXVIII.

Vtrum Eccleſia de euictione agere poſſit lite venditori non denunciata, & vtrum clericus venditor, cui lis emptori mota denunciatur, trahere cauſam ad forum Eccleſiaſticum poſſit, & quid in fiſco.

Eccleſiam agere de euictione poſſe, licet venditori litem non denunciauerit, ſi venditor litem motam non ignoret, authores ſunt Baldus, in l. 1. C. de periculo & commo. rei vēdi. Romanus nu. 10. & Antonius Rubeus, nu. 711. in l. non ſolum, §. morte, ff. de oper. no. nunc. Couar. lib. 3. varia. reſol. c. 17. in quarta illatione, Aufrerius ad Capellam Tholoſanam, q. 407. in ſecunda limitatione. Tiraquellus de priuilegijs piæ cauſæ, Priuilegio 141. & ſeq. quibus & ipſe adſtipulor.

Fundamentum eſt præclarum, ſolidumq; quia Eccleſia vtitur iure minoris, c. 1. & c. auditis, de in integrum reſtit. ſed in minoribus receptum eſt, vt de euictione agere poſſint, lite venditoribus (ſcientibus tamen) non denunciata, neque interpellatione facta; igitur & in eccleſia idem ſtatuēdum eſt. In minoribus autem illud eſt receptum, argumento ſumpto ex l. in minorū, C. in quibus cau. in integr. reſt. non eſt neceſſ. vbi textus dicit: *In minorum perſona re ipſa, & ex ſolo tempore tardæ pretij ſolutionis moram fieri.* Et id procedit tam in contractibus, quam in legatis.

Cæterum, Antonius Burg. in c. vlt. nu. 8. & 9. de empt. & vend. contrarium docuit, & cum eo Caballinus de euictionibus, §. 3. nu. 102. & 103.

Mouetur primò ex c. breui, de iureiur. vbi text. innuit interpellationem eſſe neceſſariam etiā in Eccleſia, propter verbum (requiſitus) quod in textu eſt. Sed reſpōdeo nihil probare, quia nō decidit in ea ſpecie Summus Pontifex, interpellationem eſſe neceſſariam, ſed venditorem requiſitum, vt defendat Eccleſiam, periurum eſſe, ſi eam non defendat, quamuis appellet.

Secundò afferunt text. in c. potuit, de locato. vbi dicitur, diem certam cōſtituere in mora emphyteutam Eccleſiæ, & ideo neceſſariam eo caſū non eſſe interpellationem. Ex quo ſumitur argumentum, interpellationem eſſe neceſſariam, vbi dies certa non eſt.

Reſpondeo, diem certā & interpellationem hoc operari in ea ſpecie, vt emphyteuta incidat in pœnā, & hoc probat ille textus. Vtrum autem requiratur interpellatio ad conſtituendum in mora debitorem Eccleſiæ, non deciditur à Pontifice ibi.

Tertiò afferunt argumentum ex regula iuris, mora non committitur abſque interpellatione, l. mora, ff. de vſuris; ergo & in Eccleſia idem reſpondendum eſt, quia contrarium in ea conſtitutum non reperitur. Et licet in perſona minoris aliud ſit receptum, non debet tamen ad alios trahi.

Reſpondeo, ad Eccleſiam merito id trahi poſſe, quia ille vtitur iure minoris, vt declarat Summus Pontifex in d. c. 1. & in d. c. auditis, de in integr. reſtit.

Illud etiam cōtrouerſum eſt, an clericus cui lis eſt denunciata, ad defenſionem accedens, trahere poſſit cau- A ſam ad forum Eccleſiaſticum.

Communis eſt, & vera ſententia, non poſſe. Ita Bald. Fulgoſius, Lancellotus, Decius & Albericus, ad l. vendi tor, ff. de iudic. Angelus in l. non ſolum, §. quod vulgò, ff. de vſucap. Abbas & Ant. Burgenſ. in c. vlt. de empt. & vend. idem Abbas, in c. quoniam frequenter, §. in alijs, nu. 28. vt lite non conteſt. & ibidem Anton. Butr. Card. & Socin. num. 127. Anchar. in reg. Ea quæ, q. 17. de reg. iur. lib. 6. idem Socin. in conſ. 91. lib. 3. verſ. Circa vltimā difficultatem. Aufret. in clem 1. de off ord. reg. 2. fall. 5. Gulielmus Benedictus, in c. Raynutius, in verſ. Vxorem nomine Adelaſiam, num. 417. de teſtam. Couar. pract. quæſt. cap. 8. nu. 3. idem Aufretius ad Capellam Tholoſ. q. 360. Rebuf. de dilatio. art. 4. gloſ. vnica, nu. 1. Ripa, in c. 2. nu. 24. de iudic. Cagnol. ad d. l. venditor, ff. de iud. Cabal. de euict. §. 3. nu. 110.

Probatur ſatis clarè ex l. venditor, ff. de iudic. *Venditor ab emptore denunciatus* (ait textus) *vt eum euictionis nomi-* B *ne defenderet, dicit ſe priuilegium habere ſui iudicis. Quæritur an poſſit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorē cœpta eſt, ad ſuum iudicem reuocare. Paulus reſpondit, venditorem emptoris iudicem ſequi ſolere.* Idem habetur in l. 1. C. vbi in rem actio.

Contrariam ſententiam habuerunt gl. in cap. nullus clericum, 11. q. 1. Specul. tit. de primo & ſecundo decreto, §. reſtat, verſ. Quid ſi dominos, num. 24. Caſtrenſ. & Iacopin. in d. l. venditor. Imolenſ. in d. l. non ſolum, §. quod vulgò, ff. de vſucap. Io. Platea, in l. 3. C. de iure fiſci lib. 10. Aretin. in §. actionum, nu. 19. in inſt. de act.

Fundamentum eſt in eo, quod clericus fori ſecularis præſcriptionem habeat, & coram Eccleſiaſtico iudice cōueniendus ſit, c. ſi diligenti, de foro comperen. cap. clericus nullus, 11. q. 1. cum ſimilibus.

Item, quia fiſcus ad ſuum iudicem cauſam reuocare poteſt, l. 3. C. de iure fiſci, lib. 10. ergo & clericus idem priuilegium habere debet.

C Reſpondeo, regulariter quidem clericum illud ius habere declinandi forum ſeculare. Sed cum in propoſita ſpecie reus conuentus ab actore ſit laicus, rectè apud iudicem laicum conuenitur. Quod ſi ad eius defenſionem clericus accedat, non poteſt actoris cauſam deteriorem facere, ipſe quidem clericus euictionis nomine apud Eccleſiaſticum iudicem conueniendus eſt, ſed vt poſſit etiā cauſam inter alios laicos inchoatam ad Eccleſiaſticum magiſtratum trahere, neque lege probatur, nec ratione euinci poteſt.

Quod vero dicitur de fiſco, non eſt adeo exploratum. Etenim id iuris fiſco competere exiſtimarunt gl. Bar. & Io. Platea, in d. l. 3. C. de iure fiſci, lib. 10. Caſtrēſ. & Iacopin. in d. l. venditor, ff. de iudi. & ibi etiam Cagnol. Dec. in conſ. 700. Capyceus deciſ. 197. nouiſſimè Marcus Antonius Peregrinus, de priuilegijs fiſci, lib. 7. tit. 1. nu. 9.

Quorum fundamentum eſt ex legibus, quæ dicunt cauſas fiſcales cognoſcendas a iudice ipſius fiſci, l. cū vē- D dente, l. ad fiſcum, C. vbi cauſæ fiſcales, l. vnica, C. de vēd. rer. fiſcalium, lib. 10. idem ex d. l. 3. C. de iure fiſci: *Si minori pretio, quam res eſt* (inquit text.) *aperta emptoris fraude, vel gratia, quæ obligata ſint fiſco venierint, aditus procurator meus, debitam quantitatem inferentis reſtitui ea prædia iubebit.*

Sed contrariam ſententiam amplexi ſunt Bald. in d. l. 3. C. de iure fiſci. Ant. Burg. in cap. vlt. de empt. & vend. nu. 10. & 11. Socin. in d. conſ. 91. lib. 3. col. penult. Rebuf. de dilatio. artic. 4. gloſ. vnica, num. 9. Aret. in rubr. de except. nu. 17. Couar. pract. quæſt. c. 8. num. 3. Caballin. de euict. §. 3. nu. 124. quibus & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſententia, quia certum eſt in priuatis ita cōſtitutum eſſe, vt venditor emptoris iudicem ſequatur ex d. l. venditor, ff. de iud. ſed fiſcus vtitur iure priuatorū præterquam in caſibus exceptis & expreſſis, vt docet gl. in l. ſi tē veniūt, §. in priuatorū, ff. de pet. hær. Dec. in cōſ. 5. & alibi, ergo & in propoſita qōne vtitur iure priuatorū, quan-

quandoquidem nullibi contrarium ſit expreſſum, ac iure ſingulari conſtitutum in ipſo fiſco.

Non obſtant leges in contrarium allegatæ, quia cum non aliud dicant, niſi cauſas fiſcales à procuratore Cæſaris eſſe cognoſcendas, non efficitur & hanc cauſam à fiſco trahi poſſe ad eum iudicem, cum iure conſtitutum ſit, vt venditor ad defenſionem emptoris accedens, eius iudicem ſequatur. Nec contrarium dicũt leges allegatę.

Ad l. 3. C. de iure fiſci reſpondeo. Sententia illius legis eſt. Si res obligata fiſco minori pretio vendatur, (à fiſco ſcilicet) emptoris fraude vel gratia (cum videlicet fiſcus, vel decipitur, vel emptori gratificatur) dominus rei offerendo debitam fiſco quantitatem, rem ſuam vendicare authoritate procuratoris Cæſaris interueniente. Merito hanc rem cognoſcet iudex fiſci, quia in ea ſpecie non ita res agitur, quaſi ipſe actor rei dominus eam a poſſeſſore, cui fiſcus vendidit, ſibi reſtitui petat, & is litẽ fiſco denunciet, qui proinde cauſam ad procuratorem reuocet, quo modo exiſtimant prioris ſententiæ authores. Sed rei dominus fiſco debitam offert quantitatem, & ſibi rem ſuam reſtitui petit. Fiſcus vero, qui male rem diſtraxit, petit reſcindi contractum, idque impetrat, quare procurator Cæſaris rem reſtitui mandat domino ſuo. Huius interpretationis authorem habeo Cuiacium in comment. d. l. 3. *Infert igitur* (ait Cuiac.) *debitor fiſco debitam quantitatem, non pretium emptori fiſcus venditionem reſoluat, & emptori pretium reſtituat. Quid fiet ſi priuatus creditor æque dolo malo, aut gratioſe pignora minoris vendiderit? & placet in ea idem obſeruari, vt ſcilicet offerenti debitori debitam pecuniam, is in hoc teneatur, vt rem, vel id, quod intereſt, præſtet: niſi is ſoluendo non ſit, quo caſu oblato pretio, res ab emptore reuocatur, l. 1. & 3. C. ſi vend. pign. quod in fiſco dici non poteſt, qui ſemper eſt ſoluendo.* Hactenus Cuiacius. Hanc eandem ſententiam ſecutus eſt Senat. Pedem. apud Teſſaurum, deciſ. 213.

CAPVT XXXIX.

Vtrum emptor, qui in lite ſibi mota vicit aduerſarium, ſumptus factos cauſa litis agitatæ à venditore repetat, aduerſario ab expenſis abſoluto.

EXiſtimo emptorem, ſecundum quem pronunciatum fuit in lite mota ſuper dominio rei venditæ, expenſas litis petere à venditore poſſe, ſi ab aduerſario eas non recuperauit, quia videlicet abſolutus fuit. Quam ſententiam amplexi fuere Bar. in l. venditores, ff. de verbor. oblig. & ibi Angel. Imola, & Aretin. necnon Caſtrenſ. Alex. & Iaſon. Idem tradunt, Io. Andr. Ioan. Imolenſ. & Abbas, in c. vlt. de empt. & vend. Io. de Anania in conſi. 51. & ibi Ludouicus Bologninus in addit. Capra in conſi. 90. in 3. dubio. Ant. Gomeſ. Reſol. iuris, tit. de emptio. & vend. nu. 47. Caballinus de euict. §. 3. nu. 146. Nicolaus Valla, de reb. dubiis, c. 9.

Fundamentum eſt hoc. Venditor tenetur emptorem defendere in lite ei mota, l. ſi plus, §. mota, ff. de euict. l. qui abſentem, ff. de procur. ergo ſuis ſumptibus tenetur eum defendere. Hanc conſequentiam probat tex. in l. ſuo victo, ff. de oper. libertor. Si non defendat, obligatus eſt ad id, quod emptoris intereſt, ex regula l. cum quærebatur, ff. iud. ſolui, & l. ſtipulationes nõ diuiduntur, verſ. Celſus, ff. de verb. obl.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt gloſ. & Bal. in l. 1. C. de euict. & in l. cum teſtamento, C. de teſtam. manu. Spec. de empt. & uend. §. 1. num. 34. poſt. uerſ. Sed quid ſi in inſtrumento. Idem Bal. & Cuman. in l. uenditores, ff. de uerb. obl. Fulgoſ. in l. qui abſentem, ff. de proc.

Sed non eſt difficile ad argumẽta eorum reſpondere. In primis affertur l. ſi ſtatus, C. de euic. in illis uerbis: *Quod ſi fuiſſe ſeruum ſententia declarauerit, intelligis te ad venditorem reuerti non poſſe.*

Hic textus decidit, emptorem ſecundum quem ſententia lata fuit, contra uenditorẽ agere non poſſe. Quod

A ſanè intelligendum eſt, quo ad expenſas, non autem quo ad ſeruum uenditum, neque enim reſpectu ſerui uenditi, & non euicti, dubitari poterat, an aduerſus uenditorem agere poſſet, cum apud emptorem remanſiſſet.

Reſpondeo, ſenſum legis eſſe, emptorem de euictione agere non poſſe ipſius ſerui, nec eo nomine amplius ad venditorem reuerti. Nam ita olim conſtitutum erat, vt cum ſtatus quęſtio moueretur, certis ſolemnibus adhibitis, libertatis aut ſeruitutis aſſertor decerneretur, quę ſolemnia ſuſtulit Imperator Iuſtinianus, in l. 1. C. de aſſertione tollen. Solebat autem etiam poſt ſentẽtiam latam iterum cauſa examinari, vſque ad tertiam vicem, quod & Iuſtinianus emendauit. Hoc igitur decernũt Diocletianus, & Maximianus, in d. l. ſi ſtatus, vt ſi quidem pro libertate ſententia lata fuerit, emptor ſerui agere de euictione poſſit, quamuis cauſa iterum ad examen reuocari poſſit. Si vero pro ſeruitute, non poſſit ad venditorem reuerti, licet cauſa iterum examinari poſſit. Itaque nec de B litis ſumptibus agitur in ea lege: & ratio dubitandi oritur ex eo, quod cauſa iterum examinari poterat, quamobrem dicẽdum videbatur, nõ prius agi poſſe, quam cauſa iterum cognita fuiſſet, & tandem exitum habuiſſet.

Secundò affertur hoc argumẽtum. Aut emptoris aduerſarius, qui litem mouit, ab expẽſis litis abſolutus fuit per imprudentiam iudicis, aut quia iuſtam habuit cauſam litigandi. Si per iudicis imprudentiam, venditor nõ tenetur, l. ſi per imprudentiam, ff. de euict. ſi propterea, quod habuerit iuſtam cauſam litigandi, nõ tenetur, quia hæc eſt noua cauſa, quæ poſt venditionem emerſit.

Reſpondeo negando, eſſe nouam cauſam, quæ poſt vẽditionem emerſerit, quoties aduerſarius iuſtam litigandi cauſam habuit. Nam venditionis tempore, vel ante ſuberat cauſa, propter quã lis fuit inſtituta, neque enim emptor eam ſuſcitauit, quare uenditor, qui eum defendere promiſit, ſuis id ſumptibus facere debet.

Tertiò afferunt argumentum ex eo, quod uenditor C ad hoc tenetur, ut rem emptori habere liceat, l. ex empto, §. & ex empto, ff. de act. empt. ergo cum ei rem habere liceat in propoſita ſpecie, ut patet, nullam aduerſus venditorem actionem habet.

Reſpondeo, concedo totum argumẽtum, reſpectu rei uenditæ, ſed nego reſpectu expenſarum litis, quas uenditorem ſuſtinere oportet, cum ad defendendum emptorem obligatus ſit.

Quartò, argumentum proferunt huiuſmodi. Venditor de euictione tenetur ipſius rei principaliter, ad ſumptus uero in conſequentiam, & acceſſoriè, ſublata ergo principali obligatione, tolli uidetur & acceſſoria, argu. l. petitori, ff. de lib. leg. reg. acceſſorium, de reg. iur. lib. 6.

Reſpõdeo, nego ſumptuum refuſionem eſſe acceſſoriam euictioni cauſæ. Eſt enim acceſſoria obligationi de defendendo rem uenditam, quę non eſt ſublata. Et quod dicitur in d. l. petitori, nil commune habet cum quæſtione noſtra. Et inter rem uenditam, & litis ſumptus, ratio D differentiæ patet, quia res nõ eſt euicta, ideo eius nomine ceſſat euictionis actio. Sumptus autem refundendi ſunt, quibus lis peracta eſt, quam ſuis uenditor ſumptib. agere tenetur.

Sed quæri poteſt, ad quos ſumptus refundendos obligatus ſit uenditor? Reſpondẽt Caſtr. & Alex. in d. l. uenditores, ff. de verb. obl. ad eos ſumptus, qui fiũt gratia ipſius litis inſtruendæ, ut in teſtibus, inſtrumentis, & aliis documentis ac iuribus, quibus cauſa ſolet inſtrui.

Nituntur autem iis legibus, quibus dicitur uenditorem aſſiſtere debere emptori, & cauſam inſtruere, l. ſi parentes, l. empti, C. de euict. & inſuper, l. 2. C. de periculo, & commo. rei vendit. ubi dicitur uenditorem non teneri, ſi emptor in lite mota contumax extiterit, nec actori reſponderit.

Sed hæc ſententia dura Caballino viſa eſt in tract. de euictionibus, §. 3. nu. 148. & mihi non probatur. Quia defendere in iudicio eſt id facere, quod dominus eſſet facturus,

ctuius, l. ſed etſi, §. defendere, ff. de procurat. Quare cum venditor monitus emptoré defendere debeat in lite mota, l. ſi plus, §. mota, ff. de euict. l. qui abſentem, ff. de proc. omnia facere tenetur, quæ ipſe emptor eſſet facturus, iudiciumque in ſe ſuſcipere, & omnes ſumptus facere ac ſuppeditare, qui neceſſarii ſunt in lite & cauſa.

Nec quicquam obſtat l. 1. C. de periculo, & commo. rei vend. quia loquitur in ea ſpecie, qua emptor eſt in culpa, cum ſit contumax. Nec bona eſt collectio. Venditor aſſiſtere tenetur, & cauſam inſtruere, ergo eorum tantum ſumptuum nomine tenetur, qui cauſa litis inſtruendę fiunt, tenetur enim emptorem defendere, atque adeo iudicium & cauſam in iudicio motam in ſe ſuſcipere, & conſequẽter oẽs ſumptus neceſſarios erogare. Atq; ita ſẽtio.

CAPVT XL.

Emens ſcienter rem alienam, an re euicta agere poſſit ad reſtitutionem pretij. Quid ſi pacto conuentum ſit, vt agi non poſſit de euictione. Et vtrum emptor re euicta per ſententiam, teneatur à ſententia appellare.

COmmunis eſt & vera ſententia, eum qui ſcienter emit rem alienam, non habere actionem de euictione, nec ad pretii reſtitutionem, niſi aliter conuentum ſit, & probatur authoritate l. ſi fundum, C. de euic. *Si fundum ſciens alienum, vel obligatum comparauit Athenocles, neque quicquam de euictione conuenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poſcit rationem.* Ita gl. Bal. & Salicet. in l. non dubitatur, C. de euict. gl. & Panorm. in c. ad audientiam, de rebus Eccleſ. non alienand. Caſtrenſ. in l. emptorem, §. qui autem, nu. 3. ff. de act. empt. Dec. in conſ. 114. nu. 4. Natta in conſ. 181. nu. 8. Couar. variar. reſol. lib. 3. c. 17. poſt nu. 1. quare non poſſum ſatis mirari, cur Franc. Aret. in l. ſi aliquam, nu. 5. ff. acq. poſſeſ. communiter concludi dixerit, ad pretii reſtitutionem regreſſum dari, & cur Caballin. de euict. §. 5. nu. 22. dubitet, an d. l. ſi fundum, C. de euict. correcta, ſit ex l. vlt. C. com. mu. de legat. nam in d. §. vlt. agitur de emptore rei fideicommiſſo ſubiectę, quæ proinde aliena non erat, ita reſpondit Couar. loco ſuperius annotato, verſ. ad eam quęſtionem à qua digreſſus ſum. Sed non mihi probatur hęc reſponſio, quia tex. in d. §. vlt. dicit. Cum ſufficiat emptori ſaltem pro pretio, quod ſciens dedit pro alienare, ſibi ſatisfieri. Ego puto de ea ſpecie textum illum accipiendum eſſe, in qua de euictione promiſit venditor, tũnc enim actio ſaltem ad pretii reſtitutionem datur. Id patet ex verbis pręcedentibus dicti §. ait enim: *Neque dupla ſtipulatione, neque melioratione locum habente.* Quibus verbis intelligitur, tex. loqui quando de euictione interpoſita eſt ſtipulatio, quo caſu Imperator negat actionem dari ad duplum, cum ſufficiat emptori, ſibi de pretio, quod pro aliena re ſciens dedit, ſatisfieri.

Maior controuerſia eſt, quando inter cõtrahentes eſt conuentum, vt is, qui vendit, de euictione non ſit obligatus. Nam teneri nihilominus ad reſtitutionem pretii, probat tex. in l. emptorem, §. qui autem, ff. de act. empt. Sed controuerſia eſt, ſi pactum generaliter non concipiatur, ſed ad certam cauſam, vel perſonam reſpiciat, exempli gratia, cum ita ſit conuentum, vt non teneatur venditor de euictione ex cauſa litis mouendę à Titio. Etenim, actionem hoc in caſu ad pretii reſtitutionem non competere, docet glo. in l. libertatis, ff. de euict. & ibidẽ Bal. Ang. & Salic. Roma. ſing. 387. Caſtr. in d. l. emptoré, §. qui autem, ff. de act. empt. Marſil. ſing. 656. Ripa, in l. ſi aliquam rem, nu. 47. ff. de acq. poſſ. Natta in conſ. 181. nu. 7. Tiraquel. de retractu conſan. § 12. gl. 1. nu. 14.

Fundamentum eſt in d. l. libertatis, cuius hęc ſunt verba: *Qui libertatis cauſam excepit in venditione, ſiue tamen, cum traderetur, liber homo fuerit, ſiue conditione, qua teſtamento fuerit impleta, ad libertatem peruenerit, non tenebitur euictionis nomine.*

Huc accedat ratio. Nam cum certa cauſa expreſſa eſt,

A ſibi emptor imputare debet, cur antequam emerit, non diligentiam adhibuerit, in inueſtiganda ipſa cauſa, & an res euictioni eſſet obnoxia.

Contrariam ſententiam habuerunt Anto. Rubeus, in l. non ſolum, §. morte, nu. 446. ff. de oper. no. nunc. Couar. lib. 3. variar. reſol. c. 17. nu. 1. Caballin. de euict. §. 5. poſt nu. 26. & iſti alios citant, quibus & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex l. emptorem, §. qui autem, ff. de act. empt. cuius hæc ſunt verba: *Ibidem ait, idem eſſe dicendum, & ſi aperte in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine præſtitum iri. Pretium quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi. Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emptor rem amitteret, & venditor pretium retineret.*

Huius textus verba ſunt generalia, vnde & propoſitæ ſpeciei recte accommodantur, & ratio ipſius legis optime conuenire videtur.

Ad tex. in l. libertatis, ff. de euictio. reſpõdeo, non obB ſtare, quia nihil aliud dicit, niſi venditorem eo caſu non teneri euictionis nomine, ſcilicet quoad vtilitatem, non autem quoad pretii reſtitutionem, ne pugnet cum d. l. emptorem, §. qui autem.

Non obſtat ratio allegata, quia etiam cũ nulla cauſa exprimitur, ſed tantum generaliter illud in conuentionem deducitur, vt de euictione agi non poſſit, imputare ſibi emptor deberet, cur emerit eã rem, quam certiò neſciebat eſſe vendentis. Cur non diligenter perquiſierit, an eſſet in dominio venditoris. Sed quoniam bonæ fidei contractus eſt, æquitas non patitur, vt venditor pretium retineat, eo caſu emptor rem amittit.

Sed & an emptor victus per ſententiam teneatur appellare, nõ eſt eadem omnium ſententia. Non appellare debere dicunt Spec. tit. de appel. §. 1. num. 8. Papienſis in forma libelli in cauſa venditionis, in verbo, promittens, nu. 8. Cagnol. ad l. venditor, nu. 5. ff. de iudi. Dec. in conſilio 74 num. 3.

C Alii diſtinguunt; aut emptor habet bonam cauſam, aut malam, aut dubiam. Si bonam, tenetur appellare, ſi malam, aut dubiam, non tenetur. glo. Bar. & Angel. in l. Herennius §. Caia, ff. de euict. Imola, in c. vlt. num. 8. de empt. & vend. Natta cõſ. 206. Caballi. de euic. §. 3. n. 145.

Alij docent emptorem appellare debere, licet cauſam dubiam habeat, ſi venditor præſens non fuerit; ita Bald. in d. §. Caia, Ang. Aret. in §. actionum, nu. 20. de action. Couar. lib. 3. variar. reſol. c. 17. verſ. nono venditor.

Alij exiſtimant, ſi venditor præſens fuerit, emptorem nõ teneri appellare. Ita Io. Andr. in add. ad Spec. loco annotato, Natta dicto conſ. 208. & ibi dicit, idẽ iuris fore, quoties venditori ſententia fuerit intimata.

Alij denique cenſent, emptorem, ſi bonam cauſam habeat, appellare debere, licet venditor fuerit præſens. Ita Bal. in d. §. Caia.

Ego totam hanc rem ſequentibus concluſionibus explicari poſſe exiſtimo.

D Prima concluſio. Emptor bonam cauſam habens, tenetur appellare. Probatur ex l. ſi bonam, C. de admi. tut. & l. ſi procuratorem, §. ſi ignorantes, ff. de procur. & hac ratione: quia cum habet bonam cauſam, ſententia eſt iniuſta, ergo ipſi nocet, nõ autem venditori, l. ſi per imprudentiam, ff. de euict. merito appellare debet, alioqui ſibi præiudicat ſententia.

Secunda concluſio. Emptor bonam cauſam habens, appellare tenetur, licet venditor præſens fuerit. Probatur; quia ſententia iniuſta emptori ipſi nocet, non autem venditori, vt proximè dictum eſt; vnde ſi nõ appellet, ſibi imputare debet, & ſua culpa damnũ ſentire uidetur. Et idem iuris eſt etiam, quando ſententia venditori eſt intimata. Eadem eſt enim ratio.

Non obſtant huic concluſioni l. Herennius, §. Caia, ff. de euict & l. ſi procur. §. ſi ignorantes, ff. de procur. Nã quod attinet ad §. Caia, illa eſt ratio, quia emptor bonam cauſam non habebat, ut patet ex illis verbis: *Sine quod*

alienus

alienus fueris, cum veniret, ſiue quòd tunc obligatus, cum e-nixus eſt, &c. Quod verò attinet ad d. §. ſi ignorantes, in ſpecie fideiuſſor conuentus & condemnatus fuit, is verò ſententiam intimauit debitori, vt ſi vellet, appellaret, quæ res à propoſita quæſtione longè eſt aliena.

Tertia concluſio, ſi emptor malam cauſam habeat, nõ tenetur appellare. Probatur ex dicto, §. Caia.

Quarta concl. Vbi emptor habet cauſam dubiam, nõ tenetur appellare. Probatur, quia nulla lege cautum reperitur, quòd appellare teneatur. Nam leges dant actionem emptori euictionis nomine, ſi modò litem venditori denunciauerit, nulla facta mentione neceſſitatis appellandi, quando cauſam ipſe emptor malam habet, vel dubiam, vt in l. libera, C. de ſententiis & interlocutionibus om. iud. cum vulg.

Quinta concl. Si pacto remiſſa ſit emptori neceſſitas appellandi, non tenetur appellare. Et hæc ſunt pacta vtilia nuncupata, quibus emptor releuatur à multis obligationibus, vt declarat Cagn. in l. venditor, poſt nu. 5. ff. de iud. Facit text. in d. l. Herennius, in princ. ff. de euict. & in l. quæritur, §. ſi venditor, ff. de ædilit. edicto.

Coronidis loco notandum, ſi emptor appellauerit, eũ teneri ad proſequendam appellationis cauſam, l. Heren. §. vlt. ff. de euict.

CAPVT XLI.

Vtrum ſtatuto ciuitatis cauſas inter conſanguineos compromitti in arbitros, ſeu arbitratores mandante, poſſit venditor ad emptoris defenſionem accedens, in lite mota cogere aduerſarium ad compromittendum.

COmmunis eſt & vera ſententia, venditorem cogere poſſe aduerſarium emptoris ad compromittendum, vigore ſtatuti. Ita enim cenſuerunt Bart. in 2. q. incipiente: Piſaniæ ciuitatis. Caſtrenſ. ad l. venditor, ff. de iudicijs. Ant. Burg. in c. vlt. num. 21. de empt. & vend. Socin. ſen. in conſ. 91. nu. 12. lib. Cagnol. in d. l. venditor, nu. 21. Caballin. de euict. §. 3. nu. 127. Blanc. de cõpromiſſis, q. 3. nu. 49. verſ. Aſſumens iudicium pro alio.

Probatur hæc ſententia, quia hoc in caſu verba ſtatuti conueniunt, & cauſa ipſius ſtatuti. Nam ſtatutum mandat, cauſas & lites inter cõſanguineos compromitti. Sed venditor, & litem inſtituens, ſunt conſanguinei, & litẽ habent inuicem; quia alter rem vindicat ab emptore, alter eum defendit, ac ſe opponit, atque ita inter ſe litigant & contendunt. Cauſa verò ſtatuti hæc eſt, vt ſine ſtrepitu iudicii, ſine magnis ſumptibus, citiuſque, & facilius conſanguineorum controuerſiæ decidantur. Quæ quidem ratio, locum ſibi vendicat & in hac ſpecie.

Eſt autem vulgata iuris regula ac trita. Quoties verba legis conueniunt, & ratio ipſius legis, non eſſe dubitandum, quin & lex in ea ſpecie conueniat, ſuamq; vim exerceat.

Contrariam ſententiam habuerunt Bal. & Sal. ad l. t. C. vbi in rem actio. Caſtr. ſibi contrarius, in conſ. 178. libro 2. Ang. ad l. emptori, C. de euic. Alex. in conſ. 65. lib. 7. Io. de Arnono, ſing. 70. Laurent. Syluan. in conſ. 49. numero 70.

Alij verò diſtinguunt, vtrum ſtatutum mandet in arbitrũ compromitti, an verò in arbitratorem, vt per Angel. Aret. in rubr. de except. nu. 16. & per Syluan. d. conſ. 49. nu. 70. ſed magis probatur ſuperior ſententia. Porrò fundamentum contrariæ ſententiæ poſitum eſt in eo, quod venditor ad defenſionem emptoris accedens, ſequi debeat iudicem emptoris, vt in l. venditor, ff. de iudiciis. Sed hoc argumentum non obſtat, quia ſi venditor ad defendendum accedens, trahere poſſet cauſam ad alium iudicem, id eam ob cauſam tantum obtineret, quod dum emptorem defendit, rei conuenti loco eſſe videatur. Actor autem forum rei ſequi debeat. Sed quoniam reus non eſt, ſed defenſor ipſius rei conuenti, nempe emptoris, idcirco ſequi debet emptoris iudicem. At in propoſi-

A ta quæſt. non eo fundamento nititur, quòd ſit reus conuẽtus, vel loco rei conuenti habendus, ſed quòd ſit conſanguineus actoris, quod & verum eſt, & facit, vt lex municipalis ſeruanda ſit.

CAPVT XLII.

Vtrum volens ex pacto rem redimere, pretium offerre tantum debeat, an verò etiam deponere.

VEnditor ex lege venditionis rem vult redimere, vtrum ſatis ei ſit pretium offerre, an verò tenea-tur etiam illud deponere, controuerſia eſt non modica.

Et quidem ſufficere oblationem realem ipſius pretii, reſponderunt Io. And. in addit. ad Spec rub. de empt. & vend. poſt prin. Bal. in l. acceptam, in 5. q. C. de vſuris, & ibidem Alber. col. 2. Caſtr. ad l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. & in l. ſi à te, C. eod. tit. Aret. in l. ſi ſeruus communis, col. 1. ff. de vulg. & pup. Soc. ſen. in conſ. 80. col. 3. lib. 3. Cagnol. in repetit. d. l. 2. C. de pact. inter empt. & vẽd. in 4. notabili. Marſilius ſing. 479. Caſſaneus cõſ. 41. Boerius deciſ. 124. nu. 27.

Argumenta hæc ſunt. Primum ex l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. vbi patet, ex oblatione pretij facta, actionem competere, nec in textu fit vlla mẽtio depoſitionis.

Secundum argumentum ex l. ſi rem, 9. §. vlt. ff. de pig. act. ibi. *Tamen ſi offeras in iuditio pecuniam, debes rem pigneratam, & quod ſua eſt, conſequi.* nec vlla fit mentio depoſitionis ipſius pecuniæ.

Tertium argumentum eſt ex l. qui decem, 72. ff. de ſolutio. *Qui decem debet*, ait textus. *ſi ea obtulit creditori, & ille ſine iuſta cauſa accipere recuſauit*, &c. *doli mali exceptione poſſe ſe tueri*, &c.

Contrariam ſententiam, nempe, ſolam oblationẽ nõ ſufficere, ſed requiri etiam depoſitionem, & obſignationem, ſecuti ſunt gl. in d. l. 2. in verbo, oblatã, Bart. & Salic. in l. ſi à te, C. de pact. inter empt. & vend. idem Bar. in l. acceptam, C. de vſuris, Bal. in conſ. 108. lib. 5. Petr. Anchar. in conſ. 331. col. 1. Io. Andr. in c. illo vos, col. vlt. de pig. Manſuetius in tit. de empt. & vend. §. item venditor ex pacto.

Argumenta hęc ſunt. Primum ex d. l. ſi à te, ibi: *Denũciationis & obſignationis, depoſitionisq; remedio contra fraudem poteris iuri tuo conſulere.*

Secundum ex l. acceptam, C. de uſuris: *Acceptam*, inquit, *mutuò ſortem cum vſuris licitis creditoribus poſt conteſtationem offeras, & ſi non recipiant, conſignatam in publica depone*, &c.

Tertium ex l. vlt. ff. de lege commiſſoria, ibi: *Die ſtatuto emptor teſtatus eſt ſe pecuniam omnem reliquam paratum fuiſſe exſoluere, & ſacculum cum pecunia ſignatorũ ſignis obſignauit.*

Quartum ex l. 2. C. de iure emphyt. ibi: *Atteſtatione præmiſſa pecunias offerat hisq; obſignatis, & ſecundum legem depoſitis, minime deiectionis timere periculum.*

D Tertia eſt opinio diſtinguentium: aut oblatio fit in iudicio, & ſufficit, argum. l. ſi rem, §. vlt. ff. de pig. actio. aut extra iudicium, & non ſufficit: ſed requiritur etiam depoſitio & conſignatio, argumento aliarum legum, quæ pro poſteriore ſententia allatæ ſunt. Ita Caſtr. in d. l. ſi ad te, & ante eum Petr. de Bellopertica, in d. l. 2.

Poſtrema eſt ſententia Andr. Tiraq. de retract. conuent. § 4. gl. 6. nu. 4. oblationem quidem realem ſufficere, vt res ipſa redimatur, ſed vt redimere volens fructus ex diẽ oblationis cõſequatur, neceſſariam eſſe depoſitionem, & obſignationem pecuniæ.

Ego ſanè in hac controuerſia exiſtimarẽ, ſufficere realem oblationẽ pretii, niſi aduerſa pars recuſaret accipere, tunc enim depoſitione pecuniæ opus eſſe iudicarem.

Moueor authoritate l. nec creditores, C. de pig. actio. ibi: *Reddita tamen debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata, obſignata, & depoſita*, &c.

Moueor

Moueor prætereà ex aliis legibus quæ ſuperius allatæ ſunt, & quę disertè requirũt eiuſmodi depoſitionẽ & cõſignationẽ, quoties creditor detrectat recipere pecuniã.

Nec me ab hac ſententia deterrent iuris loca pro contraria opinione relata. Nam quod attinet ad d.l.2. nec ibi negatur neceſſariam eſſe depoſitionem reluctante aduerſario, & contrahentes in ea ſpecie pacti ſunt, & quandocunque venditores, ſiue hæredes eorum pretium offerrent, fundus eis reſtitueretur.

Quod verò dicitur in d.l. ſi rem, §. vlt. minimè obſtat: quia creditor in ea ſpecie pecuniam accipere non detrectabat, ſed quęſtio erat an pignus repeti poſſet, quia quãtitas debita, non erat ſoluta creditori. Iuriſconſultus reſpondit actionem competere ad pignus reluendum, debita pecunia oblata.

Ad l. qui decem, ff. de ſolutio reſpondeo, eo in loco nõ agi, an debitor offerendo debitam pecuniam, actionem conſequatur, ſicut in caſu noſtro, ſed an poſt oblationẽ periculum amiſſionis pecuniæ, pertineat ad ipſum debitorem, vel creditorem; & ait textus ad creditorem pertinere, non enim eſt æquum, eum teneri pecunia amiſſa, qui non teneretur, ſi creditor eam accipere uoluiſſet. Quanquam non deſunt, qui exiſtiment etiam in ea ſpecie depoſitionem eſſe neceſſariam. Vide Decium in l. quod te, in 2. lectura, nu. 26. ff. ſi certum petatur.

Solet etiam afferri textus pro contraria opinione, in l. ſi per te, C. de uſuris. Sed nihil obſtat, quia depoſitionẽ requirit, vt patet ex illis verbis: *Quod ſi etiam ſortem depoſuiſti, exinde, ex quo id factum apparuerit, in vſuras non conueneris.*

CAPVT. XLIII.

Quodnam ſit pretium iuſtum annui cenſus.

HOc caput Italis meis ſcribo, nõ Germanis, apud quos Cæſarea lege definitum eſt, iuſtum annui cenſus pretium eſſe, cũ in ſingula centena quinque conſtituuntur, ut conſtat ex Andr. Geyll. lib. 2. obſeru. cap. 7. quod quidem alibi non ita definitum eſt, & apud doctores maximè controuerſum.

Iuſtum eſſe pretium primo loco annui cenſus cũ decem in ſingula centena dantur, reſponderũt multi, quos citat Tiraquell. de retractu conſang. §. 1. gloſ. 6. num. 17. Anton. Teſſaurus deciſio. Pedem. 154. Benedictus Bonus de cenſib. lib. 1. artic. 8. & eorum fundamentum eſt in extrauag. Martini V. tit. de empt. & vend. necnon Calixti, ibidem relata, & Nicolai V. ad Alphonſum Aragonum Regem, eiuſq; ſubditos citra & vltra Pharum Siciliæ conſtitutos directa, in quam Commentaria ſcripſit Petrus Follerius. Adſtipulatur & doctrina Bartoli in l. in lege Falcidia, 45. ff. ad leg. Falcid. & in l. Papinianus, §. vnde ſi quis, ff. de inoff. teſtam. quibus in locis docuit interuſurij æſtimationem eſſe decem pro centum.

Sed hęc ſententia ſolidum non habet fundamentum; quia Martini & Calixti conſtitutiones nõ definiunt generaliter id eſſe iuſtũ annui cẽſus pretium, ſed ſtatuunt, eos contractus cenſuum, qui in diœceſi Vranslauienſi frequentabantur, eſſe licitos. Fiebant aũt in hunc modum, vt ibi Martinus Pont. Max. commemorat: *Ad rationem, & pro qualibet marca annui cenſus decem, vndecim, tredecim, quatuordecim marcæ, aut plus vel minus, ſecundùm temporis qualitatem, prout ipſi contrahentes inter ſe conuenerant*; quibus verbis ſignificatur, aliquando decem in ſingula centena fuiſſe conſtituta, aliquando nouem, aliquãdo octo, aliquando ſeptem, & quandoque ſex. Sed licet Summus Põtifex ex relatione Cardinalis, cui negotium illud fuerat cum peritorum conſilio demandatum, compererit cõtractus eos iuridicos & licitos fuiſſe, ut ipſe dicit in dicta conſtitutione, non tamen efficitur, alibi quoque generaliter ita eſſe ſtatuendum, ut nulla locorũ, temporum, perſonarum habita ratione, iuſtum annui cẽſus pretium reputetur, cum in ſingula centena decẽ dantur.

A Quamobrem extra prouincias illas extendi nõ poſſe memoratas conſtitutiones reſponderũt Alciatus in conſ. 5. nu. 3. Natta in cõſ. 498. Gratus conſ. 39. lib. 2. Aret. cõſ. 30.

Quod verò attinet ad Nicolai V. conſtitutionem, eã pertinere ad Regem Siciliæ, & eius ſubditos, patet ex eius tenore, & teſtatur optimè Io. Bapt. Lupus ad l. 2. C. de pactis inter empt. & uend. comment. 2. §. 2. nu. 86.

Secunda eſt opinio, iuſtũ eſſe pretium quantum aſcẽdit cumulus penſionum, quindecim annorum, argu. l. ſi quis argentum. §. ſin aũt donator, C. de dona. quã ſententiam conſuetudine Montargienſium & Loriaceñſium receptam eſſe teſtatur Tiraquel. loco annotato. Sed cùm deciſio dicti §. ſin aũt donator, in donatore paupere loquatur, nullum ex ea fundamentum ſumi poteſt firmũ, ſicuti adnotauit Couar. variar. reſol. lib. 3. c. 9. nu. 6.

Tertia eſt ſententia, quinque pro centum, eſſe iuſtum annui cenſus pretium, gl. in auth. perpetua, in ver. Iuſta, C. de ſacroſanct. Eccleſ. & ibi Caſtrenſ. Rom. in conſil.
B 423. Cępolla de ſimula. contract. in 3. præſumpt. Guido Papæ, in conſ. 180. & alij à Tiraquello citati de retractu conſang. §. 1. gl. 6. nu. 19.

Nititur hæc ſententia textu in §. ſi verò alicuius, in Auth. de non alien. reb. Eccleſ. qui non facit ad rem noſtram, loquitur enim de emphyteuſi rei Eccleſiaſticę ad certum tempus conceſſa, precio ſę quidem, ſed modici redditus, ſicuti adnotatũt Couar. lib. 3. variar. reſol. c. 9. nu. 5. & Lupus loco ſuperius citato, nu. 77.

Quarta eſt ſententia, ſed nullo nixa fundamento, ſex pro centum, iuſtum pretium cõſtituere. Ita Laurentius de Rodulphis in commentariis de vſuris, 2. par. quæſt. 12. Pariſius in conſ. 60. nu. 29. lib. 1.

Quinta eſt ſententia Couar. loco ſupra citato; obſeruandam eſſe hac in re prouincię conſuetudinẽ, communemque hominum æſtimationem, ſecundùm quam rerum pretia definiri ſolent, l. pretia rerum, ff. ad leg. Falc.

Sexta eſt opinio Io. Bapt. Lupi in ſæpè citatis commẽ-
C tariis ad l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. comment. 2. §. 2. num. 79. iuſtum eſſe pretium annui cenſus illud, quod æſtimationi rei, ſuper qua conſtituitur, & fructibus, qui ex ea percipiuntur, reſpondet & conforme eſt.

Eandem ſententiam probat Iacob. Menoch. in conſ. 445. nu. 12. lib. 5. Eiuſdẽ ſententiæ mihi vĩ eſſe Martin. Nauar. in cõmentarijs de vſuris, ante nu. 86. vbi in hanc rem perpendit verba conſtitutionis Pij V. quibus dĩ cenſum conſtituendum eſſe ſuper re frugifera. *Quamuis*, inquit Nauarrus, *non dicat* (Pontifex Maximus) *quanta frugis debeat eſſe, ſatis tamen ſignificat, quod debeat eſſe tanta, quãtus eſt cenſus, alioquin non ſatis apte diceretur frugifera.*

Hanc ſententiam ego cæteris omnibus facilè antepono, quia manifeſtam habet rationem. Sed animaduertẽdum eſſe iudico ex eiuſdem Pij V. conſtitutione, ita cenſum creari poſſe & conſtitui, vt ſemper in poteſtate venditoris cenſus poſitum ſit, eundem cenſum redimere.

Conſtat prætereà venditorem cenſus nec dominium,
D nec poſſeſſionem amittere illius rei, ſuper qua fit cenſus. Quapropter iuſtum eſſe pretium exiſtimarem etiam illud, quod rei æſtimationem, & fructus ex ea percipi ſolitos excedit. Etenim pactum illud reluendi ex communi omnium ſententia diminuit iuſtam rei venditæ æſtimationẽ; vt patet ex traditis per Socin. in conſ. 16. lib. 1. Couar. variar. reſolut. lib. 3. c. 10. Rolan. à Valle, in conſ. 96. nu. 38. lib. 2. & alios paſſim. Itaque, ſi v.g. quinque pro cẽtum ex re cẽſui ſuppoſita percipiantur, iuſtam tamen eã eſſe conuentionem arbitror, qua ſeptem annua, vel etiã octo emptori cenſus præſtantur. Nam ſi rem ipſam emiſſet libere & abſque onere reluitionis, quinque annua ex ea percepiſſet, præter alia commoda, quæ ex prędijs & rebus frugiferis percipi ſolent. Atque hanc ſententiam iuri & æquitati conſentaneam fuiſſe iudicatam à Summo Pontifice Gregorio XIII. ex teſtibus fide dignis ac religioſis accepi, idque in Eccleſiaſtica ipſa ditione paſſim fere obſeruatur.

CA-

CAPVT XLIIII.

Vtrum annuus cenſus neceſſariò conſtitui debeat ſuper certis rebus frugiferis.

ET hoc caput Germanis mihi chariſſimis patum vſui eſſe poterit, apud quos conſuetudine receptum eſſe, vt cenſus tam ſuper certis, quàm ſuper incertis rebus, immò & ſuper perſonali obligatione conſtitui poſſint, teſtis eſt Andr. Geyll, lib. 2. obſeru. 7. num. 13. ſed tamen iuuat illud in diſputationem reuocare, quòd ſatis celebris ea de re ſit controuerſia.

Et quidem eorum ſententiam magis probo, qui ſuper certis rebus ſui natura frugiferis cenſus eſſe conſtituendos exiſtimarunt. His etenim adſtipulatur Pij V. Pontificis Maximi authoritas, cuius ea de re extat conſtitutio edita anno 1568. 14. Kal. Februarij, præter Mart. & Calixti editas conſtitutiones, de quibus in extrauag. de empt. & vend. in illis verbis: *Super bonis ſuis, dominijs, oppidis*, &c. Et rurſus ibi: *Super earum bonis, domibus, agris, prædijs, poſſeſſionibus*, &c. Authores autem huius ſententiæ ſunt Io. de Lignano in c. in ciuitate, de vſuris, & in c. vlt. quæſt. 1. eo. tit. Aretin. in conſ. 151. col. 3. Abbas Panor. in diſputatione 5. col. vlt. Laurentius de Rodulphis in c. conſuluit, in c. ex parte, quæſt. 13. Angelus in ſumma, in verbo, vſura, nu. 78. Caſſaneus in catalogo gloriæ mundi, parte 12. conſideratione 98. fallen. 25. & in conſ. 93. nu. 6. S. Antoninus in ſumma, in 2. parte, tit. 1. c. 8. §. 10. Ioan. Bapt. Lupus Geminianus, ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. comment. 2. §. 2. nu. 63. Martinus Nauarrus in commentariis de vſuris ante num. 86.

Contrariam ſententiam habuerunt; ſcilicet etiam ſuper perſonali obligatione poſſe conſtitui, Conradus de contractibus, quæſt. 74. & 75. Io. Medina de reſtitutione, quæſt. de cenſi. col. 5. Dominicus Sotus de iuſt. & iure, lib. 6. q. 5. artic. 1. Couar. lib. 3. variar. reſol. cap. 7. num. 5. verſ. Ego ſanè.

Argumenta hæc ſunt. Primum argum. Cenſus conſtitui poteſt ſuper certis bonis, ita, vt eis peremptis, venditor nihilominus ad annuam penſionem teneatur. Huiuſmodi autem obligatio non eſt alia quàm perſonalis, ergo nihil prohibet, quò minus ſuper perſona conſtitui poſſit.

Aſſumptio probatur ex conſtitutione Martini & Calixti, in extrauag. de empt. & vend.

Reſpondeo, eas conſtitutiones id non dicere. Verba cõſtitutionis Summi Pontificis Martini hæc ſunt, quod ad hanc rem attinet: *Sed ad hoc huiuſmodi cenſus venditores inuiti, nequaquam per emptores arctari, vel adſtringi valerent, etiam ipſis poſſeſſionibus, & bonis obligatis penitus interemptis, ſeu deſtructis.* Verba Calixti hæc ſunt: *Sed ijdem ementes etiam ſi bona domus, terra, agri, poſſeſſiones, & hæreditates huiuſmodi proceſſu temporis ad omnimoda deſtructionis, ſeu deſolationis reducerentur opprobrium, pecuniam ipſam etiam agendo repetere non valerent.*

Quibus verbis hoc ſummi Pontifices decernũt, vt re perempta, perimatur etiam actio ad ſortem repetendã. Sed non inde ſequitur, actionem ad cenſum annuũ rebus etiã peremptis ſaluam remanere, id non dicunt textua dictarum conſtitutionum, immò cùm ad ſortem repetendam extinguatur actio, videtur etiã in conſequentiam extingui ad cenſus annuos petendos, qui propter ipſam ſortem pecuniæ præſtantur.

Secundum argumentum. Licet alicui gratis ſe obligare ad annuam penſionem alicui præſtandam, ergo & data pecunia licebit.

Reſpondeo, nego conſequentiam, ſicut ſi quis ita argumentaretur. Poteſt quis donare cuipiam aliquid ex liberalitate; ergo donare poteſt etiam propter pecuniam ab eo mutuatam.

Tertium arg. poteſt quis locare certa mercede conſtituta operas ſuas, l. qui operas, l. in operis, ff. locati. ergo

A & eas vendere, certo pretio conſtituto. Videtur autem quis operas ſuas vendere, dum ſe ad præſtandum annuũ cenſum obligat, certa pecuniæ ſumma accepta.

Reſpõdeo negando, operas in propoſita ſpecie vendi. Quid enim, ſi obligatus ad cenſum idoneus non ſit ad operandum? quid ſi idoneus ſit quidem, ſed non tanti æſtimandæ ſint operæ, quantum cenſus nomine præſtat? quid ſi infirmus ſit, & ex eo nulla prorſus ſperet opera?

Quartum argumentum: Quoties ſuper certis rebus cenſus conſtituitur, perſona tamen principaliter videtur eſſe obligata, ideoque & re perempta manet obligatio perſonæ, argum. l. creditor, 28. ff. ſi certũ petatur. Igitur æquè poteſt ſuper ipſa perſonæ obligatione cenſus fundari, atque ſuper ipſis rebus? Immò iuſtior eſſe vr cõtractus, quo perſona tantùm obligata ſit, & vtilior emptori.

Reſpondeo, perſonam quidem eſſe principaliter obligatam, ſed tamen ſuper certis rebus conſtituendum eſſe cenſum, vt pecuniæ amittendæ re perempta, vel infrugi-

B fera reddita, periculum emptor ſubeat, ſic enim contractus à fœneratitio mutuo euidenter erit alienus, ac proinde licitus. Cùm alioqui perſonalis obligatio rei peremptione non tollatur, l. incendium, C. ſi cert. petat. Sed dũ dr, ergo æquè bene ſuper perſona, &c. negatur, quoniam ſuper rebus fit, non tantum vt eæ ſint emptori obligatæ, ſed & vt ſubiaceat alicui periculo cenſus, nempe vt re peremptā, & ipſe perimatur, quod vnà cum alijs conditionibus à Pio V. Pontifice Maximo requiſitis, facit, vt contractus magis licitus, & minus ſuſpectus iudicetur.

CAPVT XLV.

Quis contractus eſſe dicatur, cùm pro re datur res, & ſimul etiam pecunia, & an dicatur eſſe permutatio, cùm res, ſiue ſpecies certa datur pro incerta, vel incerta, pro incerta.

C CVm ex vna parte contrahentium res datur, ut res accipiatur, & ſimul etiam pecunia, diſputari ſolet, quiſnam contractus cenſeatur. Prima eſt ſententia eiuſmodi contractum eſſe innominatum. Ita Bart. ad l. 1. ff. de rer. permut. Fulgoſ. & Iaſ. ibid. Imola, & Ludouic. Rom. ad l. Ariſto, ff. de donation. Idem Rom. in cõſ. 86. Io. Berberius in uiatorio iuris, rubr. de rer. permut. col. 2. Guidu papæ deciſ. 92. Firmian. in tract. de gabellis 3. parte, 8. partis princ. quæſt. 2. verſ. Item an habeat. Ripa ad l. 2. ff. ſi certũ petatur, in ult. col. Cotta in memor. in uerbo, contractus an in dubio. Tiraq. de retractu conſang. §. 30. gl. 1. num. 36. Pinell. ad l. 2. C. de reſcin. uend. in 2. parte, cap. 2. nu. 5. Anton. Gomeſ. uariar. reſol. tit. de contract. cap. 2. num. 10.

Fundamẽtum eſt in eo, quòd cum incertum eſt, quis contractus appellari poſſit, innominatus eſſe cenſeatur, & idcirco præſcriptis uerbis agendum ſit, l. 1. ff. de tributor. actio. l. 1. & 2. ff. de præſcript. uerb.

D Secunda eſt opinio, huiuſmodi contractum uenditionem cenſeri, quoniam id uidetur eſſe fauorabilius, ita Bald. in prælud. feud. nu. 11. Alex. ad Bart. l. ſi in empt. ff. de contrah. empt. Fabian. à Monte de empt. & uend. in 2. quæſt. princ. nu. 23.

Tertia eſt ſententia, hanc rem diiudicandam eſſe, non ex nomine, quo contrahentes utuntur, ſed ex ſubſtantia, & qualitate ipſius contractus; nam ſi exempli gratia res detur, ut alia res accipiatur, & ſimul etiam pretium modicum, & longè minus, quàm ſit ipſa res, talis contractus erit permutatio, non autem uenditio, licet res & pretium interceſſerit. Ita Caſtrenſ. ad dictam l. Ariſto, ff. de donation. Antonius, Gomeſius & Tiraquell. locis annotatis.

Quarta eſt opinio Franciſci Connani lib. 7. commen. iuris, titu. de rer. permut. nu. 3. id ſequendum eſſe, quod contrahentes præcipuè uoluerunt, eamque uoluntatem ex magnitudine quidem pretij iudicandam, ſed non

ex ſolo

ex ſolo exceſſu; quia poteſt tam paruus exceſſus eſſe, ut in fraudē venditionis permutatio fieri videatur, id quod iudicio prudentis iudicis æſtimabitur.

Quod ſi vectigal aliquod pendendum ſit, vel canon emphyteuticus de rebus emptis, exiſtimat Connanus hæc ad viuum eſſe reſecanda, & quatenus interuenit pecunia, venditionem eſſe iudicandam, quatenus res interuenit permutationem.

Quinta & poſtrema eſt ſententia, hunc contractum partim eſſe venditionem, partim permutationem, ita Alciatus ad l.2.nu.18.ff.de uerb.oblig. idem ante eum ſubobſcure tamen dixerunt Specu. titu. de rer. permut. verſ. Si verò res. Cyn. ad l. quæritur, ff. de ſtatu hominum. & ibi ēr Aug. necnon Caſtr. in l. Ariſto, n.3. ff. de don. Eandem ſniam ſecutus eſt Conat. variar. reſol. lib.2.c.3.nu.9. & nouiſſimè Federic. Scotus ad l.2. ff. ſi cert. petatur.

Ex his ſententijs hæc poſtrema videtur mihi probabilior, ſed & tertiam ſententiā magnopere probo. Pro confirmatione autem afferri poſſunt leges, quibus patet [illegible] eſſe nouum, vt aliquis contractus partim venditionis, partim donationis nomine cenſeatur, l. cum hic ſtatus, §. pen. l. ſi ſponſus, §. circa, ff. de donat. inter virum & vxorem, l. Ariſto, de donation. & cum in hac facti ſpecie omnia interueniant, quæ ad venditionis & permutionis cōtractum pertinent, nempe, res pro re, & ſimul etiam pretium, haud dubium eſſe poteſt, quin ex ea parte, qua pretium interuenit, contractus ad venditionem referendus ſit, & quatenus res datur, vt altera eius vice accipiatur, ad permutationem, niſi pretium ita ſit exiguum, ut eius habenda ratio non videatur ad conſtituendum ex eo contractum.

Nec Pinelli argumenta, hanc ſententiam refellere conantis aliquo pacto me mouent. Imprimis affert l. ſi in emptione, 34. ff. de contrahen. empt. in illis verbis: *Nec refert quanti ſit acceſſio, ſiue plus in ea ſit.*

Reſpondeo, ſenſum eſſe id, quod accedit deberi, quantumcunque ſit, quia plerunque res propter acceſſiones emuntur. Debetur autem id, quod uenditor intellexit, quia debitoris eſt electio, cum aliquid in genere debetur vt fruſtra Cuiacius lib.1. Obſeru. ca. 10. tentauerit, loco venditoris, ſubſtituere emptoris. Sed acceſſio in ea lege non mutat ſpeciem contractus, ut in propoſita quæſtione, quare ad hanc rem non pertinet ille textus.

Secundò affert tex. in l. fundi partem, 79. ff. eo. titu. & in l.6.§.1. & in l. ſi ſterilis, §. ſi tibi, ff. de actio. empt. in quibus legibus, inquit Pinellus, Iuriſconſulti venditionem appellant, cum datur pecunia, & alia res, nec diſtinguūt quid ex his excedat, & quantum.

Reſpondeo. Quod attinet ad d. l. fundi partē, ibi non dicitur venditionem factam fuiſſe certo pretio conſtituto, & ſimul etiam alia re data, ſed lex loquitur de venditione, cui pactum acceſſit, vt emptor alteram partē fundi conductam haberet, atque ex empto actionem dari, ut pactum impleatur, quæ res toto diſtat cælo à quæſtione noſtra.

Eadem reſponſio valet ad d. l.6. §.1. in qua agitur de pacto venditioni adiecto, non autem de pretio, & alia re: *Si vendidi*, inquit, *tibi inſulam certa pecunia, vt aliam inſulam reficeres, agam ex vendito, vt reficias*. Eodē modo loquitur l. ſi ſterilis, §. ſi tibi.

Eſt & altera controuerſia, ſit ne permutatio etiā quando res incerta datur pro incerta, vel pro certa.

Affirmant Deci. ad l.2. ff. ſi certum pet. nu.18. Alciat. ibid. nu.23. Zaſius, nu.4. Curt. iun. 29. Buticella, nu.37. Feder. Scot. nu.124. & alij quos commemorat Pinell. ad l.2. C. de reſcin. vend. in 2. parte rubr. c.1. nu.10.

Negant verò gloſ. in l.1. C. de rerum permut. in verbo, poſtulatis, Bar. ad l.1. in 3. q. ff. eod. tit. & in l.2. ff. ſi certum pet. & ibid. Caſtrenſ. Iaſon, nu.8. Ripa, nu.25. necnon & nouiſſimè Viglius.

Fundamentum habet hæc poſterior ſententia in ijs legibus, quibus agitur de permutatione, & mentio plerū-

A que fit rei certæ, vt in l.1. l. quoniam, l. emptionem, C. de rer. permut. & in l.1. ff. eo. tit. contra verò cum res in genere datur, vt res accipiatur, contractus eſt innominatus, l.4. §.1. ff. de præſcript. verb. accedat, inquit Iaſon, quod permutationis verbum ſignificat quandam perfectam mutationem, quæ maximè eſt, cum vna ſpecies cum altera commutatur.

Sed iſtis nil morantibus, priori ſententiæ magis accedo, quę probatur ex l. vlt. C. de rer. permut. vbi patet permutationem eſſe, cum aliquid menſtruum in genere, vel annuum præſtandum eſt.

Secundò probatur ex l.1. ff. de contrah. empt. vbi patet permutationem appellari cum agitur, vt pro toga data, recipiatur tunica, vel ferrum pro vino, & ſic in gñe.

Tertiò ex l.4. §.1. ff. de præſcript. verb. ibi: *Sin autem do rem, vt rem accipiam* (in genere) *quia non placet permutationem rerum, emptionem eſſe*, &c. Quibus verbis permutatio appellatur, vt patet.

B Poſtremò probatur ex ipſa rubrica, quæ inſcribitur de rerum permutatione, & ſic in genere, non autem de ſpecierum permutatione, & ſic rerum certarum, quicquid diuinando Ripa reſponderit.

Ad argumenta contrariæ opinionis reſpondeo, meritò appellari permutationem rerum, ſeu ſpecierum certarum in dictis ll. non tamen infertur ſecus eſſe ſtatuendum in rebus incertis, nec id negant ll. allegatæ. Quod vero dicebat Iaſon, nullius eſſe momenti, quia cum res in genere promittitur, & contractus effectū ſortitur, tunc res certa dat', ut dicebant Dec. & Fed. Scot. locis annotatis.

CAPVT XLVI.

Quomodo probetur minorem, vel pupillum locupletiorem factūm eſſe ex contractu, vel etiam maiorem.

C MInorem viginti quinque annis prædium alienatum vindicare poſſe, nec ad pretium reſtituendum obligari, niſi in eius vtilitatem verſum ſit, docet l. prædiorum, C. de prædiis minorum, & minorē eſſe reſtituendum aduerſus contractum, niſi factus ſit ex eo locupletior, præſertim vbi pecuniam fœnori acceperit, docet l.1. & 2. C. ſi aduerſus creditorem.

Conſtat etiam, pupillum contrahentem non obligari, niſi quatenus locupletior factus eſt, l. ult. C. de uſuca. pro emptore, l. patri, §. item ex diuerſo, ff. de minoribus. Sed & bonæ fidei poſſeſſor tenetur petitione hæreditatis, in quantum factus eſt locupletior, l. item veniunt, §. præter hæc, & l. utrum, ff. de petition. hæred. controuerſia eſt igitur, quomodo probetur quempiam factum eſſe locupletiorem?

Prima eſt ſententia eorum, qui exiſtimant, id ex eo probari, quod pecuniam ad aliquem perueniſſe probotur, niſi ipſe probet ſe eam malè conſumpſiſſe. Ita gl. in l. vtrum, in verbo conſumpſiſſe, ff. de petitio. hæred. necD non Ang. ibid. Fulgoſ. ad l. ſed etſi lege, §. quod autem, ff. eo. tit. Rom. in conſ.149. nu.2. Anchar. in conſ.5. nu.1. Alex. in conſ.63. nu.5. lib.2. Corn. in conſ.72. nu.9. lib.3. Dec. in l. ex pœna lib. nu.5. de reg. iur. Io. Crotus in conſ.11. num.48. lib.1. Ruyn. conſ.24. ad fin. lib.1. & in conſ.29. ad fin. lib.2. Socin. ſen. in conſ.24. nu.41. lib.1. & 279. nu.19. lib.5. Socin. iun. in conſ. ult. nu.39. lib.1. Berous in conſ.44. nu.6. & nu.16. lib.1. Gozad. in cōſ.94. nu.7. Ant. Gabriel. lib.1. commu. concl. tit. de probat. concl.7. n.16. Io. Lup. in rubr. de donatio. int. vir. & vxor. §.48. num.1. alios citat Maſchardus de probat. vol.3. concl.1164.

Fundamentū eſt, quia nemo præſumitur iactare ſuū, l. cum de indebito, ff. de probando. Idcirco non præſumitur quis conſumpſiſſe pecuniam, ſed potius locupletior factus, l. ſi defunctus, C. arbitrium tutelæ. Imò præſumitur res extare adhuc, & non eſſe conſumpta, argumento l. ſi creditor, C. de pignorat. actio. & eorū quę tradit Bart. ad l. ſi quis ex argentariis, §. an uero, ff. de eden.

Huc

A Huc accedat tex. in l. quod ſi minor, §. reſtitutio, ff. de minor. & in l. 1. C. de reputatio. quibus in locis dicitur minorem reſtituere debere pecuniam, quæ ad eum peruenit, niſi quis ſciens, eum conſumptiurum, dederit.

Sed contrariam ſententiam, nempè pecuniam conſumptam præſumi, & idcirco probandum eſſe conuerſum fuiſſe in vtilitatem accipientis, amplexi ſunt Ange. ſibi parum conſtans in conſi. 160. circa fin. Dec. ad l. certi condictio, §. quoniam, nu. 3. ff. ſi cer. per. Ruin. in conſ. 204. nu. 15. lib. 2. & in conſ. 91. nu. 6. lib. 5. Iaſo. ad l. Nemo ſeonius §. fundum. nu. 4. ff. de re iud. Fely. in c. de quarta. col. 10. verſ ſecunda reſtrictio. de preſcr. Curt. ſen. in conſil. 72 col. 4 verſ ſeptima concluſio. Curt. iun. in conſ 6. nu. 26. & nu. 28. Caſtr. in conſ. 247. nu. 6. lib. 1. Gomeſ. in §. actiones, nu. 21. Inſtit. de act. Alcia. in d. l. certi condi. §. quoniam, nu. 10. Cagn. in l. ex pœnalib. nu. 3. de reg. iu. Hippol. Rimin. in §. ult. nu. 72. in Inſti. quibus alienare non licet. & in conſ. 43. lib. 1. Menoch. de præſum. lib. 6. præſump. 27. nu. 6. & de recup. poſſ. remed. 15. num. 568. B Cranetta in conſ. 550. nu. 16. lib. 3. Alios citat Maſcħardus loco ſuperius annotato.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex eo, quod docet gloſ. communiter recepta in l. vlt. C. de vſucap. pro empto. nẽpe probari quempiam eſſe factum locupletiorem, ſi probetur pecuniam extare apud eũ, qui accepit, aut in ſumptus neceſſario erogatam, aut aliquid ex ea emptum.

Secundum argumentum eſt ex l. in pupillo, ff. de ſolutio. dum ibi dicitur, tempus litis conteſtatæ inſpiciendũ eſſe, vt ſciatur, an aliquis factus ſit locupletior. Ergo non ſufficit probare, pecuniam ad eum perueniſſe.

Tertium eſt ex l. vtrum, ff. de petitio. hæred. dum ibi dicitur, verbum *perueniſſent*, accipiendum eſſe cum effectu, ſ. ſi bonæ fidei poſſeſſor ex eo factus ſit locupletior.

Quartum eſt ex l. prædiorũ, & ex l. ſi prædiũ, C. de prędijs minorũ, in illis verbis; *pro ea duntaxat parte te conueniri permittet, quã in facultates tuas erogatã eſſe cõſtuerit.*

C Quintum ex l. 1. & 2. C. ſi aduerſus creditorem, in illis verb. *nec doceri potuiſſe, ex eo contractu locupletiorem eſſe factum.* Item ibi, *Nec ea in rem tuam verſa eſt*, &c.

Tertia eſt ſententia diſtinguens. Aut contractus nullus eſt cum pupillo, vel minore initus, & tunc is, qui dicit eum locupletiorem factum, id probare debet aliunde quam ex eo, quod pecuniã ad eum peruenerit. Aut contractus initus valet, ſed minor petit ſe reſtitui, & tũc ſufficit probare, pecunia ad eum perueniſſe, etq; onus probandi incumbit, pecuniam malè fuiſſe inſumptam. ita glo. in l. prædiorum, C. de prędijs minor. & ibi Bar. qui tamen dicit id non procedere in pecunia fœnori accepta.

Eandem ſententiam ſecuti ſunt Bald. Salic. & Angel. ibi. Socin. ſen. in conſ. 115. col. vlt. lib. 1. Hippol. Rimin. in d. conſ. 43. nu. 9. lib. 1.

Aliam hac in re diſtinctionem adhibet idem Bar. in l. 1. C. ſi aduerſus creditorem, quam placuiſſe multis, teſtatur Pinel. ad l. 2. C. de reſcin. vend. in 3. p. cap. 1. num. 27. D *Quandoque*, inquit Bar. *minor repetit rẽ ſuam alienatam, dicens contractum ipſo iure nullum, reus autem vult retinere rem, dicens pretium conuerſum in vtilitatẽ minoris, & tunc reus probare debet minorem locupletatum, ita loquitur l. ſi prædium, C. de prædijs minorum. Quandoque minor repetit rem ſuam per reſtitutionem in integrum, vel alias petit ſe reſtitui, & tunc aduerte, quia ſi minor dicit ſe læſum in eo, quod vendidit, quia non expediebat ſibi vendere aduerſarius vult retinere rem pro pretio, quod dedit minori, quod eſt verſum in vtilitatem minoris, tunc aduerſarius debet probare minorem locupletatum, quia eſt cauſa ſuæ exceptionis, l. patri, §. 1. & 2. ff. de minoribus, l. ſi res, §. 1 de iure dot. Quandoque minor petit ſe reſtitui, quia læſus eſt in eo, quod pretium perdidit, & tunc debet ipſe probare ſe perdidiſſe, quia eſt cauſa ſuæ intentionis, l. in minoribus. C. de in integr. reſtitu. l. nam & poſtea. §. quod ſi minor, ff. de iureiur. ſallit in fœneratore, hic eſt caſus*, hactenus Bart. idem præclare docet Duar. ad tit. C. ſi aduer. creditorem.

A Poſtrema eſt ſententia Pinelli ad l. 2. par 1. c. 4. nu. 66. Aut verſamur in contractu cũ minore facto, & tunc probandũ eſt minorẽ fuiſſe locupletatum aliunde, quam ex eo, ꝙ pecunia ad eum peruenerit. Aut verſamur in cõtractu facto cum maiore, & tunc ſi probetur pecuniam ad eum perueniſſe, eo ipſo locupletior factus probatur.

Ego ſanè in eorum ſententiam ſum procliuior, qui ſimpliciter docent, probandum eſſe pecuniam in utilitatem verſam, ita vt non ſufficiat probare, pecuniam ad minorem, vel alium, perueniſſe: Si enim ex eo, quòd pecunia ad aliquem peruenerit, præſumeretur ex ea factus locupletior, non erat opus, vt illud à lege requireretur, nẽpè, ex ea pecunia, vel alia re, quæ ad quempiam peruenit, cũ factum eſſe locupletiorem, ſed dicendum erat eum teneri, niſi probaret ſe conſumpſiſſe. Solet enim iuris pręſumptio onus probandi in eum transferre, contra quem viget, l. non eſt veriſimile, ff. de eo quod met. cauſa. At leges requirunt probationem. Id patet ex legibus pro hac ſen-B tẽtia ſuperius citatis. Sed latis diſertè id patet ex l. ſi fine, §. interpoſitio. ff de admi. tut. vbi tex. ita dicit. *Quæro an cum ex hac venditione melior factus non ſit, neque in rem ſuam quicquam verſum probetur, pretium emptori reſtituere non debeat?* &c. Quibus verbis apparet id probari oportere, nempè, pretium in vtilitatem verſum. quod certè probandum non eſſet, ſi præſumeretur verſum ex eo, quod ſolutum fuiſſet minori. Similiter in l. patri, §. item ex diuerſo, ff. de minoribus, ait text. *Iuuenis autem eatenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia factus eſt locupletior.* Sed & ex l. vtrum, ff. de peti. hær. manifeſtum euadit ex eo, ꝙ res ad aliquem peruenerit, non ſtatim præſumendum, eum ex ea locupletiorem factum. Sic. n. textus: *Et verbum quidem perueniſſe ambiguum eſt. Solũne hoc contineat. quod prima ratione fuit. an vero & id, quod durat, & puto ſequentem clauſulam Senatuſconſulti ſequendam* (Nempè, eam quæ requirit, vt ex eo, quod peruenit, factus ſit locupletior, ut in l. item veniũt. §. eos, ff. eo. ti.) C *Et ſi hæc ſit ambigua, ut ita demum computet, ſi factus ſit locupletior.*

Quare id quod ſimpliciter eſt dictum in l. quod ſi minor, §. reſtitutio, ff. de minor. & in l. 1. C. de reputatio. & alibi, minorem pretium, quod ad eum peruenit, reſtituere debere, intelligendum erit, ſi ex eo factus eſt locupletior, cuius interpretationis authorem habeo Iacobũ Cuiacium ad lib. 1. Sententiarum Pauli, tit. de minoribus, is enim in hanc ſententiam omnes leges accepiſſe videtur, quæ minorem in integrum reſtitutum, ad pretium reſtituendumq; condemnant.

Porrò, illa legis notiſſima pręſumptio, neminem iactare ſuum, ad hanc ſpeciem accommodari nõ poteſt, quia lex requirit probationem, nec illa præſumptione contenta eſt, vt patet ex legibus allegatis.

CAPVT XLVII.

D *Vtrum is, cui plures res ſunt obligatæ a diuerſis poſſeſſa, contra vnum ex poſſeſſoribus agere poſſit in ſolidum, an vero conuenire omnes debeat pro rata.*

DVm controuertitur, an is, cui plures res obligatæ ſunt a pluribus poſſeſſoribus detentæ agere poſſit hypothecaria contra unũ, an vero omnes ſimul ꝓ rata conuenire debeat, affertur pro deciſione tex. in l. moſchis, ff. de iure fiſci, cuius authoritate omnes poſſeſſores pro rata conueniendos docent Ioan. Faber, in §. item ſi quis in fraudem, nu. 26. in Inſt. de act. Caſſaneus in conſuet. burg. rubr. 5. §. 2. nu. 37.

Et Afflictus ad Conſt. Neapol. lib. 1. rubr. 17. num. 26. hanc ſententiam æquiorem eſſe dicit, ideoque ſeruari in Regno Neapolitano.

Sed contraria ſententia ſemper mihi probabilior viſa eſt, nempe poſſeſſorem quemlibet inſolidum conueniri poſſe.

CAPVT XLIX.

Quid ſit mutuum conſiſtere in his rebus, quæ in genere ſuo functionem recipiunt, per ſolutionem magis, quam per ſpeciem, vt in l. 2. ff. ſi certum petatur.

HOc caput in ſtudioſorum gratiam annecto, quibus gratiſſimum erit intelligere, quid ſibi Paulus voluerit in l. 2. §. mutui datio, ff. ſi certum petatur, cum dixit, mutui dationem conſiſtere in ijs rebus, quæ pondere, numero, menſurave conſtant, *quoniam eorum datione, poſſumus in creditum ire: quia in genere ſuo functionem recipiunt, per ſolutionem magis, quàm ſpecie, ſive per ſpeciem.*

Prima expoſitio eſt Accurſij: *Per ſolutionem*, inquit, *id eſt vt aliud omnino ſua vice fungatur ſi fuerit ſolutum, magis quàm per ſpeciem, ſcilicet eandem, & dictio (magis) electiuè ponitur, quaſi dicat per eandem ſpeciem non debet fieri ſolutio.* Eandem expoſitionem ſecuti ſunt Bartol. Corn. Caſtr. Alex. Iaſon & Socin ſen. *Differentia eſt*, inquiunt, *inter ſolutionem & reſtitutionem. Solui dicitur illud, quod numquam in ſpecie illa fuit datum. Reſtitui dicitur, quando idem corpus in indiuiduo, quod fuit datum, redditur. Hoc igitur textus vult: In iſtis rebus ideò mutuum conſiſtere, quia tantam habent inter ſe ſimilitudinem, vt idem corpus reddi non ſit opus, ſed per ſolutionem alterius rei, quantum ad ſpeciem, perfectè ſatisfiat.* Hæc ferè illi. **B**

Secunda eſt expoſitio Decij in commentarijs d. §. mutui datio: *Per ſolutionem*, inquit *magis, quàm per ſpeciem, non eandem, prout gloſ. dicit & Paulus Caſtr. ſed quia maior eſt ſimilitudo in iſtis rebus, in quibus mutuum conſiſtit, quàm in ſpeciebus, in quibus licet altera alteri aſſimilari poſſit, non eſt talis ſimilitudo, in qua mutuum conſiſtat, & ſic quod per ſpeciem quæ pro alia ſimili redderetur, vel maior ſunctio videtur in rebus in quibus conſiſtit mutuum, quia per ſolutionem totum ius creditoris conſeruatur, ſed non ſic in ſpeciebus quæ redduntur deteriores, cùm eadem reddantur, prior tamen ſenſus planior videtur.* Hactenus Decius. **C**

Tertia eſt expoſitio Vdalrici Zaſij in d. §. mutui datio functionē *in mutuo magis attendi in eo, quòd ritè & rectè ſoluatur res accepta, quā attendatur ſimilitudo ſpeciei, quaſi dicat, quantumcunque res fungibiles ſint ſimiles, & inuicem communicentur, tamen ſi non fiat rite & formaliter ſolutio, tunc non cōſiſtit mutuum. Et hoc eſt quod magis per ſolutionem, quàm per ſpeciem functio conſideratur: eſt ergo ritè facta ſolutio numeri ad numerum, ponderis ad pondus, menſuræ ad menſuram: Id quod gloſ. hic in verbo creditum videtur à remotis attigiſſe: Vnde ſi menſurarem tibi decem corbes frumēti, in ponderares mihi aceruū frumēti, non eſſet ritè facta ſolutio: Et tamen ſpecies natura ſimiles ſunt data. Et hoc eſt magis p ſolutione q̄ per ſpeciē.* Hucuſq; Zaſius.

Quarta expoſitio eſt Alciati in d. §. mutui datio, & lib. 2. Paradox. cap. 2. *Per ſolutionem magis, quam per ſpeciem, hoc eſt, quia in eis non cenſetur obligata ſpecies, ſeu ea res, quæ data eſt; ſed recipiunt functionem ſuam per ſolutionem, quaſi tantundem ſoluas, liberaberis. Species enim eadem reſtituenda non eſt. Tametſi & quandoque reſtituatur, vt quando res conſumpta non eſt quia debitor ea non indiguit, & eandem reſtituere vult. poteſt enim etiam inuito creditore, quo ſenſu recepto dictio (magis) ſtat comparatiuè, iuxta naturam ſuam.* Hæc Alciatus. **D**

Quinta expoſitio eſt Io. Franciſci Ripæ, in d. §. mutui datio, vt ſit ſenſus. *Harum rerum datione poſſumus in creditum ire. Quia etſi debitor qui rem mutuatam conſumpſit, videatur aliam ſpeciem ſoluere, & ſic aliud pro alio contra regulas iuris; quia tamen hæ res recipiunt functionem in genere ſuo, non dicitur aliud ſolui, & ideo magis per ſolutionē eiuſdem, quàm per ſpeciem diuerſam, id eſt, ſolutionem diuerſæ ſpeciei, functionem recipiunt, quod in cæteris rebus contingere non poteſt. Ideo in cæteris non poſſumus in creditum ire. Hic eſt ſenſus huius literæ.* Sic Ripa.

Sexta expoſitio eſt Nicolai Belloni, lib. 1. ſupputationum iuris, c. 4. dicitur in dicto §. *Mutui dationem in ijs* **A** *rebus conſiſtere, quæ pondere, numero menſurave conſiſtunt, quoniam iſta functionem in genere ſuo recipiunt, ſed contra. Nam vinum nouum eſt eiuſdem generis cuius vetus, & tamen nō recipit functionem cum veteri. Ad hoc replicat I. C. verum eſſe, quòd ex eo ſolo, quòd ſpecies, id eſt, corpus eiuſdem generis reddatur, iſta non recipiunt functionem, ſed cùm debeat fieri ſolutio, nō modo eiuſdē generis, ſed ēt eiuſdē qualitatis, id eſt bonitatis, l. cum quid ff. ſi cert. pet. eod. modo recipiunt functionem. Erit igitur ſenſus quòd hæc recipiatur functionē, & ex corpore eiuſdem generis & ſic ex ſpecie, & ex ſolutione: tamen magis per ſolutionē quia debet eſſe eiuſdem bonitatis, quam per ſpeciem id eſt, corpus datum in eo genere, quia poſſet eſſe deterius. Et in ſumma vult dicere I. C. quod ſolutio qualificata ſit illa quæ perficiat functionem.* Sic ille.

Septima eſt expoſitio Franciſci Duareni lib. 1. Anniuerſ. diſput. c. 14. *Functio*, inquit Duaren. *præter vulgarē & notam oībus ſignificationem, pro penſitatione ſeu ſolutione alicuius rei debitæ vſurpatur. quod genus loquendi ex eo, ni* **B** *fallor, ductum eſt, quòd qui tributa aut vectigal pendunt, Reip. fungi munere, vel tributione dicuntur à veteribus; eamque penſitationem Cicero functionem muneris appellat. Senſus igitur horum verborum eſt, mutuum rectè contrahi de his rebus quæ functionem, id eſt, præſtationem & redditionē in genere ſuo magis q̄ in ſpecie excipiūt: id eſt quæ eius ſunt naturæ, vt præſtando rem aliam eiuſdem generis, creditori ſatisfiat: Et quæ inutiliter vtenda concederentur, ſi ſpeciem ipſam, quæ data eſt, reddere cogeretur debitor.* Hæc Duaren.

Hāc ſolutionē Robertus Aurelianus impugnat, lib. 3. ſentēt. c. 14. quem poſt Donellum, quē refert, ſecutus eſt Vulteius diſceptationū ſcholaſticarū, c. 14. functionēq; iſti interpretantur ſatisfactionem, & ex ea cōtingentem liberationem, q̄ affert rerum earum præſtatio, quoniam his rebus, quę pondere, numero, menſurave conſtant, ſoluendis, planè ſatisfiat creditori, vt conqueri non poſſit, quippe quòd eiuſcemodi ſint, vt ſingulæ eiuſdē generis ſingularum vicem ſolutione æqualiter ſubire poſſint, ſicque pro **C** alijs aliæ ſolui corpore quidem, ſed nō qualitate, aut ęſtimatione; vt quamuis non eadem, quæ datæ fuerunt, ſpecies reddantur, tantundem tamen ſolutum, æqualiſque omninò, ac propemodum eadem res reddita dicatur.

Poſtrema eſt ſententia Forcatuli, quā ex Federico Sceto referam, qui nouiſſimè ſcripſit elegantiſſima commentaria in d. §. mutui datio, & eam ſequi vr. Is legit textum pro datis habent. Atq; hoc eſt qđ dī, functionē recipere. hoc modo: *Quoniam earum datione poſſumus in creditum ire (quia in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem) magis q̄ per ſpeciem* Sicque verba illa, (*quia in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem,*) in parentheſin includit. Scribit ergo Forcatulus, omnē difficultatem eſſe in verbis illis, *magis per ſolutionē q̄ per ſpeciem. Hinc illas anguſtias. Hūc eſſe eūdē illū montē, qui viā cliuoſam et aſperā reddit. Hūc illū verticem, à quo nulla interpretū nauis tutè nauigare creditur. Sed vt Annibal alpes aliqui minas diuidēdo peruias fecit, & Xerxes Helleſpōti impetū ponte medio* **D** *euaſit, & intra fugiendarum rixarū cautiones ſegregāt, eas partēſes, ita vbi nos inerſtitio diuiſerimus verba hæc, magis per ſolutionem q̄ per ſpeciē, vnde illa ſeges diſcordiæ: perſpectā fore Iuriſconſultam. Nō enī hoc (magis q̄ per ſpeciē) referri ad proximè dictum, per ſolutionē, ſed ad illa verba. (Quoniam earū datione poſſumus in creditū ire) vt cōtextū ordinemus ita. Quoniam earū datione poſſumus in creditum ire magis q̄ per ſpeciē. Rō præcedit: Quia in genere ſuo functionē recipiunt per ſolutionē.* Itaq; cùm Iuriſc. dixiſſet, mutuū cōſiſtere in rebus pondere, numero, menſuraue accōmodatis, adiunxit, magis nos poſſe in creditū ire, quā per ſpeciē, quę nō cōicat effectus, vt pdictæ res, quæ recipiūt functionē in genere ſuo. Id eſt, q̄ redduntur, datarū loco omninò ſunt, & hactenus ex Comite Feder. ſent. Forcatuli retulimus.

Sed vt, & quid ipſe ſentiam, breuiter exponam, in primis animaduerto tex. d. §. mutui datio, diuerſimodè legi. Aliqui enim Codices habēt: *Quia in genere ſuo functionē recipiunt per ſolutionē, quàm per ſpeciē Alij per ſolutionem*

magis, quàm ſpecie, ſic habetur in Florentinis Holoandrinisq; Pandectis, *Alij per ſolutionẽ magis, q̃ per ſpeciem*. Codicem nullum legi, qui ea verba in parentheſin inclu dat ſicut Forcatulus, quò fit vt eius lectionis fides penes relinquenda ſit. Illud conſtat, omnes ferè lectiones eundem ſenſum habere (Forcatuli lectionem excipio) huiuſmodi res functionem in genere ſuo recipere per ſolutionem magis, quàm per ſpeciẽ. Illa dictio, (magis,) ſubauditur, neque eſt inuſitatus loquendi modus, vt declarat Ant. Auguſt. lib. 4. Emend. cap. 8.

Omnis difficultas eſt in eo poſita, quo modo verum ſit, res, quæ pondere, numero, menſurave conſtant, functionem in genere ſuo recipere per ſolutionem magis, quàm per ſpeciem. Et quidem quid ſit functionem recipere, videtur inter omnes paucis certè exceptis conuenire, nimirum nihil aliud eſſe niſi vnam rem fungi vice & natura alterius, in eodem genere, ita vt præſtando aliam rem eiuſdem generis, creditori ſatisfiat. Et in ſumma, res quæ redditur licet alia ſit, habeatur tamen eius loco, quę data eſt: Vt puta mutuò accipit quis centum aureos; creditori ſatisfaciet, ſi totidem reddat licet non eos ipſos, quos mutuò habuit, ergo illa verba *per ſolutionem magis, quàm ſpecie*, hunc habent ſenſum. Functionem eas res recipere dum ſoluuntur, quia ſolutio facta aliarum rerũ generis eiuſdem, debitorem liberat magis quàm per ſpeciem, quia ſpecies, puta, aurei, qui creditori reſtituuntur, non funguntur vice aureorum mutuatorũ ſuapte natura; quaſi ſpecies vna alteram eiuſdem generis repreſentet, & vicem eius ſubeat: differt enim, nec eadem eſt cũ alia ſpecie, ſed dum ſoluitur creditori, fungitur alterius uice. Nam aurei, qui redduntur, nõ ſunt ijdem cum mutuatis, ſed eorum uicem ſuſtinent, per ſolutionem.

C A P V T L.

Vtrum ei, qui mutuò aureos nummos accepit, liceat reddere creditori inuito eorum æſtimationem & pretium in alia materia, puta in argenteis nummis.

DEbitorem, qui nummos aureos mutuò accepit, reddere non poſſe creditori inuito eorum æſtimationem in alia moneta, cenſuerunt Bart. ad l. 1. §. ult. ff. de auro & argento leg. ad l. Paul. ff. de ſolut. & ad l. quæ extrinſecus, ff. de uerb. oblig. Caſtr. & Imola, in d. l. Paulus, Alex. & Aret. ad l. 2. §. 1. ff. ſi certum petatur. Ant. Butr. & Abbas Panor. in c. quanto, de ſolut. Bald. ad l. ſi quis argẽtum, C. de donat. Boerius deciſ. 327. Couar. de uetet. numiſm. collat. cap. 3. §. uni. Quorum fundamentum illud eſt, quoniam aliud pro alio inuito creditore ſolui non poteſt, l. 2. §. 1. ff. ſi certum petatur.

Sed contrariam ſententiam procul dubio probabiliorem cenſeo, & amplectendam, quoniam hoc in caſu nõ ſoluitur aliud pro alio. Si quidem in nummis ratio tàm habenda eſt poteſtatis, ſeu æſtimationis, quàm ipſorum qualitatis, l. 1. ff. de contrahen. empt. ibi. *Non tàm ex ſubſtantia, quàm ex quantitate*, &c.

Huc accedat l. C. in l. Paulus, 99. ff. de ſolut. docẽs creditorem non eſſe cogendum in aliam formam nummos accipere, ſi ex eo damnum paſſurus eſt, ergo ſi damnum paſſurus non eſt, cogitur accipere. Hinc etiam Iuriſconſultus in l. quæ intrinſecus, ff. de uerbor. oblig. *Nihil obeſſe ſtipulationi reſpondit, cùm ſtipulanti denarios* (ſcilicet argenteos) *aurei promittuntur eiuſdem quantitatis*. Et Imperator in l. unica, C. de argẽti pretio, quod theſauris infertur, eod. lib. ſtatuit, ut in publicis collationibus liceat pro XX. libris æris, unum auri ſolidum, & pro ſingulis, argenti libris, quinos æreos inferre. Et ſi creditoris nihil interſit, mihi pro debitore ſumma æquitas pugnare uidetur, argumento l. 2. §. uarus, ff. de aqua plu. arcen.

Denique hæc ſententia conſuetudine recepta eſſe uidetur, & authores habet non contẽnendos. Alciatum ad d. l. 2. §. mutui datio, nu. 11. ff. ſi certũ petatur. Purpurat. ibid. nu. 31. & nouiſſimè Comitem Federicum Scotum

A inſignem Iuriſconſultum, ibi. nu. 231. Curt. iun. ad l. cum quid, nu. 25. ff. eod. tit. Pinell. ad l. 2. C. de reſcin. uend. in 1. parte ſub. cap. 3. num. 7. & quendam doctorem Gallum lib. quæſt. illuſtrium, cap. 15.

C A P V T L I.

Quatuor controuerſiæ tractantur circa mutuum.

PLacet hic ſubijcere quatuor controuerſias ad eandem mutui materiam ſpectantes. Prima. Vtrum agens ex mutuo, nec probans numerationem factam, ſed tantum confeſſionem receptæ pecuniæ, obtinere poſſit.

Secunda, nunquid mutuum plenè probatum eſſe dicatur, ſi unus teſtium de numeratione teſtificetur, alter uerò de confeſſione.

Tertia, ſi uariè teſtificentur teſtes examinati, quia uidelicet, unus affirmat centum mutuata, alter ſeptuaginta,
B alter quinquaginta, nunquid mutuum ſufficiẽter probatum eſſe dicatur, ſaltem quinquaginta.

Quarta, utrum ſi quis teſtibus probauerit ſe mutuaſſe, licet de quantitate non teſtificentur, de ipſa quantitate ſtandum ſit actoris iuramento.

Quod attinet ad primam, triplex eſt doctorum ſententia. Prima, eiuſmodi agentem obtinere nõ poſſe. Huius ſententię authores ſunt Specul. tit. de teſte, in princ. nu. 66. verſ. Sed pone egi contra te ad decem Bart. ad l. ſi ita ſtipulatus, §. Griſogonus, ff. de uerb. oblig. Angel. in conſ. 155. in quæſtione uertente, Tiraquell. alios citans, de retractu conuent. §. 4. gl. 6. poſt nu. 10.

Fundamentum eſt, quia agens ex una cauſa, & probans aliam, ſuccumbit, l. qui habebat, ff. de inſtit. act. Sed actor in præſenti ſpecie agit ex numeratione, agit enim ex mutuo, & aliud probat, nempe aduerſarii confeſſionem, ergo ſuccumbere debet. Aliud autem eſſe confeſſionem, aliud numerationem, conſtat ex l. 1. & 2. C. de
C dote cauta numerata, & ex l. 1. §. mutuam, ff. ſi quid in fraudem patroni. Huc accedat tex. in l. ſi ex cautione, C. de non numerata pecunia. ibi. *Compellitur petitor probare pecuniam ſibi eſſe numeratam, quo non impleto, abſolutio ſequetur*.

Secunda eſt opinio, agentẽ in propoſita quęſtione obtinere debere. Authores ſunt Bart. ad l. certi cõdictio, §. ſi nummos, nu. 6. ff. ſi certũ petatur. Bald. ad l. generaliter, in 9. quæſt. C. de nõ numerata pecun. Salicet. ibid. in quęſtio. 17. & in d. l. ſi ex cautione, col. penult. eod. titu. Paul. Caſtr. ad l. 2. §. ult. ff. ſi certum petatur, & alii, quos refert & ſequitur Ioſeph. Maſchardus, de probat. uol. 2. concluſ. 1084. num. 4.

Fundamentum eſt in eo, quia licet confeſſio nõ inducat obligationem, probat tamẽ iam inductam, l. Publia, ff. depoſiti. Quare, ex confeſſione dubitandum non uidetur, quin mutuum probetur contra confitentem, argumento l. pecuniæ, C. de ſolutio.

D Tertia eſt ſententia Alexandri diſtinguentis, in l. 1. §. ſi quis ita, ff. de verb. oblig. aut tempus eſt elapſum opponendi exceptionem non numeratæ pecuniæ, aut non eſt elapſum. Priore caſu confeſſio probat numerationẽ. Poſteriore nõ item, quia opponi poteſt exceptio, & ideo actor ſuccumbit, niſi probet numerationem, l. ſi ex cautione, C. de non numerata pecunia.

Nec obſtat huic diſtinctioni, quod dicitur, agens ex vna cauſa, & aliam probans, ſuccumbit; quia actionis ſeu petitionis uerba ſecundum eum ſenſum accipienda ſunt, qui agenti magis fauet l. ſi quis intentione, ff. de iudiciis.

Ego illud obſeruandum hac in re in primis cenſeo, hanc quæſtionem nõ eſſe intelligendam eo caſu, quo exceptio nõ numeratæ pecuniæ vel opponitur, vel opponi poteſt. Nam cum talis exceptio locũ habet, explorati iuris eſt, numerationem eſſe probandam, l. ſi ex cautione, C. de non num. pecun. quæ lex in his terminis loquitur.

Diſpu-

1 Diſputant ergo doctores an ex numeratione agens, & confeſſionem de recepta pecunia probans, obtinere debeat, vbi exceptio non numeratæ pecuniæ ceſſat. Et hac in re eorum ſententia mihi magis probatur, qui affirmát. Talis enim confeſſio probat numerationem factam hoc in caſu, l. in contractib. C. de non num. pecun. l. pecuniæ, C. de ſolu. l. Publia, §. vlt. ff. depoſiti, & hoc eſt fundamẽtũ agentis, ergo obtinere debet. Et ſi quidem de tali confeſſione chirographum extet, res eſt perſpicua, quia poſt biennium oritur obligatio, vt in inſtit. de litterar. oblig. Si verò chirographum non extet, dubitari poteſt, ex eo, quòd ceſſante ſcriptura, non oritur obligatio litterarum, argumento tex. in inſtit. de litterar. oblig. & l. in contractib. C. de non num. pecun. tradit gloſ. in l. ſi non ſinguli, C. ſi cert. pet. Imola in c. ſi cautio, nu. 23. de fide inſtr. Tamen & in tali confeſſione, quæ per ſcripturam non probatur, quantum ad quęſtionem iſtam, idem iuris eſſe puto, quia nemo negauerit, per cófeſsionem etiam teſtibus probatam, numerationẽ probari, cùm in litib. exercendis eandem vim obtineant, fides inſtrumentorum, & depoſitiones teſtium. l. in exercendis, C. de fide inſtr.

Non obſtant contrariæ ſententiæ argumenta, quia licet aliud ſit numeratio, aliud confeſsio, ſufficit tamen agenti probare numerationem ex confeſsione. Quòd verò pertinet ad l. ſi ex cautione, C. de non num. pec. iam conſtat ex his, quæ dicta ſunt, illam non obſtare, quia loquitur vbi exceptio non numeratæ pecuniæ agenti obijcitur, vt patet ex verbis ipſius legis.

Quòd attinet ad ſecundam, Panormitanus in c. cum dilectus, de ſucceſſ. ab inteſt. dixit, mutuum plenè probari, cum vnus teſtis de numeratione, alter de confeſsione teſtificatur, ſed communis ſententia eſt in contrarium, quam ſecutus eſt ipſemet Panorm. in ca. cum cauſam, de probat. Decius ibi, & alij quos cómemorant Ant. Gabr. commu. concl. tit. de probat. concl. 1. & Ioſeph. Maſchar. de probat. vol. 2. concl. 1084. nu. 9. & 11. & probatur ex d. c. cum dilectis, ibi. *Et licet vnus teſtis ſolus dixerit, ſe vidiſſe, &c. Quia tamen alij teſtes dixerunt, ſe audiuiſſe ipſum in præſentia Abbatis confitentem, non tanquam ſufficienter probantes, &c.* Hæc de ſecunda.

Sequitur tertia, in qua vera & communis eſt ſententia, teſtes nó probare etiam ſummam minorem, quia ex diuerſitate ſummarum, de qua teſtes deponunt, diuerſitas actuum, id eſt, numerationum, præſumitur, argum. l. quinquaginta, ff. de probatio. quod ſi de eadem numeratione intelligantur, nó parum eis fidem minuit varietas, l. qui falſa vel varia, ff. ad l. Cornel. de falſ. & manifeſtum eſt, eos non plenè deponere, nec plenè informatos eſſe, quo caſu non credetur teſtib. l. Lucius, & ibi gloſ. ff. de his qui notantur infamia. Ita docent Felyn. in c. licet ex quodam, col. 3. de teſtib. & atteſt. Alex. in l. 1. §. ſi ſtipulanti, nu. 9. & ibi etiam Iaſon, ff. de verb. oblig.

Difficultatem facit, quòd Ant. Gabr. comm. concl. tit. de teſtib. concl. 2. nu. 79. & Ioſeph. Maſchard. de probat. vol. 2. concl. 1084. nu. 16. contrariæ ſententię authores citant, Corn. in conſ. 181. nu. 60. lib. 2. Decium in conſ. 100. nu. 4. Alciatũ ad l. 1. §. ſi ſtipulanti, nu. 40. ff. de verb. obl. Ruyn. in d. l. 1. §. ſed ſi mihi, nu. 14. ff. eo. qui quidem doctores nó dicunt illud, ad quod allegãtur. Immò Ruyn. in d. §. ſi ſtipulanti, nu. 25. ſequitur communem ſententiam ſupradictam, quod facit & Alciatus loco annotato, excepto eo caſu quo modica eſſet in quantitate differentia. Quare hac in re cauendum eſt à Gabr. & Maſchar.

6 Reſtat quarta controuerſia, vtrum iuramento actoris quantitas mutuata probetur, cùm probata eſt ſubſtãtia, hoc eſt, mutuatam fuiſſe pecuniam. Et quidem probari, iudice tamé moderante & taxante quantitatem ab actore iuratam cenſuit celebris olim Bartoli præceptor, & ciuis meus Raynerius Forolíuienſis, in l. 1. ff. de in litẽ iuran. quem ſecuti ſunt Cępolla Caut. 210. Aliquis mutuauit. Decius in l. in actionibus, col. 3. ff. de in litem iuran. & in l. certi condictio, §. quoniam, ff. ſi cert. pet. & in cap.

A ſicut, col. 10. verſ. Sicut ſtatutum, de probat. & in conſil. 146. & 536. col. 4. verſic. tertiò reſpondetur. Marſil. ſing. 322. Boer. deciſ. 143. in fine, & 339. ad finem. Curt. iun. in l. admonendi, nu. 239. ff. de iureiur. Crauetta de antiquitate temp. in 1. part. c. vidimus, & abundè, nu. 9. Dominus Tiberius Decian. in conſ. 32. nu. 94. lib. 2.

Fundamentum eſt Raynerij in l. 1. & in l. in actionib. ff. de in lit. iuran. & in l. cum furti. eod. tit. quæ leges nihil faciunt ad propoſitam quæſtionem.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Purpuratus in d. l. admonendi, nu. 265. Io. Bolog. in d. l. in actionib. nu. 86. Fanucius in tract. de in litem iuran. in 1. parte, nu. 7. 8. Iſti docent actoré ſuccumbere, niſi probet certam quantitatem, quia paria ſunt, non probare, vel obſcurè probare, l. duo ſunt Titij, ff. de teſta. tut. & nemini eſt credendum in cauſa propria, l. nullus, l. omnibus, C. de teſtib. l. exemplo, C. de probat.

Tertia eſt ſententia Bartoli in d. l. admonendi, nu. 40.

B aut extat aliqua coniectura de quantitate mutuata, verbi cauſa, ſi probet actor certam quãtitatem fuiſſe ab aduerſario mutuò petitam, tunc obtineat Raynerij ſententia, aliàs coniectura ceſſante, ſecus ſit dicendũ: Sequitur eandem ſentétiam Fannucius loco annotato, necnó Seraphinus Senenſis de priuileg. iuramenti, priuilegio 36.

Ego quidem ſententię popularis mei libenter adſtipularer, ſed vix habeo ſolidum aliquod aut probabile argu. Nam quod profert Crauetta loco allegato, ex dolo et malitia negantis mutuum, vt in pęnam eiuſdem cóuicti ex depoſitione teſtium ſtandum ſit iuramẽ. actoris, argu. eorum quæ habentur in l. cum de indebito, ff. de probatio. & in l. vlt. ff. de rei vindic. hoc in quam argum. non ſatisfacit, quia non videtur plene conuictus eſſe mendacii hoc in caſu is, qui negat, cum teſtes de ipſo mutuo non plene deponant, & teſti non plene deponenti, plena fides habenda non ſit, vt notatur in d. l. Lucius, ff. de his qui notantur infamia.

C Quare in ſententiam Bartoli libentius deſcendo, vt ſi coniectura aliqua accedat, iuramento actoris ſtandum ſit, alias ſecus. Nam quæ contractum præcedunt, multum conferunt ad cognoſcendam contractus naturam, qui ſecutus eſt, l. Titia, §. 1. & ibi. Iaſon. ff. de verb. oblig. Afflict. pulchre, deciſ. 375.

CAPVT LII.

Mutuatus pecuniam, an ſtatim, vt eam reſtituat, compelli poſſit.

Controuertitur quoque de mutuo, an ſtatim is, qui mutuatus eſt pecuniam, conueniri poſſit à creditore, vt eam reſtituat; Et conueniri poſſe reſpondit gl. Bald. & Ang. ad l. ſi pęnam, ff. de verborum oblig.

Quorum illud eſt fundamentum, quod vbi dies obligationi non adiicitur, præſenti die pecunia debetur, l. eum qui ſe, §. quoties, ff. de verb. oblig.

D Sed contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, eo argumento adductus, quod homines hominum beneficiis iuuari decet, non decipi, vt inquit Iuriſconſultus, in l. ſicut, §. in commodato, ff. commodati. Sed ſi ſtatim cogi poſſet debitor, deciperetur potius, quàm iuuaretur. Atque hæc eſt communis omnium ſententia. Ita Bart. Alexand. & Iaſon, ad d. l. pœnam, Dec. ad l. in omnibus oblig. ff. de reg. iur. Anchar. quæſt. 38. in 2. par. Iac. Menoch. de arbitrariis iudicum, caſu 22. Petr. Mottius de contract. tit. de mutuo, col. 7. nu. 4.

1 Non obſtat argũ. contrariæ opinionis, quia ſummo iure inſpecto, ſtatim debitor conueniri poteſt, ſed vt cótra iuris ſtricti regulas multa eſſe pro communi vtilitate conſtituta reſpódit I. C. in l. ita vulneratus, ff. ad l. Aquil. ſic & in propoſita ſpecie cómunis vtilitas & æquitas hoc poſtulant, vt non ſtatim debitor conueniri poſsit, ſed aliquod temporis interuallum indulgendum eſt, quò pecunia mutuò accepta in neceſſarium vſum erogetur. 2

CAPVT LIII.

Proponitur alia controuerſia de eo, qui dixit alicui, accipe hanc pecuniam, quiſnam contractus indicetur.

CVm quis dixit amico ſuo, accipe hanc pecuniam, ſimpliciter, nulla cauſa expreſſa, magna eſt diſſenſio inter doctores, an videatur pecuniam mutuaſſe, an donaſſe, vel depoſuiſſe, & quid denique ſtatuendũ ſit de hac ipſa ſpecie.

Et quidem pecuniam cenſeri mutuatam, reſponderunt Cyn. in l.incendium, C. ſi certum petatur, Bartol. Ang & Caſtr. ad l.cum quid, ff. eod. tit. & Alex. ibid. nu. 12 Iaſon nu. 19. Deci. in 1. lectura, nu. 23. & in 2. lect. nu. 53. Curt. iun. nu. 16. Ant. Butr. in conſ. 65. Ludoui Rom. in conſ. 138. nu. 3. & 290. nu. 6.

Fundamẽtum eſt, quia pecuniæ numeratio mutuum arguere videtur, & ſolet, argumento l.certi condictio, §. quoniam, ff. ſi certum pet. l.Lucius, t. ff depoſiti, & l.in naue Saufeli, ff locati.

Secunda eſt opinio, mutuum non cenſeri, ſed potius contractum innominatum, ex quo actio in factum detur præſcriptis verbis: Authores ſunt Alciat. in d.l.cum quid, nu. 38. Rom. nu. 16. Zaſius nu. 42. & idem Zaſius lib. 2. ſing reſponſ. cap. 13.

Fundamẽtum eſt ex legibus, quibus decernitur quoties minimè conſtat, quis contractus geſtus eſſe videatur præſcriptis verbis, veluti ex cõtractu innominato, agendum eſſe, l. 1. ff. de æſtimator. act. l. 1. & l.ſi gratuitum, ff. de præſcript. verb. hic autem minimè conſtat.

Tertia eſt ſententia, nullum ex hac facti ſpecie cõtractum oriri, ſed quoddam duntaxat ius pecuniæ repetendæ, ita Fulg. in d.l.cum quid, nu. 8. Imola in l.à Titio, nu. 4. ff. de verb. oblig.

Fundamentum eſt, quia hæc eſt nuda quędam traditio, per quam nunquam dominium transfertur, l.nunquam nuda, ff. de acq. rer. dom. ergo, nec mutuum eſſe poteſt, nec donatio, nec alius contractus, quo dominium transferatur, ſed videtur eſſe quædam traditio facta ſine cauſa, quamobrem pecunia repeti poterit.

Quarta eſt ſententia, depoſitum videri. gloſ. & Bald. in l.die ſponſaliorum, §. 1. ff. depoſiti, Caſtr. in d.l.cum quid, nu. 6. Bolognet. nu. 93. Ioan. Coraſ. in fi.

Fundamentum eſt, quia hæc interpretatio videtur eſſe fauorabilior, & neutra pars læditur ex ea, vnde & recipienda eſſe videtur, vt docet Caſtrenſ. in l. 1. ff. ſi quis caut.

Quinta eſt ſententia, donationem videri. Author eſt Iacob. Menoch. lib. 3. de præſumpt. c. 34. nu. 17.

Primò mouetur ex l.quod quis ſciens, ff. de condict. indeb. *Quod quis ſciens indebitum præſtat animo repetendi, repetere non poteſt*, ſic Iuriſconſultus.

Secundò, ex regula l. 1. ff. eo. & l.cuius per errorem, de regulis iuris.

Tertiò, ex l.donari, ff. de donation. *Donari*, ait text. *id videtur, quod nullo iure cogente, conceditur*, vnde ſic videtur in propoſita ſpecie.

Poſtremò, quia videtur capienda eſſe interpretatio cõtra dantem, qui poterat legem apertè dicere, ex regula l. veteribus, ff. de pact. l. Labeo, 2. ff. de contrahen. empt. & cap. contra eum, de regulis iuris, in 6.

Ego verò ſextam conſtituendam eſſe ſententiam, quę totam hanc diſputationem prudentiæ iudicis arbitrio cõmittat, facilè adducor ad opinãdum, duas ob cauſas: Altera, quia nulla lege definita eſt, nulloq; planè ſolido argumento definiri poteſt; quo caſu arbitrio iudicis res cõmittitur, l. 1. ff. de iure deliber. Altera eſt cauſa, quia ex facti & perſonarum circumſtantiis, coniectura ſumi poteſt, quis contractus, quæ mens fuerit tum dantis, tum accipientis pecuniam; aut enim eſt diues, aut pauper, aut cognatus, aut amicus, aut extraneus is, cui pecunia datur. Et quæ præceſſerint, & quę fuerint acta, dicta, ſecuta, iu-A dex perpendet, & ex his æſtimabit ex animi ſui ſententia quid credat, & quid actum fuiſſe opinetur.

Neque ab hac ſententia me abducunt argumenta ſuperiorum ſententiarum. Nam quod dicebatur ex numeratione mutuum præſumendum, nõ probatur eo §. quoniam, qui affertur, aut aliis textibus, cum & ex aliis cauſis numerationem pecuniæ fieri ſolere manifeſtum ſit.

Nec contractus innominatus eſſe poteſt, cum ad aliquod genus eorum reuocari non poſſit, quos recenſet Iuriſconſultus in l.naturalis, ff. de præſcript. verb.

Sed nec euinci poteſt depoſitum eſſe; nec enim illa eſt idonea collectio, fauorabilis eſt contractus depoſiti vtrique parti, ergo quod actum eſt, depoſiti nomine cenſetur, nec vſque adeò fauorabile eſt depoſitum magis, quam mutuum, aliusve contractus.

Donationem verò non eſſe præſumendam, nouiſſima eſt aſſertio ex l.cum de indebito, ff. de probat. & ex aliis, vt per Menoch. de arb. iud. caſu 88. quare eiuſdem opi-
B nioni ſubſcribere non poſſum id negantis, loco iam ſuperius citato in commentariis de præſumptionibus. Et licet, ſi quis ſciens indebitum ſoluat, aut nullo cogente iure concedat, donare videatur, non tamen efficitur ita eſſe præſumendum in hac ſpecie: Cum non conſtet, quã ob cauſam tradatur pecunia, an vt debita cum non eſſet, an vt accipientis fiat, vt quid actum ſit. Ac de controuerſia iſta ſatis iam philoſophati ſumus.

CAPVT LIV.

Contractus fiue vſurarius, cum quis ruſtico mutuat ea lege, vt agrum eius colat, iuſta tamen mercede.

NOn eſſe contractum vſurarium, cum quis ruſtico pecuniam mutuat, ea lege, vt colat eius agrũ certa data mercede, reſpondit Bald. ad l.rogaſti, §. ſi tibi, ff. ſi certum pet. & in eandem ſententiam citantur
C Socin. ſen. in l.ſi quis nec cauſam, nu. 12. ff. eo. S. Antoninus in ſumma, parte 2. tit. de vſuris, cap. 7. §. 10. Ioan. Lupus, in c.per veſtras, §. vlt. num. 39. de donat. inter vir. & vxor. & alii. Quorum illud eſt fundamentum, quoniam hoc in caſu nihil vltra ſortem accipitur. Si enim ruſticus ad agrum colendum ſe obligat, id iuſta mercede data facit. Quod ſi mutuanti in eo gratificatur, beneficium acceptum, vt decet, compenſare videtur.

Sed contraria ſententia videtur communior & probabilior, quia vſura contrahitur, cum quid vltra ſortem exigitur, ſiue illud ſit pecunia, ſiue aliud, quod pecunia æſtimari poſſit, c. ſi fœneraueris, 14. q. 3. c. cõſuluit, de vſuris. Commodum autem, de quo agitur, nempe, vt quis agrum colat, pecunia æſtimari poteſt, ita docuerunt gl. & Bartol. ad l.rogaſti, §. ſi tibi, Ioan. Calderinus Anchatan. Cardinalis, Panormit. in capit. vltim. de vſuris, Guido Papæ, de contractibus illicitus, nume. 14. D. Thomas, 2. 2. artic. 2. quæſt. 78. & ibidem Caietanus, & idem
D in ſumma, in verbo vſura exterior, in octauo caſu. Conradus de contract. quæſtio. 36. Sotus de inſtit. & iure, libro 6. quæſtione prima, articu. ſecundo. Pierius in ſumma, in verbo, vſura, 1. quæſtio. 7. Nauar. in Manuali confeſſariorum, cap. 17. numero 220. Couar. variar. reſol. lib. 3. cap. 2. poſt num. 5. verſ. Verum aduerſus Adrianum. Io. Bapt. Lupus Geminian. ad c.nauiganti, comment. 5. §. 1. ſub nu. 42.

Ad contrariæ opinionis argumentum patet reſpõſio: quia non eſt verum aſſumptum; licet enim ruſtico iuſta merces promittatur, is tamẽ ſe obligat ad id faciendum ad quod antea non tenebatur. Non obſtat quod ſubiungitur, eum, qui beneficium accepit, obligatũ eſſe ad gratiam rependendam, quia reſpondet S. Thomas loco annotato, duplicem eſſe recompenſationem; vnam ex debito iuſtitiæ, alteram ex debito amicitiæ. Is qui beneficiũ accipit, tenetur ex debito amicitiæ illud recompenſare. Ex debito autem iuſtitię tenetur recompenſare ſecundũ benefi-

beneficij magnitudinem. Cum autem ex mutui datione aliquis beneficium accipit, non ea eſt beneficij magnitudo, vt teneatur ex debito iuſtitiæ aliquid vltra ſortem receptam reſtituere creditori, ergo ex debito iuſtitiæ non tenetur mutuo accipiens ad aliquid ſe obligare, ad quod non tenebatur ante, & ex quo utilitatem creditor percipiat. De debito autem iuſtitię loquimur, non autem amicitiæ: cui enim dubium, ſi ſponte velit mutuatarius colere agrum creditoris potius, quam alterius, vt ei gratificetur, quin poſſit hoc facere, & hæc ab eo commoda creditor percipere?

CAPVT LV.

Tractantur duæ aliæ controuerſiæ de vſuris.

PErtinent ad materiam vſurarum duæ aliæ controuerſiæ. Altera, an vſuram committere dicatur is, qui fœnori pecuniam accepit, quam & aliis fœnori dedit. Altera vero, an ad reſtitutionem vſurarum perceptarum teneantur vſurarii mercatoris, inſtitores, procuratores, & alii, qui eius nomine vſuras exigunt. Quod attinet ad primam, Archid. in c. plerique, 14. q. 3. negat uſuram committi, quia non lucri cauſa, ſed damni euitandi gratia, is, de quo agitur, fęnus exercere videtur. Sed cōtrarium docuit poſt alios quos citat Ioan. Bapt. Lupus Geminianus, ad c. nauiganti, de vſuris, comment. 3. §. 2. nu. 32. hoc argumento adductus. Aut hic ſecundus mutuator ſtipulatur ſibi vſuras reddi, aut creditori ſuo, à quo ſcilicet pecuniam mutuatus eſt. Priore caſu vſurarius eſt cenſendus, quia fœnus manifeſte exercet, cum pecuniæ mutuo acceptę ſit dominus. Altero vero caſu ſtipulatio non valet, quia alteri ſtipulari nemo poteſt, l. ſtipulatio iſta, §. alteri, ff. de verb. oblig.

Denique in hanc ſententiam communiter itum eſt, quam & ipſe amplector, vt ſi is, qui mutuo pecuniam accepit, paratus erat eam reddere creditori ſuo, tunc vſurā non committat, quia ab alio, cui mutuat vſuras, accipere videtur, vt ſuæ conſulat indemnitati, ſicut & alias ex cauſa damni emergentis, vltra ſortem aliquid accipere licere, inter omnes conſtat: ſecus vero, ſi nō erat paratus reddere creditori, tunc enim, cum pecuniæ ſit dominus, eā mutuare non poteſt citra crimen uſurarum vltra ſortē aliquid exigēdo, quia nihil aliud eſt vſura, quam aliquid vltra ſortem accipere. Ita Io. Calder. in d. c. nauiganti, Laurentius de Rodulphis, ad c. cōſuluit, par. 2. q. 34. nu. 49. eo. ti. Amb. à Vignate ad c. ſalubriter, num. 47. eo. ti. Nauar. in Manuali confeſſ. c. 17. nu. 233. & Io. Bapt. Lupus Gemin. loco ſupra citato.

Quod vero attinet ad alteram controuerſiam, Syluester Prierius in Summa, in verbo, vſura, 7. q. 4. reſpondit, huiuſmodi inſtitores, procuratores & miniſtros uſurarii, obligatos eſſe ad reſtitutionem uſurarum in ſubſidiū cum videlicet is, in cuius utilitatē verſa eſt pecunia, ſoluendo non eſt. Allegat l. ex hoc edicto, §. 1. ff. de eo per quem factum erit, &c. & l. & elegāter, §. pen. ff. de dolo. idem reſpondit Hoſt. in ſumma, de uſuris, in vlt. col. ad fin. ſed Mart. Nauar. in Manuali confeſſ. c. 17. nu. 266. & ſeq. abſolute eos teneri reſpondit, & citra ullum excuſſionis beneficium.

Ego uero Prierii & Hoſtienſis ſententiā, ueluti ęquiorem, amplector, æquū enim eſt, ut primo ſatisfaciat principalis debitor, in cuius commodum, & utilitatem uſurę ſunt controuerſæ. Nec mouet, ꝙ & tales miniſtri uidentur eſſe delinquētes, ueluti cooperatores, & coadiutores ad malum, & ideo teneantur ex traditis à D. Tho. 2. 2. q. 62. ar. 7. & latius per Couar. ad reg. peccatum, de reg. iur. lib. 6. in 2. par. relectionis, §. 12. quia & nos dicimus eos teneri, & peccare, & delinquere, ſed iuris & æquitatis regulam ſequētes, hoc uolumus, ut in ſubſidiū teneātur, ſcilicet, quo ad forum externum, ſicuti regulariter cōſtitutum eſt in fideiuſſoribus & poſſeſſoribus rei op-

A pignoratæ, ut non teneantur, niſi in ſubſidium, ut deficiet principali debitore ſoluendo non exiſtente, & facile adducor ad opinandum contrariæ ſententiæ aſſertores intelligendos eſſe, quantum ad forum internum animæ, & conſcientiæ.

CAPVT LVI.

Conſtituens Procuratorem ad accipiendum mutuo pecuniam, utrum chirographo obligetur, quo procurator profitetur ſe eam accepiſſe, ſi de numeratione aliter non conſtet.

QVatuor ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Prima dominum, qui ſcilicet procuratorē cōſtituit, non obligari. Authores ſunt Bart. Caſtr. Alex. Balbaſ. Corn. & Dec. ad l. 2. §. ult. ff. ſi cert. pet. Fel. in c. cum olim, 1. nu. 3. de officio deleg. & in c. ſi cautio, nu. 16. de fi. inſtr. Tiraq. de retractu conuent. §. 4. gl.
B 6. nu. 13. Matt. Garatta, in conſ. 50. & alii Iuriſc. qui dictum conſilium approbarunt, necnon Franciſcus Maria Plotus ibid. in additio.

Fundamentum eſt: quia non conſtat procuratorem executum eſſe mandatum, hoc eſt pecuniam numeratā fuiſſe. Etſi enim de recepta pecunia extet confeſſio, multum tamen inter confeſſionem & numerationem intereſt, l. ſi ex cautione, C. de non num. pec. & toto tit. C. de dote cauta non numerata. Quare dominus non obligatur: nam ut ex facto procuratoris obligetur, conſtare debet, mandati fines diligenter impletos fuiſſe, l. diligenter, ff. mandati, l. cum mandati, C. eo. ti. l. 1. §. non autē, & l. ult. ff. de exercitor. actio.

Altera eſt ſententia, dominum hoc in caſu obligari. Ita cenſuerunt Salic. in d. l. 2. §. ult. Imola in c. ſi cautio, de fide inſtr. l. à Diuo Pio, §. ſed ſi emptor, ff. de re iudic. Feder. Senenſis in conſil. 53. Titius fecit procuratorem, Zaſius ad d. l. 2. §. ult. & lib. 1. ſing. reſponſ. c. 31. Viglius
C ad d. §. ult. Luchinus de Curte, inter cōſilia Martini Garattæ, conſ. 50. & alii ſequaces. Franc. Sarmientus, lib. 3. ſelect. interpret. c. 11.

Præcipuum fundamētum eſt in eo, ꝙ ex chirographo confeſſionis cōſtare videatur, fuiſſe creditam pecuniam & numeratam procuratori iuxta formam mandati. Id probatur primo ex l. pecuniæ, C. de ſolutio. Secundo ex l. Lucius, §. tutelæ, ff. de adminiſt. tut. Tertio ex l. 2. §. ult. C. de quadriennii præſcr. Quarto, ex argumēto ſumpto à ueriſimili, eſt enim ueriſimile procuratorem, qui ſic cōfeſſus eſt, uere pecuniam accepiſſe, argumē. o l. qui negociationē, ff. de neg. geſtis. Et ſaltem poſt bienniū confeſſio uires ſuas obtinere debet, ad inſtar ueræ numerationis, ſiquidem biennio lapſo, exceptio non numeratæ pecuniæ ceſſat. Quinto, ex doctorum aſſertione in ea ſpecie, qua fideiuſſor agit contra debitorem, actione mandati. Nam ſi per confeſſionem creditoris, ſe pecuniam ſoluiſſe probauerit, actio contra debitorem illi competit,
D ſicuti reſpondit Alexan. in conſ. 25. lib. 5. & alii, quos refert & ſequitur Rolan. à Valle, in conſ. 27. nu. 9. lib. 1.

Pro confirmatione accedat tex. à Sarmiento citatus, in l. tam mandatori, C. de non num. pec. ubi dicitur mādatori exceptionem non numeratę pecuniæ competere, quod argumento eſt, mandatorem obligari ex confeſſione mandatarii, ſi enim non obligaretur, neceſſaria non eſſet exceptio non numeratæ pecuniæ.

Tertia eſt ſententia Alciati, ad d. l. 2. §. ult. ff. ſi cer. pet. Hanc rem, ueluti iure non definitam iudicis arbitrio cōmittendam eſſe, quod non inſcienter dixit, Tiraquello teſte, loco ſuperius annotato.

Poſtrema eſt ſententia Petri Mozij in tract. de contractib. ti. de mutuo, rubr. de perſonis quæ poſſunt mutuare, uel non, no. 9. priorem ſententiā Bartoli, & ſequacium ueram eſſe inſpecta iuris canonici æquitate, per quā exceptio non numeratæ pecuniæ ſemper competit. Poſteriorem autem opinionem ueram eſſe ſecundum

rigo-

rigorem iuris ciuilis. Vel dominum cōueniri poſſe poſt A bienuium elapſum, ante vero nequaquam. Vel denique conueniri non poſſe principaliter, ſed in ſubſidium duntaxat, ſcilicet excuſſo primum procuratore.

Sed prætermiſſis diſtinctionibus non neceſſariis, verior & communior mihi videtur Bartoli ſententia, & ſequacium: nempe dominum hoc in caſu non teneri ex ſola confeſſione procuratoris. Nam quod dicitur ex confeſſione probari numerationem, id locum habet contra ipſum confitentem, nō contra tertium, argumento l. Seia, ff. ad Velleianū, l. certum, §. ſed an ipſi, ff. de confeſſis l. iuſiurandum, C. de teſtibus cum aliis a Tiraquello relatis de retractu conuent. §. 4. gloſ. 6. num. 9. & a domino præceptore meo Io. Cephalo. in conſ. ſuo 101.

Nec obſtant leges allatæ ad probandum, ex confeſſione probari numerationem. Nam ꝙ attinet ad l. pecuniæ, C. de ſolutio. de tali confeſſione illa lex nō loquitur, ſed de confeſſione creditoris, qui pecuniam ſibi debitam accepit, nec dicit textus contra tertium eam confeſſionem B valere.

Ad l. Lucius, §. tutelæ, reſpondeo, textum loqui de tutore, cuius confeſſio merito nocet pupillo, & cōtra eum probat, quia tutor generalem habet adminiſtrationem rerum pupilli, eiuſque contractu, & facto pupillus obligatur, l. poſt mortem, §. 1 ff. quando ex facto tutoris, l. eū qui. §. ſi actori, ff. de cōſtituta pec. l. apud Iulianum, §. cōtractū, verſ. ego puto, ff. ex quibus cauſis in poſſeſſionē eatur, in illis uerbis: *quaſi cum eo* (pupillo) *contractum ſit.*

Ad l. 2. §. ult. C. de quadriēnii præſcript. reſpondeo, illud ibi ſpecialiter conſtitutum eſſe in procuratore fiſci, quod proinde non eſt trahendum ad alios, vt declarat Dec. in d. l. 2. §. vlt. ff. ſi cert. petat. & probatur ex eo quod text. dicit, eum, qui procuratoris fiſci apocham habet, pleniſſimam ſecuritatem conſequi, cum nemo regulariter ex apocha pleniſſimam habeat ſecuritatem, propterea ꝙ exceptio non numeratæ pecuniæ obiici poteſt, iuxta l. in contractibus, C. de non num. pec. præterquam, ꝙ procu- C rator fiſci generale mādatum habet adminiſtrationis rerum fiſcalium, cum de tali procuratore generali noſtra non ſit diſputatio.

Argumentum a ueriſimili non obſtat contra dominum, qui mandatum dedit, ſed tantum contra procuratorem facit; nec illud argumētum in hac ſpecie magnas habet etiam vires: quia inter confeſſionem & numerationem, pręclara eſt legum diſtinctio, qua ſane non indigeremus, ſi argumentū hoc efficeret, ut ex confeſſione proberetur numeratio, atq; ita cogeretur debitor probare, ſe non accepiſſe, quod confeſſus eſt, contra l. aſſeueratio, C. de non num. pecu. & alias concordantes. Similiter, & contra confitentem locum haber, quod de lapſu biennij poſt confeſſionem dicitur, non autem contra tertium.

Poſtremum vero argumentum de fideiuſſore facile diſſoluitur, cur enim fideiuſſor confeſſionē habens creditoris mandati non ageret aduerſus debitorem, cum ex ea cōfeſſione ipſe debitor liberetur, & ſic manifeſte cō- D modum percipiat?

Ad textum denique in l. tam mandatori, reſpondeo, non obſtare huic ſententiæ, nam loquitur de mandatore, qui alterius obligationi accedit, ad inſtar fideiuſſoris. Vnde ſi principalis debitor exceptionem habeat non numeratæ pecuniæ, & ipſe mandator habet, & conſequenter, confeſſio debitoris elapſo biennio mandatori pręiudicat. De tali mandatore noſtra non eſt diſputatio, ſed de procuratorem conſtituente, ſeu mandatum dante ad accipiēdum mutuam pecuniam. Hic mandans eſt principalis, eiuſque nomine, & mandato contractus geritur, quamobrem mandati ipſius forma ſeruanda eſt, & ita demum obligatur, ſi fuerit ſeruata. Nec ea licētia concedēda eſt exequenti mandatum, ut vel colludendo, vel decipiendo, vel doloſe agendo mandatum obligare poſſit. uide an pertineat ad hanc quæſtionem, eamq; decidat tex. in l. procurator 61. de act. & oblig.

CAPVT LVII.

Explicantur tres aliæ controuerſiæ de eadem re.

CAeterum ſunt & alię controuerſiæ ad eandem facti ſpeciem pertinentes. Prima. Vtrum idem ſit ſtatuendum, ſi procuratoris confeſſio fiat præſente iudice, & authoritatem interponente.

Secunda, quid ſi procuratorem conſtituens iuret, ſe ratum habiturum quicquid ab eo geſtum fuerit.

Tertia, quid ſi procurator conſtituatur ad accipiendū mutuo pecuniam, & confitēdum ſe accepiſſe. De ſingulis ordine diſſeremus.

Quod attinet ad primam, Iaſon in l. 2. §. ult. ff. ſi cert. pet. authoritate Ang. adductus ad l. 2. C. de prædiis Curalium lib. 10. reſpondit, procuratoris confeſſionem domino præiudicare, quaſi ex iudicis præſentia, & authoritate numeratio facta eſſe præſumatur.

Sed contrariam ſententiam habuit Franciſcus Maria Plotus, in addit. ad Martin. Garatt. conſ. 50. num. 30. ea ratione inductus, quod præſomptio, quæ oritur ex iudicis decreto, ceſſet, quoties ex inſtrumento apparet, ſolemnia non interueniſſe. Quod ſane argumentum non uidetur ſatis firmum: quia in propoſita ſpecie non apparet ex inſtrumento, numerationem non interueniſſe. Nihilominus tamen ſententia Ploti contra Iaſonem uidetur mihi probabilior. Nā iudicis decretum iſtud efficere, vt præſumantur omnia ſolemniter acta, & dolus abfuiſſe, omnibus eſt in confeſſo. Sed non ita conſtat, nec ulla eſt lex tale aliquid dicens, numerationem factam præſumi ex confeſſione coram iudice facta.

Quod attinet ad ſecundam, idem Iaſon loco ſuperius annotato reſpondit, dominum obligari ex confeſſione procuratoris, authoritate Pauli Caſtr. in conſ. 407. lib. 1. Eandem ſentētiam ſequitur Alciatus d. l. 2. §. ult. motus ex traditis per Ant. Butr. & Felyn. in c. cum olim, 1. de officio delegati, & ne alioqui uideatur, ea clauſula eſſe ſuperuacanea.

Sed contrariam ſententiam amplexus eſt Deci. in d. l. §. ult. nu. 35. & Franciſcus Maria Plotus, loco annotato. Quibus & ipſe adſtipulor. Nam clauſula rati habitationis tacite ineſt mandato procuratori dato, ut dicebat gl. in l. ſi procuratorem, in verbo, ratum, ff. de procurator. Iuramētum vero nihil operatur contra intentionem iurantis, l. ult. C. de non num. pec. hæc eſt autem intentio iurantis, vt non aliter obligetur, quam ſi pecunia procuratori numeretur.

Non obſtat Pauli Caſtrenſis authoritas in d. cōſ. 407. quia loquitur in ea ſpecie, qua procurator conſtitutus fuit in rem ſuam, ad vtilitatem ſcilicet ſui ipſius, non autem ad utilitatem mandantis. Sed pręſtat uerba Caſtrenſis ſubiicere, quo hæc reſponſio melius intelligatur: *Maxime autem me monet*, inquit Caſtrenſis, *quia iſte non conſtituit procuratorem ad vtilitatem ipſius conſtituentis, ſed procuratoris, vnde non tam reſtringitur Iuramentum ſicut ſi ad vtilitatem ſuam conſtituiſſet, videlicet, vt pro ipſo conſtituente pecuniam reciperet. Tunc enim ne conſtituens defraudetur, &c. ſubintelligeretur conditio, ſi vere pecuniam reciperet. Sed poſtquam hoc fecit ad vtilitatem procuratoris, licet reuera non totam pecuniam receperit, non defraudatur conſtituens, tenet enim magis locum fideiuſſoris vel mādatoris, quam principalis, l. quamuis, §. ſi non eſſem, ff. ad Velleianum. Vnde non magis pertinet ad ipſum conſtituentem, qui tunc in ſolidum pecuniam promiſit, quam ſi reuera totum recepiſſet.* Hęc fere Caſtrenſis. cuius doctrina (ut obiter hoc dicam) confirmatur reſponſio allata in ſuperiore capite, ad l. tam mandatori, C. de non num. pec. nam Caſt. ibi docet differentiam eſſe, vtrum conſtituens procuratorem locum obtineat fideiuſſoris, vel mandatoris, an vero principalis, in cuius ſcilicet utilitatem & cōmodum contractus, qui geritur, cedat. Priori caſu ex confeſſione procuratoris mādans obligatur, quia eſt veluti fideiuſſor

deiuſſor

deinſſor ipſius procuratoris, qui proculdubio ex confeſſione ſua tenetur. Poſteriore autem ſecus, quia mandans obligari non debet, niſi probetur pecuniæ numeratio.

Non obſtat argumentum Alciati ex traditis per Ant. Butr. & Felyn. quia nec de ſpecie noſtra loquuntur, nec dicũt illam clauſulam ratihabitionis eum effectum producere, quem ipſe intendit.

Argumentum denique à ſuperfluitate nihil obſtat. Nam etſi ea clauſula id non efficiat, vt mandans obligetur ex confeſſione procuratoris, non tamen ſuperflua iudicari debet, cum mandantis intentionem diſerte exprimat, omnemq; prorſus auferat dubitationem.

Quod verò attinet ad tertiam controuerſiam, duę sũt contrariæ doctorum ſententiæ. Prima. Dominum mandantem etiam hoc in caſu non obligari, ſi non conſtet de vera & reali numeratione facta. Ita Bar. Dec. & Socinn. in d. l. 2. §. vlt. ff. ſi cert. pet. Martin. Goratus, & cæteri ſubſcribentes, in d. conſ. 50.

Fundamentum eſt in eo, quod illa verba mandati, *& ad confitendũ ſe recepiſſe*, ex præcedentibus adiunctis declarari debeant, vt nimirum mandans teneatur, ſi probetur pecuniam fuiſſe numeratam. Solẽt enim verba ſubſequentia ex præcedentibus declarari, l. vlt. §. cui dulcia, ff. de vino, tritico, & oleo legato.

Altera eſt ſententia, mandantem hoc in caſu teneri ex confeſſione, ita docuerũt in comment. d. §. vlt. Bald. Sal. Fulgoſ. & Corn. Necnon Alex. & Iaſon; & præter hos Rom. in l. prædia, ff. de acquiren. poſſ. Angel. & Caſtr. in l. ſi debitorem, ff. de nouation. Franciſcus Maria Plotus, loco prius citato, nu. 28.

Fundamentum eſt: quia niſi ita diceremus, ſuperuacanea omnino eſſe videretur illa clauſula mandati. *Et ad confitendum ſe recepiſſe*. Sed valde infirmum mihi videtur, quia non ea mandantis mens eſſe intelligitur, vt procurator confiteatur ſe recepiſſe, ſi vere pecuniam nõ receipiat, ſed ea mens fuiſſe intelligitur, vt cum reuera pecuniam receperit, exponat etiam cõfeſſionem, & chirographum de recepta pecunia, pro cautione creditoris, & ideo priori ſententiæ magis accedo, cuius fundamentum videtur mihi ſolidius & firmius.

CAPVT LVIII.

Mutuatus argentum non ſignatum an creditori inuito pecuniam reddere poſſit.

INter doctores noſtros non parua eſt cõtrouerſia hac de re. Etenim eum, qui argentum nõ ſignatum mutuatus eſt, reddere pecuniam inuito creditori non poſſe, cenſuerunt gloſſator antiquus, cuius meminit Accurſius in l. 2. §. mutui datio, ff. ſi certum petat. in verbo, creditum, & ibid. Iacob. Butrig. & vterque Salicetus, teſte Aretino, nec non Petr. & Cyn. ad l. ſi quis argentum, C. de donat.

Fundamentum eſt, quia aliud pro alio inuito creditore ſolui nõ põt, l. 2. § 1. ff. ſi cer. pet. Et Paulus reſpondit: *Creditorem non eſſe cogendum in alia forma nummos accipere, ſi damnum ex eo ſit paſſurus.* l. Paulus reſpondit creditorem, ff. de ſolution. & damnum pati videtur, qui ſuæ non ſatisfacit voluntati, l. vlt. ff. de vſu & habitatio.

Cæterum contrariam ſententiam habuerunt Accurſius in d. l. 2. §. mutui datio, & eodem in loco Alex. Iaſon Decius, Alciatus, & Zaſius.

Argumenta ſunt illa. Primum, ex l. ſi quis argentum, C. de donation. vbi probatur, donantem argentum, ſatiſfacere poſſe præſtando æſtimationem ibi. *Siue in ipſa æſtimatione, quæ pro maſſa rudi.* &c.

Secundum, ex l. 1 § vlt. ff. de auro & argen. leg. & ex l. cum certum auri, & l. cum aurum, §. proinde, ff. eo. quibus in locis dicitur, argento legato hæredem ſoluendo æſtimationem, liberari.

Tertia eſt ſententia Bartoli, in d. §. mutui datio, *Si dedo tibi maſſam argenti* (inquit Bartolus) *ſoluere poſſum ar-* A *gentum in forma ære non contaminatum eiuſdẽ liga, quod tamen verum eſt, quando argentum tantam vtilitatem affert in forma quantam in materia. Sed ſi propter commiſtionem alterius æris, vel propter formã, minus vtilitatis afferret in forma quam in materia, tunc non poſſet ſolui.* Sic Bar.

Quarta opinio ex Caſtrenſis diſtinctione colligi poteſt. *Aut volo* (inquit Caſtrẽſis) *reddere tot argenteos, quot fiunt ex vna libra argenti,* (quam ſcilicet mutuo accepi) *puta fiunt centum cum miſtura æris & poſſum hoc facere inuito creditore, licet ſint ære contaminati quia non efficitur conditio creditoris deterior cum poſſit eos reducere ad maſſam, & deducto ære habebit libram argenti puri ſicut mutuauit. Aut volo reſtituere tot argenteos quot ponderat vna libra argenti, quam mutuaui, & tunc ſi non ſunt ære contaminati, poſſum, alias ſecus Quia ponderaretur æs cum argẽto, & ſic non haberet libram argenti puri mutuati. Aut volo reſtituere tot argenteos, quot ponderat vna libra argenti mutuati, puta ſexaginta argenteos in forma, qui valent v-* B *nam libram argenti puri, licet non ponderent vnam libram & hoc quando propter expenſas formæ.* (ſcilicet cudendi) *datus eſt maior valor extrinſecus, quam ſit bonitas intrinſeca. Et tunc non cogetur creditor accipere pecuniam, etiamſi non ſit ære contaminata.* Hæc fere Caſtrenſis.

Quinta opinio ſtatui poteſt ex diſtinctione Socini ſenioris, quã ſecutus eſt nouiſſime Comes Federicus Scotus in d. §. mutui datio, & ſequentibus concluſionibus continetur.

Prima concluſio. Pecunia eiuſdem bonitatis reddi poteſt creditori ſi appẽdatur, non habita ratione formę, ſed ponderis & materiæ. Ratio eſt: quia tunc pecunia conſideratur tanquam argentum non ſignatum. Conſequenter reddi poteſt pro argento non ſignato.

Secunda concluſio. Pecunia reddi non poteſt ad numerum, quãquam ſit eiuſdem ponderis cũ argento mutuato. Aliud eſt enim eo caſu, quam argẽtum mutuatũ. Aliud autem pro alio inuito creditore ſolui non poteſt.

C Tertia concluſio Cum pecunia non eſt eiuſdem æſtimationis, quo ad materiam, ſeu bonitatem intrinſecam, licet valore extrinſecus impoſito æquiualeat æſtimationi argẽti mutuati, non poteſt tamen reddi inuito creditore Ratio eſt, quia creditoris conditio eſt deterior. non enim habet argentum eiuſdẽ bonitatis intrinſecę Quare ſi vellet pecuniam datam, ad argenti maſſam reducere, damnum ſentiret Conſequenter non cogitur accipere, l. Paulus reſpondit, ff. de ſolutio.

Quarta concluſio. Reddi non poteſt creditori inuito pro argento melioris notæ, argentea pecunia ære contaminata, vel alias deterioris notæ, licet eiuſdem æſtimationis, & reſarcire paratus ſit creditori damnum, quod ex contaminatione pati poteſt. Ratio eſt, quia in ſeparando ære ab argento, requiritur ſumptus.

Sed huic concluſioni contradicit Alciatus. Exiſtimat enim ſatis fore, ſi debitor creditorem ſeruet indemnem, & refuſionis impendia, & omne detrimentum reſar- D ciat, ita vt eatenus liberetur, quatenus Zygoſtatę iudicio id eſt, examinis ponderum præfecti, deliquato ære comperterit argenti creditori.

Ipſe opinor eorum ſentẽtiam probabiliorem eſſe, qui exiſtimant, pro argento non ſignato, reddi poſſe ſignatũ ſi modò eiuſdem ſit ponderis & bonitatis, neque vlla æris admiſtio ſit, ita vt creditoris non interſit.

Moueor, quia hoc in caſu non ſoluitur aliud pro alio, ſed idem: qui aurum & argẽtum functionem in genere ſuo recipiunt. Et ſufficit reddere creditori tantundem ęquę bonum, l. cum quid, ff. ſi certum pet. & cum creditoris non interſit, nõ refragatur, imò ſuffragatur, l. Paulus reſpondit, ff. de ſolutio.

Quòd vero attinet ad concluſiones Socini, ſecunda concluſio parui momẽti eſt, vt ante me Viglius animaduertit in prælect. ad d. l. 2. ff. ſi cert. pet ponit. n. Socin. primã concluſionẽ: Reddi poſſe argentũ ſignatum pro maſſa mutuata, ſi modo põdere æquiualeat maſſę mutuatę

Deinde

Deinde negat in ſecũda; reſtitutionem poſſe fieri, ſi debitor reddere velit pecuniam ad numerum, licet numerus ſit tantus, qui pondus argẽti mutuati æquet. Eſt hęc res modici momenti, quia ſi creditor recuſet accipere ad numerum, ſtatim debitor dabit ad pondus, & ceſſabit omnis difficultas.

Denique doctores mihi videntur in vno conuenire, & in duobus diſſentire. Conueniunt omnes: ſolui poſſe pecuniam ſignatam, ſi pondere & bonitate reſpódeat argento mutuato. Recte; quia, vt dictum eſt, tantum accipit hoc in caſu creditor, quantum dedit, effectu.

Diſſentiunt autem primum in eo, ꝙ argentum ſignatum etiam ære contaminatum ſolui poſſe inuito creditore Caſtrenſis docet, quoniam reduci poteſt ad maſſam deducto ære. Alexander autem contradicit propter impenſam, quæ in ſeparando ære fieri debet. Recte, iudicio meo, quia tunc creditor damnum pateretur.

Secundo diſſentiunt in eo, quod Socinus negat ſolui poſſe argentum ære contaminatum, licet damnum reſarciatur creditori. Alciatus autem repugnat. Recte, quia ſatisfit creditori ex eo argento, quod iudicio præfecti, & librstoris remanet, deliquato ære ac ſublato, ſcilicet impenſa redictionis à debitore ſuppeditata, ne quid damni prorſus creditor patiatur.

CAPVT LIX.

De conciliatione l. naturalis, §. 1. ff. de præſcript. verb. & l. vlt. ff. de condict. cauſa data.

IVriſconſultus Paulus in l. naturalis, §. 1. ff. de præſcript. verb. pugnare videtur cum Iuriſconſulto Celſo, in l. vlt. ff. de condict. cauſa data. Ait Paulus: *Et ſi quidem pecuniam dem, vt rem accipiam, emptio & venditio eſt.* At Celſus: *Dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares, vtrum id contractus genus proportione emptionis & venditionis eſt? an & hic nulla alia obligatio eſt, quam ob rem dati, re non ſecuta? In quo procliuior ſum.*

Antiquus interpres, cuius meminit Accurſ. ita conciliat: vt Celſus loquatur, cũ pecunia in ſpecie datur, hoc eſt certa ſpecies pecuniæ. Paulus autem, cum datur pecuniæ quantitas ſimpliciter. Azo autem dicebat, Celſum loqui cum ita conuentum eſt, vt ex vna parte res detur, ex alia pecunia. Non eſt venditio, ſed contractus innominatus eo caſu, quia venditor non tenetur dare, hoc eſt, dominium transferre, ſed tradere, l. 4. ff. de vſuris. Paulum autem loqui, cum pecunia datur, vt res tradatur. Verbũ enim (*accipere*) commune eſt, poteſtq; accommodari tã ad dationem, q̃ ad traditionem. Eandem ſententiã ſecuti ſunt Bart. Caſtr. Iaſ. & cæteri doct. in d. l. vlt. Necnon Zaſius in Antinomiarum ſolutionib. pat. 2. col. 2.

Cæterum, Curaſius lib. 2. Miſcellaneor. c. 9. ab his diſſentit, & Pauli reſponſum accipiendum putat, cum pecunia pretii nomine, ſiue tanquam pretium datur. Celſi autem reſpõſum, cum pecunia ſimpliciter datur, non loco pretii. Sed ante Coraſium idem docuit Alciatus, ad l. 2. num. 24. ff. ſi cert. pet. quẽ ſecutus eſt Federic. Scotus, ibid. num. 130.

Sed continet meram diuinationem hæc ſolutio. Vnde magis probatur ſententia proxime relata, quæ ab impugnatione Coraſii facile defendi poteſt.

Nam primo dicit Coraſius, ſe non putare, Iuriſconſultos tam ſuperſtitioſè inſectatos ſcrupuloſas verborũ ſignificationes. Reſpondeo, differentiam inter verbum dare, & tradere, perpetuo obſeruatam à Iuriſconſultis, §. ſic itaque, inſt. de act. l. 4. ff. de vſur. & alibi.

Secundo dicit Coraſius, verbum *accipere* importare dominii translationem, vt patet ex d. l. naturalis, §. 1. ibi: *Si rem do, vt rem accipiam, permutationem eſſe.* Verbum *accipiam*, importat translationem dominii propter illa verba: *Si rem do.*

Reſpondeo, verbum (*accipere*) ſecundum materiam ſu-

A biectam accipiendum. Quare eo in loco denotat dominii translationem, quia id exigit materia ſubiecta. Alibi non idem importat, vt in ſequenti caſu, quia emptio & venditio non id neceſſario exigit.

Tertio ait Coraſius, verbum (*dare*) ad venditorem relatum, non inducere dominii tranſlationem, l. ſi ſtipulatus, ff. de vſuris. Reſpondeo, in ſpecie d. l. ſi ſtipulatus, cõtractum venditionis præceſſiſſe, ex quo venditor obligatus eſſe dicitur ad tradendum. Vnde, ſi ſequatur ſtipulatio: *Rem dari*, pręcedentem obligationẽ non nouat, quia non eſt veriſimile plus venditorem ea ſtipulatione promittere uoluiſſe, quam iudicio empti pręſtare teneretur.

CAPVT LX.

Vtrum mulier renunciare poſſit Senatuſconſulto Velleiano.

VTrum mulier beneficio Senatuſcõſulti Velleiani B renunciare poſſit, non eadem eſt omnium ſententia. Negant eam renunciare poſſe Bart. Bald. Alberic. Paulus Caſt. & Sali. ad l. vlt. §. vltim. ff. ad Velleianum. Cyn. & Angel. ad l. vlt. C. eod. tit. Angelus Aretin. in §. itẽ ſi quis in iudicio, nu. 20. in Inſtit. de except. Abb. & Felyn. in c. ſi diligenti, de foro compet. ille, nu. 14. iſte, nu. 9. Seraphin. Senenſis, de priuilegiis iuramenti, priuilegio 99.

Fundamentum eſt, quia eadem facilitate, qua mulier inducitur ad fideiubendum, & ſe obligandum, moueri videtur etiam ad renunciandum, argum. l. doli, §. diuerſum, ff. de nouatio. l. vlt. C. de pactis pignor. & l. mulier, 2. C. ad Velleian. vbi dicitur, ſecundam mulieres fideiuſſionem ante lapſum biennii nihil ſibi præiudicare, quoniam adhuc eadem conſequentia ſuæ fragilitatis in ſecũdam iacturam inciderit.

Cæterum, affirmant mulierem renunciare poſſe glo. Odoffred. & Fulg. in d. l. vlt. §. vlt. Azo, in ſumma, C. eo. C tit. Hoſtienſ. in ſumma, de fideiuſſor. §. mulier, Zaſius ſingul. reſponſor. lib. 2. cap. 18. Iacobus Cuiacius obſeruatio. lib. 20. c. 34.

Arguméta ſunt iſta. Primum, ex l. vlt. §. ult. ff. ad Velleian. ibi: *Cauere debebit exceptione*, (ſcilicet Velleiani) *ſe non vſuram.*

Secundũ eſt ex Auth. Matri, & Auiæ, quando mulier tutelæ officio fungi poſſit, ibi: *Et renunciet Senatuſconſulti Velleiani præſidio.*

Tertium argumentũ ex antiqui iuris regula. Omnes licentiam habere, his, quæ pro ſe introducta ſunt, renunciare, l. penult. C. de pactis.

Diſtinctione vtuntur idem Bart. in d. §. vlt. Imola, in c. ex reſcripto, de iureiur. Couar. in c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 2. part. §. 3. nu. 4. & 5. & Antonius Gomeſius, variar. reſol. tit. de contract. c. 13. nu. 17. aut renunciat in iudicio, aut extra iudicium. Priore caſu ualet renũciatio, poſteriori nequaquam.

D Alia denique vtuntur diſtinctione Decius & Alciatus, ad l. penult. C. de pactis: aut in eodem inſtrumento, quo mulier ſe obligat pro alio, renunciat Velleiano, & non nocet renunciatio, aut ex interuallo temporis poſt obligationem, & valet.

Ego vero ſententiam eorum amplector, qui affirmant renunciationem valere, euincitur enim ſatis clare legib. & argumentis ſuperius allatis.

Nec quicquam facit illa ratio, quod mulier renunciaſe uideatur eadem fragilitate, quia ſibi imputet. Neque enim inuito beneficium confertur.

Nec fundamentum ſolidum habet ea diſtinctio, utrum in iudicio, vel extra iudicium mulier renunciauerit. Quia l. ult. §. vlt. ff. ad Velleian. nõ loquitur de renunciatione in iudicio facta. Ita enim habet: *Cauere debebit exceptione ſe non vſuram, & ſic ad iudicem ire.* Nihil autem prohibet, quin ea verba accipiamus tam de cautione extra iudicium, quam in iudicio.

CA-

CAPVT LXI.

Explicantur duæ aliæ Controuerſiæ de eadem re.

SEd dato, quod in obſcuro ſit, an renunciatio valeat, de qua in præcedenti capite diſputauimus. Suboritur alia controuerſia, an valeat, ſi iuramento ſit corroborata. Et ſunt qui opinentur non valere, quia iuramẽtũ ſequitur naturã actus, cui adijcitur. l. vlt. C. de non numerata pec. ita gloſſ. in authen. ſi qua mulier, in verbo, nullatenus, C. ad Velleianum. Grammaticus deciſ. 76. nu. 20. ubi alios citat, quibus ego non aſſentior, authoritate text. in cap. ex reſcripto, de iureiur. vbi S. Pontif. de muliere quę fideiuſſerat fide præſtata (loco iuramẽti) verba faciens, ait eam eſſe cogendam, vt conuentionem adimpleat.

Atque ita docent Bauerius in tract. de virtute iuram. in 16. effectu. Corſet. ad rubr. de iureiur. priuil. 17. gloſſ. & Abbas in d. c. ex reſcripto, Tiraquell. ad l. ſi vnquam, in præf. n. 136. C. de reuocan. donat. Couar. ad cap. quamuis, de pact. li. 6. par. 2. §. 3. nu. 5. Seraph. Senenſ. de priuil. iuram. priuil. 99. non obſtat argumentum contrariæ ſententiæ, quia l. vlt. C. de numer. pecun. loquitur in ea ſpecie, in qua deficit conſenſus iurantis, quo caſu non magis obligatur, quàm ſi abſq; iuramento promitteret, ſicuti declarat Bart. in l. ſi quis pro eo ff. de fideiuſſ. & Iaſon in l. ſi conueniret, ff. de iuriſd. omn. iud.

Denique eſt controuerſia inter Doctores, an ſi mulier pro alio obligetur, iureiurando interpoſito, non tamen renunciando Senatuſconſulti beneficio, utrum efficax ſit obligatio, nec iuuetur exceptione. Etenim exceptionẽ ex Senatuſconſulto hoc in caſu mulieri ſe obliganti competere, authores ſunt Io. Andr. in Additio. ad Specu. tit. de renunciatio, col. 3. Imola & Aret. ad l. ſciendum ff. de verb. oblig. Iaſon. authen. ſacramenta puberum, nu. 56. C. ſi aduerſus venditionem, Couar. alios citans in d. cap. quamuis, part. 2. §. 3. nu. 5.

Fundamentum autem eſt, quia iuramentum non porrigitur ad incognita & incogitata, cap. veniens cap. quintauallis, de iureiur. ſed mulier præſumitur ignorare vim Senatuſconſulti Velleiani, argumento l. ſi emancipata, C. de iuris & facti ignorantia, l. in bonorum, ff. eod. tit. & eorum, quæ notantur in l. iuris ignorantia. C. qui admitti, &c. ergo non præſumitur mulier de eo Senatuſconſulto cogitare, & conſequenter iuramentum ad illud nõ porrigitur.

Sed contraria ſententia mihi videtur facilè euinci, ex d. c. ex reſcripto, de iureiur. vbi mulier fideiubens obligatur efficaciter propter iuramẽtum, nec vlla ſit mentio renunciationis factę Velleiano. Facit ab hac ſententia, qd habetur in c. quamuis, de pactis lib. 6. & in c. cum contingat, eo. tit. Atq; ita docent Bart. l. ſi quis pro eo, num. 11. ff. de fideiuſ. & in auth. ſacramenta puber. C. ſi aduerſus venditio. & ibid. Ang. & Caſtrenſ. Abb Imo. & Fel. in d. c. ex reſcripto, idem Fely. & Ant. Butr. in c. ſi diligẽti, de foro compet. Ant. Burgos, in c. penult. nu. 36. de empt. & vend. Tiraq. alios citãs, ad d. l. ſi unquam, in præfatione, nu. 132. & de leg. Connubial. gloſſ. 5. nu. 148. Anton. Gomeſ. de contract. c. 13. ante num. 18.

Non obſtat argumentum contrariæ ſententię, quia vinculum iuramenti præualet omnibus iuris ciuilis ſanctionibus propter religionem, vt patet ex d. c. cum cõtingat, & ex d. c. quamuis, & ex alijs locis. Verum quidem eſt iuramentum non eſſe porrigendum ad incogitata & ignorata, ſed hic mulier cogitabat ſe obligare, & ſcire debebat, iuramentum non eſſe violandum. Quod vero ignoraret Senatuſconſulti beneficium, id ei nõ ſuffragatur, ſicuti neque in ſpecie d. c. cum contingat, neq; in ſpecie d. c. quamuis, nec in ſimilibus caſibus, quibus iuramẽtum interponitur, iuris ignorantia prodeſt. Huc accedat, quod dicit. l. vlt. C. de iu. & facti ignor. mulieri ius ignoranti non eſſe ſubueniendum, præterquam in caſibus ex- A preſſis. Nullibi autem expreſſum eſt, mulieri ius ignoranti, contra præſtitum iuramentum ſubueniri oportere.

CAPVT LXII.

Vtrum Senatuſconſulto Macedoniano renunciari poſſit.

FIliumfamilias renunciare nõ poſſe exceptioni Senatuſconſulti Maced. communis eſt Doctorum ſententẽtia. Ita gloſ. & Bar. in l. tametſi, 13. ff. ad Maced. Couar. ad c. quamuis, de pactis. lib. 6. in 2. parte, §. 3. nu. 4. Anto. Gomeſi. de contractibus. cap 6. nu. 2. Petrus Mozius de contractib. tit. de mutuo, nu. 19.

Fundamẽtum eſt ſatis firmum in d. l. tametſi, vbi Iuriſconſultus; *Tametſi non oppoſita exceptione condemnatus fuerit filiusfamilias, eum tamen Senatuſconſulto iuuari poſſe reſpondit.* Ex quo ſumitur argumentum renunciationem non valere, ſi enim efficax eſſet, exceptione non B oppoſita filiusfam. non iuuaretur, quaſi videretur ei beneficio renunciaſſe.

Confirmatur hæc ſententia: quia Senatuſconſultum Macedonianum reſpicit publicam vtilitatem, ne videlicet filijfam. corrumpantur, vt in l. 1. ff. eo. quare priuatorum pactis renunciari non poteſt, l. ſi unus, §. pacta, & l. iuriſgentium, §. ſi paciſcar, ff. de pact.

Sed contrariam ſententiam defendit Zaſius lib. 2. ſingular. reſponſorum, c. 18. cuius argumentum, quantum habeant momenti, diſpiciendum eſt.

Primã ſic argumentatur filiusfa. ex omnibus contractibus obligatur, l. filiusfa. 38. ff. de act. & obli. ergo etiã ex mutuo obligatur, ſi Macedoniano renunciauerit.

Reſpondeo, nego conſequentiam, quia iuſtas ob cauſas eo Senatuſconſulto proſpectum eſt, ne obligetur, vt in l. 1. ff. eo. quę ſanè prouiſio eluſoria redderetur, ſi valeret renunciatio.

Secundum argumentum. Exceptio Macedoniani fi- C liofam. datur ad ſimilitudinem Velleiani, cuius exceptio competit mulieri. ergo ſicut Velleiano mulier renunciare poteſt, ita & filiusfam. Macedoniano.

Reſpondeo, rationem eſſe differentiæ, quia Velleiano conſulitur fragilitati mulierum. At Maced. bonis moribus proſpicit, ne videlicet filiifa. corrumpantur. Quamobrem, priuato commodo mulier renũciare poteſt. Sed filiusfam. nequaquam iure publico derogare poteſt.

Tertium argumentum, filiusfam. in foro conſciẽtiæ, vt vocant, peccat, ſi mutuum non reſtituat. Ergo renunciare poteſt exceptioni quã habet ex Maced. Reſpondeo, negando conſequentiam.

Quartum argum. Odioſa eſt exceptio Macedoniani. ergo ei renunciari poteſt. Reſpõdeo, negãdo conſequentiam, quia ſi renunciari poſſet, & inanis eſſet prouiſio, & filiorũ fa. corruptioni aditus aperiretur, & occaſio delictorum inde naſceretur, quod pręcauere in animum induxit legiſlator. Vnde, quod recta via prohibitũ eſt, non D debet per obliquam extorqueri, cap. cum quid vna via, de reg. iur. libr 6. de Macedoniano loquens Imperator in §. illud in Inſt. quod cum eo qui in aliena poteſtate, ita dicit: *Quæ ideo Senatus proſpexit, quia ſæpè onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam conſumebant, vitæ parentum inſidiabantur.*

Sed maior controuerſia eſt, cum filiusfam. mutuum contrahit iuramento interpoſito, an locum habeat Senatuſconſulti exceptio. Etenim variæ ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ.

Prima Bartoli, in l. ſi quis pro eo, nu. 10. ff. de fideiuſſor. iuramentum eſſe ſeruandum, & ideo impetrandam eſſe abſolutionem a iuramento, vt non cogatur ſoluere, aut ſi ſoluerit, repetat ſoluta. Bartolũ ſequitur (obiter tamẽ) Alciatus in c. cum contingat. n. 126. de iureiur.

Fundamentum autem vix intelligi poteſt aliter, quam ex verbis eius. *Quarto*, inquit Bartol. *prohibetur cõtractus in odium creditoris. Iſto caſu videtur, quod iuramentum ſit*

ſeruan-

ſeruãdum, vt extra de pignoribus, c. ſignificante, vbi videtur, A *quod pactum legis commiſſoriæ in pignoribus, quod eſt reprobatum odio creditoris, ſi iuramentum ibi apponatur, eſſe ſeruandum. Et aduerte, dico iuramentum eſſe ſeruandum, non dico, quod pactum confirmetur per iuramentum, vt uidetur tenere Inno. in d. c. Hoc eſt magni effectus propter multa. Primo, quia ſtatim cum ego obſeruaui iuramentum meum, ego ſum abſolutus a iuramento meo & apud creditorem remanebit res ſine cauſa. Et ideo poterit ille, qui iurauit petere, q̃ liberetur vel abſoluatur a iuramento ſi remaneret obligatus, vel poterit agere contra creditorem condictione ſine cauſa. Exemplum, quando quis iurauit ſe ſoluturum vſuras, quod pactum eſt prohibitum odio creditoris. Si illud pactum poteſt impleri ſoluendo, & ſi impleatur, poterit debitor repetere. Sed ſi non haberet implementum, vt ſi iuraſſet ſe non repetiturum ſi non poteſt impleri ialiter, peteret debitor ſe abſolui a ſuperiore ab illo iuramento, vt in c. debitores, de iureiur. Et ideo dico, quod ſi filiusfam. renunciet Macedoniano, ipſe poſſet ſoluere propter timorem iuramenti, & poſtea condiceret.* B *Vel poſſet petere ſe abſolui ad cautelam.* Hucuſq; Bart.

Secunda eſt opinio Abbatis Panorm. in ca. cum contingat, de iureiur. nu. 22. Iuramentũ hoc in caſu non obligare, & ideo abſolutione opus non eſſe. Ratio eſt: quia vr̃ eſſe contra bonos mores, & occaſionem dare peccandi & delinquendi, c. non eſt obligatorium, de reg. iur. lib. 6.

Tertia eſt ſententia, filiumfa. iuramẽto obligari ad ſoluendum, & ſi ſoluerit, repetere non poſſe. Abſolutionem autem petendam, ſi eo in loco, quo mutuum cõtractum eſt, ſoleant filijfa. eam ob cauſam facilè corrumpi, & inde aliqua mala exoriri. Ita Anton. Butrius, & Imola, in d. c. cum contingat, nu 67. Corneus in auth. ſacramenta puberum. nu. 31. C. ſi aduerſ. vend. Couar. ad c. quamuis, de pactis. lib 6. in 2. part. §. nu. 4.

Fundamentum eſt: quia iuramentum eſt hoc in caſu interpoſitum ad confirmandum contractum, & obligationem per ſe non iniuſtam, neque in alterius, aut animæ præiudicium uergentem, conſequenter ſeruandum eſt, C vt in d. c. cum contingat, de iureiur. & alibi.

Quarta eſt opinio, viuente patre filiũfa. iuramento nõ obligari, ne ſ. inſidietur parentum vitæ, Mortuo aũt patre, quaſi ratione ceſſante, filiumfa. obligari. Ita Io. Faber in §. Quæ diximus Inſt. quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, &c. ſequitur Ant. Gomeſ. de contract. c. 6.

Poſtrema eſt ſententia Petri Mozij in tractat. de contract. ti. de mutuo, nu. 17. filiumfa. non obligari iuramento, ſi de magno eius præiudicio agatur. Idq; probat multis authoritatibus, quibus immodicè læſis ſuccurrendũ dicitur. Quod ſanè quantum ad rem facit, ipſe viderit.

Mihi ſanè eorum ſententia probabilior videtur, quã tertio loco retuli. Nam quod attinet ad Bartoli ſententiã, in primis memoria lapſus eſt, dum dixit repeti poſſe ſolutam pecuniam, cum doceat contrarium, l. ſed etſi pater, §. vlt ff. ad Macedonianum. Deinde negat contractum confirmari poſſe iureiurando, quod vix concedi poteſt, cum ipſe mutui contractus licitus ſit, & iuris tantum ciD uilis regulis infirmetur, quo caſu iureiurãdo confirmari probat. cap quamuis, de pactis, lib. 6. nec ſanè video noſtris temporibus eam occaſionem dari filijsfam. ut parẽtum vitæ inſidientur, ſicut olim; quod ſi in eo loco, ubi contractus geritur, talia facinora committantur, abſolutionem impetrata a iuramẽto, ſecus eẽ poterit exceptioni.

Alia denique eſt controuerſia, an filiusfa. in foro animæ teneatur reddere mutuo acceptam pecuniã creditori. Et ſi quidem nullum ex ijs malis ſecutum ſit, ob quę Senatuſconſultum factum eſt, filiumfa. teneri dixerunt Innocen. & Panorm. in ca. quia plerique, nu. 26. de immu. Eccleſ. Iaſon. in §. actiones, nu. 26. Inſtit. de act. Alciat. in c. noui, nu. 16. de iudicijs.

Fundamentum eſt reſpectu primi membri diſtinctionis, quia in foro animæ præſumptiones ceſſant, & veritas prçualet: cum vero aliquid ex dictis malis oritur, ſeruanda eſt legis conſtitutio, tanquam iuſta, etiam in animæ iu- A dicio, ex traditis per gloſ. in c. quę in Eccleſiarum, de conſtit. & per Couar. in c. cum eſſes, de teſtamen.

Cæterum, haudquaquam teneri filiumfa. in animæ iudicio, exiſtimarunt Bart. in extrauag. ad reprimendum, in verbo, denunciationem, num. 12. & Ant. Gomeſ. uariar. reſol. tit. de contract. c. 6. nu. 2. & fundamentum eſt: quia lex iuſta ſeruanda eſt ẽt in foro conſciẽtiæ. Eſt aũt ea lex iuſta, quę filiumfam. non obligari decernit ex mutuo, ex cauſis, de quibus in l. 1. ff. ad Maced.

Tertia eſt ſentẽtia, quæ mihi probabilior vr̃ ac tutior: nempe filiũfa. teneri in animæ iudicio, atque in foro, vt vocant, conſcientię, ad reſtituendam pecuniam. Ita Couar. in d. c. quamuis, de pactis, li. 6. in 2. par. §. 3. nu. 4.

Probatur hæc ſententia: quia filiusfa. naturaliter obligatur, quod patet: quia ſi ſoluat, non repetit, l. ſed etſi pater, §. vlt. ff. ad Maced. ergo tenetur in foro conſcientiæ, ne locupletetur cum aliena iactura, contra ius & ęquum. Atque ſic exiſtimo. B

CAPVT LXIII.

Prodigus an poſſit aliquem contractum facere, antequam ſit ei a Magiſtratu interdicta rerum adminiſtratio.

PRodigum contrahere poſſe, antequam ei bonis interdicatur, Authores ſunt in l. is cui bonis, ff. de ver. oblig. Accurſ. Bar. Bald. Angel. Caſtr. Rom. Alex. Aret. Iaſon, & Zaſius, n. 16. Necnon Imola, & Anchar. in c. 1. de teſtamentis, & Anton. Gomeſ. variar. reſol. titu. de contract. c. 24. nu. 41.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. Iulianus, ff. de curatorib. furioſo dandis, ibi. *Eos quibus per Prætorem bonis interdictum eſt, nihil transferre poſſe*, &c. His enim verbis ſignificare videtur a contrario ſenſu prodigũ eſſe aliquid transferre, antequam ipſi bonis interdicatur.

Secundum eſt ex l. pater profilio, ff. de Minoribus, ibi, C *Aut eius vita ſit iſte adoleſcens, vt merito bonis ei interdici debeat.* His verbis iudicari uidetur neceſſe eſſe, vt bonis interdicatur, alioquin contrahere poſſe prodigum.

Tertium eſt ex l. tres tutores, §. vlt. ff. de adminiſtrat. tutor. vbi is, qui prodigus eſt, tutor appellatur, & ſic adminiſtrationem tutela non amittit.

Quartum ex l. ſed etſi lege. §. conſuluit, ff. de petitione hæred. vbi dr̃. bonæ fidei poſſeſſorem non teneri pro bonis dilapidatis. Verbum *dilapidatis*, ſignificat prodigalitatem: & tñ nemo negauerit, alienationem factam a bonę fidei poſſeſſore, valere. Nam ſi nõ valeret, obligatus eſſet hæredi cedere actiones ſibi competentes ad reuocãdum malè alienata, l. quod ſi poſſeſſor, §. vlt. ff. eod. tit.

Quintum eſt ex l. non debet, ff. de dolo, vbi patet, prodigum habere actionem in factum aduerſus hominem emendatoris vitæ. Conſequenter habet adminiſtrationem rerum ſuarum, alioqui non poſſet agere, l. 1. C. qui legitimam perſonam habent ſtandi in iudicio.

D Sextum argumẽtum eſt ex l. 3. §. præterea, ff. de ſuſpectis tutoribus: vbi probatur, tutorem, qui malè adminiſtrat, & ideo ſuſpectus eſt, non eſſe ipſo iure adminiſtratione priuatum bonorum pupilli, ergo multo minus priuatus erit prodigus adminiſtratione rerum ſuarum.

Septimum argum. eſt ex c. ueritatis, de dolo, & contumacia, vbi probatur Epiſcopum dilapidatorem, non eſſe priuatum ipſo iure adminiſtratione bonorum Eccleſiæ.

Poſtremum argumẽtum eſt ex eo, q̃ ſi ipſo iure priuatus eſſet, ſuperuacaneũ eſſet et bonis interdici a prætore.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt gloſſ. in l. is cui, ff. de teſtamentis. Petr. a Bellaperti. Raphael. Cumar. & Imola, in l. is cui bonis, ff. de verbor. oblig. Bald. in conſil. 259. & ſeq. lib. 2. & 287 lib. 5. Io Faber, in §. Furioſi, in Inſtitut. de curator. furioſ. Federic. Senenſ. in conſil. 31. Alex. & Ripa, in d. l. is cui bonis, nu. 8. licet ibi Alex. magis ſuadeat communiorem ſentẽtiam eſſe ſequendam, & Steph. Bertranc. in conſ. 188. lib. 3. incip. Caſus ſuper quo

Argu-

Argumenta ſunt iſta. Vbi aliquid eſt manifeſtum, & notorium, perinde ſtatuendum eſt, ac ſi de eo ſententia eſſet lata, argumento l.emptore, ff.de action.empt. ergo ſi notorium & manifeſtum eſt quempiam eſſe prodigũ, perinde abſtinere debet ab adminiſtratione rerum ſuarum, ac ſi ei bonis eſſet interdictum.

Secundum argumentum ſumitur ex leg. quibus dicitur, prodigo interdictam eſſe bonorum ſuorum adminiſtrationem, l.1.ff.de curat.furioſ.l.is cui lege, ff.de teſtamentis, l.mutum, §.1.ff.de acquir.hæred. §.furioſi, inſtit. de curator. furioſ.

Tertium argumẽtum eſt; quia prodigus furioſo ęquiparatur, l.is cui bonis, ff.de verbor.oblig. l.his qui in ea cauſa, §.Dinus, ff.de tutor. & curatoribus datis ab his, & cęt.l.1.ff.de curator.furioſ. Sed furioſus ipſo iure amittit bonorum adminiſtrationem, nec vllum negotiũ contrahere poteſt, l.in negotiis, ff.de reg.iur. ergo ſimiliter & prodigus.

B Et hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior, & ſatis euidenter probari, ex l.1.ff.de curator. furioſ. ait text. *Lege 12. Tabularum prodigo interdicitur bonorum ſuorum adminiſtratio*. Nec bona eſt expoſitio gloſſæ, lex interdicit, id eſt, declarat interdicendam per iudicem. Et ſi enim iudex, tanquam legis adminiſter, & executor, interdicat, id facit, vt cæteris innoteſcat eum eſſe prodigũ, & ſic vt de facto conſtet, non autem de iure. Iam enim iure illi interdicta eſt adminiſtratio.

Reſpondet Iaſon, textum illum retorqueri poſſe, quia dicit; hodie prætores, vel præſides prodigis curatores dare exemplo furioſi, ergo licet olim lege 12. Tabularũ interdiceretur adminiſtratio, hodie tamen alio iure vtimur, quia magiſtratus interdicere debet.

Non recte, quia non dicit textus aliquid immutatum eſſe, ſed magiſtratum curatores dare ſolere prodigis ad exemplum furioſorũ, & illis interdicere adminiſtrationem. Merito. Parum enim prodeſſet, lege ita conſtitutũ C eſſe, niſi legem executioni mandaret magiſtratus. Itaque lex ſtatim adimit adminiſtrationem, magiſtratus declarat ademptam, legemque exequitur, vt de facto conſtet, & ne prodigus de facto pergat res ſuas prodigere, & male adminiſtrare.

Ad primum argumentum contrarię ſententię reſpondeo, l.Iulian. non probare, quia non poteſt ex ea ſumi argumentum à contrario ſenſu: poſt interdictam adminiſtrationem à prætore, prodigus contrahere non poteſt, ergo ante poterit, quia lege 12. Tabul. iam interdicta eſt ei adminiſtratio.

Quæ reſponſio valet ad ſecundũm argumẽtum in d. l.patri pro filio, quia interdicitur adminiſtratio à prætore, ne prodigus de facto contrahat, & male res ſuas adminiſtret.

Ad tertium reſpondeo. Textum in d.l.tres tutores, §. vlt. nil obſtare, qui dicit tutori manifeſte prodigo permittendã non eſſe rerum adminiſtrationem ab alio con- D tutore.

Ad quartum reſpondeo. In d.§.conſuluit, non conſtare, an bonę fidei poſſeſſor prodigus eſſet, licet textus vtatur verbo dilapidationis, præterea nihil aliud decidit ibi I.C. niſi bonę fidei poſſeſſorem nõ teneri hæredi pro bonis dilapidatis, quia non eſt factus locupletior ex eis, & in malos vſus fortaſſe conſumere potuit bona, vt nullus eſſet recuperationi amplius locus.

Ad quintum reſpondeo, non eſſe bonam conſequentiam. Prodigo datur actio in factum, ergo poteſt eam ipſe exercere. Nam exercebitur per curatorem datum, vel dandum à prætore, vt in l.1.ff.de curat.furioſ.

Ad ſextum reſpondeo, textum loqui de tutore ſuſpecto, qui male adminiſtrat, non autem de tutore prodigo, poteſt enim tutor male adminiſtrare, licet non ſit prodigus, ſi aliis vitiis laboret.

Ad ſeptimum reſpondeo, textum non loqui de Epiſcopo manifeſte prodigo, poteſt enim aliquis Epiſcopus di-A lapidare bona eccleſię aliter, quã ex cauſa prodigalitatis.

Ad vltimum argumentum reſpondeo, non fruſtra interdici à magiſtratu ſolere, q̃a multos operatur effectus ea interdictio: Primum, vt de facto conſtet; Item, vt aliis innoteſcat. Et demum, ne ipſe prodigus de facto pergat in adminiſtratione mala. Vide etiam hac de re Vaſquẽ Controuerſ. Illuſtr. lib.1. cap.17. nu.2.

CAPVT LXIV.

Tractantur aliæ duæ controuerſiæ in materia prodigi.

SEcunda eſt controuerſia, an obligetur prodigus ex contractu iureiurando confirmato, poſtquam à prętore ei bonis interdictũ eſt. Tres ſunt doctorum ſententiæ. Prima negat prodigum obligari. Huius authores ſunt in d.l.is cui bonis, ff.de verb.oblig. Bart. Bald. Ang. Caſtr. Alexand. Iaſon, Zaſius, nu.14 Ripa, nu.57. Alcia- B tus in c.cum contingat, nu.26. de iureiur. Federicus Senenſis, in conſ.31. Bertrand. in conſ.47. lib.2. Couar. ad c. quamuis, de pactis, lib.6. par.2. §.3. nu.8. Antonius Gomeſius de contractibus, cap.14. num.22.

Argumenta ſunt iſta. Primum. Iuramẽtum debet habere tres comites, iuſtitiam, veritatem, & iudicium, c. etſi Chriſtus, de iureiur. Sed prodigus non habet iudicium, immo comparatur furioſo, cum nec modum, nec finem expẽſarum habeat, l.1. ff.de curator. furioſ. ergo iuramento non obligatur.

Secundum argumentum. Is, qui non paret ſuperiori, peccat, c.2. de maior. & obed. Sed prodigus ita contrahẽdo non paret magiſtratui, ergo peccat, & conſequenter iuramentum videtur illicitum, ac proinde nõ obligatorium. c.non eſt obligatorium, de reg.iur. lib.6.

Tertium argumentum eſt, quia iuramentum videtur dolo extortum, quo caſu non obligat, c.cum contingat, de iureiur. Nam qui contra iura ſic contrahit, dicitur eſ- C ſe in mala fide, c.qui contra iura, de reg.iur. lib.6. l.ſi quis eum ſciret, ff.pro emptore.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Ant. But. & Imo. in d.c.cum cõtingat, de iureiur. Aret. in d.l.is cui bonis, ff.de verb.obl. Capella Tholoſana, deciſ.498. Bertrãdus ſibi contrarius, in conſ.172. lib.1.

Argumenta ſunt iſta. Omne iuramẽtum eſt ſeruandum, quod non vergit in diſpendium ſalutis æternę, aut in alterius detrimẽtum, d.c.cum contingat. Sed iuramẽtum prodigi non eſt tale, ergo eo uidetur obligari.

Secundum argumentum eſt ex eo, q̃ licet lex prohibeat alienationem, valet tamen accedente iuramẽto. Id patet in Auth. Sacramẽta puberum, C.ſi aduerſus vend. ex d.c.cum contingat, & ex aliis locis, ergo ualere debet contractus prodigi propter iuramẽtum, licet à magiſtratu fuerit ei adminiſtratio bonorum interdicta, arg.l.vlt. C.de reb. alienis non alienan.

Tertium argumentum. Prodigus æquiparatur adulto D curatorem habẽti, l.ſi curatorem habens, C.de in integ. reſtit. Sed iuramẽtum obligat adultum, Auth. Sacramẽta puberum. Igitur & prodigum.

Tertia eſt opinio Baldi in l.pactum, C.de collat. in 5. quæſt. Aut prodigus habet curatorem; & non obligatur etiam iuramento: aut non habet, & obligatur. Alibi aliter idem Bald. diſtinguit, cuius diſtinctionẽ refert & refellit Alexand. ad d.l.is cui bonis, ff.de verborum oblig. ſub num.26.

Mihi prior ſententia, quæ & communior eſt, magis probatur, quia licet iuramentum obliget & ſeruandum ſit, nõ tamen obligat ubi deficit iudicium. Aut erit eo caſu facile relaxandum eſt à magiſtratu Eccleſiaſtico.

Negant contrariæ ſententiæ authores prodigum iudicio carere, quia tenetur ex delicto. Item ſibi acquirere poteſt. Non recte; quia iudicio caret in his, quæ pertinent ad rerum ſuarum adminiſtrationem, non autem in aliis.

L Ad

Ad argumenta patet reſponſio, quia iuramentum eſt A ſeruādum & obligat, ſi modo comites tres habeat, inter quos eſt iudicium, vt dictum eſt. Quod verò dicitur prodigum adulto curatorem habenti comparandum, iure non probatur, quia l. ſi curatorem habens, non hoc dicit. Sed adultum curatorem habentem non abſimilem eſſe prodigo, cui curatore dato bonis interdictum eſt. Non eſt abſimilis, quantum ad hoc, vt contrahere non poſſit, ſicut neque prodigus. Quantum ad iudicium animi, furioſo prodigus comparatur, vt in l. 1. ff. de curator. furioſ.

Tertia eſt controuerſia in eadem materia prodigi, an ipſo iure amittat etiam bonorū alterius adminiſtrationem? duplex eſt doctorum ſententia, altera Baldi, in l. 1. ff. de curat. furioſ. & Ripæ, in l. is cui bonis, nu. 15. ff. de verb. oblig. quibus & ego aſſentior, prodigum videlicet amittere bonorum adminiſtrationem alterius.

Probatur hæc ſententia ex l. vlt. §. 1. C. de ſent. paſſ. vbi dicitur, patrem amittere adminiſtrationē bonorum filii, ſi prodigus ſit. Ratione etiā probatur: quia prodigus B priuatur adminiſtratione bonorum ſuorū, ergo multo magis priuabitur alienorum, in quibus longe minus iuris habet.

Altera ſententia eſt Alex. & Aretini, in d. l. is cui bonis, non amittere; ſicut nec tutores ipſo iure adminiſtrationem amittunt, licet ſint ſuſpecti, ſed remoueri debēt à magiſtratu, vt in l. tres tutores, §. vlt. ff. de adminiſt. tut. & in l. 3. §. præterea, ff. de ſuſpect. tut.

Ad l. vlt. §. 1. C. de ſent. paſſ. reſpondent, eam legem loqui de patre, qui ob delictum iam excluſus eſt ab adminiſtratione. Et quod dicitur prodigum amittere bonorum ſuorum adminiſtrationem, id negant verum eſſe, antequam ei bonis interdicatur.

Reſpondeo, tutorem quidem ſuſpectum non ſtatim adminiſtratione priuari, vt in legibus allegatis, ſed de tutore prodigo non loquuntur dictæ leges. Non rectè autē negari poſſe, quin prodigus ipſo iure amittat bonorum ſuorum adminiſtrationem, patet ex capite præcedenti. C Reſponſionem autem allatam ad l. vlt. §. 1. C. de ſen. paſſ. confutant verba ipſius textus; ſic enim ait: *Nam ſi patria poteſtate ad corrumpendi, atque profundendi patrimonii licentiam abutetur, & furioſo ac dementi, item prodigo, omnium vitiorum ſeruo, non eſt eorum pecunia committenda. Quin ab adminiſtratione fugiat*, &c. His ſanè verbis patet, patrem ab adminiſtratione remouendum, & ad eam non admittendum, ſi ſit prodigus.

CAPVT LXV.

Tractantur aliæ duæ controuerſiæ de eadem materia prodigi.

QVarta eſt controuerſia in eadem materia prodigi; nunquid ſi curator datus fuerit ei, qui reuera non ſit prodigus, geſta à tali curatore valeant: Et valere reſponderunt gloſ. in l. ſi ab eo, ff. de vſucap. in §. item prodigus, in verſ. Ratum, in inſt. quib. non D eſt permiſſum fac. teſta. Bart. & Caſtrenſ. in d. l. is cui bonis, ff. de verbor. oblig. & ibidem Ripa, nu. 39. Bald. & Salic. in l. ſi putas, C. de petit. hæred. Abbas Panorm. In c. 2. ad finem, de ſent. & re iud. Io. Andr. ad Specul. tit. de inſtrum. edit. §. compendioſe, verſ. tertio. Alex. in cōſ. 182. lib. 5.

Fundamētum eſt in authoritate rei iudicatę, l. res iudicata, de reg. iur. præſertim, quia minime conuenit quempiam ea decipi, l. 1. C. de precib. Imperatori offerendis. Huc accedat text. in l. 1. §. idem Pomponius, ff. quod falſo tutore authore geſtum, &c. vbi propter prætoris authoritatem valent geſta à tutore minus legitimo.

Contrariām ſententiam amplexi ſunt Oduffred. Cynus, & Albericus, in l. ſi putas, C. de petitio. hæred. Angelus, Alex. Iaſ. Imola, Aret. & Zaſius, nume. 17. ad l. is cui bonis, ff. de verb. oblig. Io. Faber, in §. furioſi, inſtit. de curator. Guido Papæ, in conſil. 169.

Fundamentum eſt in l. tutor ſi petitus, & in l. Seiæ A egreſſæ, ff. de tutor. & curat. datis ab his, &c. Quibus in locis dicitur; ſi tutor alicui tanquam pupillo detur, qui nō ſit, eam dationem non valere. Et idem eſſe, ſi aliter erratum ſit in cauſa. Idem probat l. ſi putas, C. de petitio hæred. ibi: *Iudice ſtatuturo*, &c. Huc accedat ratio: Nam ſi prodigus ad ſanos mores reuertatur, deſinit ipſo iure eſſe in poteſtate curatoris, l. 1. ff. de curat. furioſ. ergo multo magis eſt dicendum tutoris dationem non valere, cum quis re vera non eſt prodigus.

Tertia eſt ſententia ſic diſtinguens. Aut is, cui tanquā prodigo curator datus eſt, inuito & contradicenti, & in iudicio contendenti, ſe non eſſe talem, datus eſt. Et tunc propter authoritatē rei iudicatæ, à qua nō eſt appellatū, valet curatoris datio; Aut vero non contradixit, ſed ſimpliciter conſenſit in curatorem, & tunc ſecus. Ita diſtinguit Ripa. poſt Imol. in d. l. is cui bonis, nu. 40.

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior, quia, vbi B ſententia non eſt lata contra ius conſtitutionis, ſed contra ius litigatoris, valet, & ab ea eſt appellandum, aut ſi non appelletur, ei parendum, l. 1. ff. quę ſententię ſine appell. reſcind. l. 2. C. quando prouoc. nō eſt neceſſe. Et hoc in caſu locum habent argumenta prioris ſententię. Si vero res in contradictorio iudicio non agatur, ſed prætor ex officio, vel ita inſtantibus cognatis eius, qui prodigus eſſe dicitur, curatorem decreuerit, tanquam prodigo, cū non eſſet, poteſt dici obreptum eſſe prætori, & conſequēter dationem non valere, l. cum vero, §. ſubuentum, ff. de fideicommiſſ. liber. 1. §. hæc verba, ff. ne vis fiat ei. Bart. in conſ. 91. num. 2. lib. 1. Caſtren. in d. l. is cui bonis, ante num. 4. Menoch. de retinen. poſſeſſ. rem. 2. nu. 15. cum ſequentibus. Et hoc in caſu locum habent argumenta poſterioris ſententiæ.

Quinta controuerſia. An & ei, qui moribus malis prę ditus eſt, vtpote luſor, libidinoſus, & aliis malis artibus addictus, bonis interdici queat? Et ſunt qui exiſtimant C poſſe authoritate l. & mulieri, ff. de curatore furio. ibi: *Et mulieri, quæ luxurioſe viuit, bonis interdici poteſt*. Ita Ripa, ad d. l. is cui bonis, nu. 16. ff. de verb. oblig. Ant. Gomeſi. de contractib. cap. 14. nu. 33.

Sed hanc ſententiam rectè refellit Pinellus ad l. 4. C. de bonis matern. nu. 20. Quia verbum *luxurioſe* in d. l. & mulieri, idem ſignificat, quod prodige, vt ibi præclare oſtēdit ex latinis authoribus, ex Antonio Auguſtino, & aliis. Quo fundamento ſublato, nullum eſt aliud, quo dicta ſententia nitatur, vnde, vt corruat neceſſe eſt.

CAPVT LXVI.

Aliæ duæ controuerſiæ de eadem re.

SExta controuerſia, an ex eo, quod quis per ſententiam iudicis declaratus eſt prodigus, cenſeatur ei bonis interdictum. Et non cenſeri exiſtimarunt Bart. D in d. l. is cui bonis, nu. 2. ff. de verb. oblig. & alii, quos refert. ibidem Ripa, nu. 30. Fundamentum eſt, quia declaratio, & interdictio ſunt diuerſa. Vnde de vna non infertur ad aliam.

Sed contrariā ſniam ſequuti ſunt Bald. ad l. 1. ff. de curat. furioſ. & in l. vnica, C. de confeſſis, Imola, Cumanus, Alex. Aret. Roman. & Ripa, in d. l. is cui bonis. Fundamētum eſt, quia interdictio bonorum videtur tacite ſequi ex declaratione: vnde pro expreſſa haberi debet, argum. l. quid tamen, §. ſi arbiter, ff. de recept. arbitr. Sicut cum quis deliquiſſe declaratur, videtur in conſequentiā condemnatus ad pœnam, l. 1. §. calumniatorib. ff. ad Turpil.

Et hæc ſententia mihi magis probatur, quia ipſo iure prodigus amittit bonorum ſuorum adminiſtrationem, vt dictum eſt ſupra, ex l. 1. ff. de curat. furioſ. & ex aliis legibus. Quare cū à iudice declaratus eſt prodigus, nihil proponi video, cur ei bonorum adminiſtratio nō cenſeatur interdicta. Licet enim aliud ſit ſententia declarans, quàm

qua bonorum interdictio, vt in argumento contrariæ opinionis, hęc tamen ex illa ſequitur. A

Septima controuerſia. Si iudex edicto ſuo prohibuerit, ne quis contrahat cum aliquo, quia eſt prodigus: An videatur interdictum bonis ipſi prodigo? Et non videri reſpondit Bar. in d. l. is cui bonis, nu. 3. Quia interdictio fieri debet ipſi pro, l. Iul. ff. de curat. furioſor.

Sed in contrarium eſt communis opinio, cui & ipſe accedo, ſi modo edictum emanauerit adhibita cauſæ cognitione, & in eo contineatur id, quod dictum eſt ſupra, nempè, omnes prohiberi contractus facere cum Titio, quia prodigus eſt. Neque enim inſpici debet verborum cortex, ſed vis ipſorum, & loquentis intentio, c. intelligentia, de verb. ſign. Nemini autem dubium eſſe poteſt, quin ea fuerit edictum proponētis intentio, vt prodigus à rerum ſuarum adminiſtratione abſtineat. Iuuatur hæc ſententia ex notatis in l. 1. C. de cupreſſis, lib. 11. & in l. vlt. C. de indic. viduit. tollen. quare ego arbitror perinde eſſe, ac ſi ipſi prodigo interdictum eſſet. Atq; ita docent, Paul. Caſtr. Aleſan. Aret. & Ripa, in dicta l. is cui bonis, quibus & ipſe aſſentior. B

CAPVT LXVII.

Alia dua controuerſia de eadem materia.

Octaua controuerſia. Vtrum per dationem curatoris alicui, tanquam prodigo factam, videatur interdicta bonorum adminiſtratio. Et videri exiſtimant Bar. in d. l. is cui bonis, n. 4. Caſt. n. 8. Alex. n. 18. Iaſ. nu. 13. Ripa, nu. 34. Quorum potiſſimum eſt fundamentum: (Nā leges, quas Bar. pro hac ſententia allegat, nihil probāt) quia ex curatoris datione neceſſario intelligitur, eam eſſe pretoris intentionem, vt nō ipſe prodigus adminiſtret, ſed curator. Facit regula l. illud, ff. de acqui. hære.

Contrarium reſponderunt Bal. & Ang. in d. l. is cui bonis. qui mouentur authoritate Innocentij, in c. gaudi, de ſupplenda neglig. prælat. lib. 6. Sed nihil dicit Innocen. eo in loco, quo iſtorum ſententia iuuetur, ut animaduertit Alex. loco annotato. Quare priori ſententiæ, quæ & communior eſt, magis adhæreo. C

Nona controuerſia. Vtrum prodigus in integrum reſtitutionem petere poſſit aduerſus ea, quæ geſſit, antequā ei bonis interdiceretur. Affirmant gloſ. in l. patri pro filio, in verbo, interdici, ff. de minorib. Barto. ad l. Marcellus, col. 1. verſ. iſtud nota, & ibid. Caſt. col. vlt. de fideiuſſor. 10. Andr. ad Spec. in rubr. de præſcr. Alex. in l. ſi curatorem habens, C. de in integ. reſt. Bald. in conſ. 287. Proponitur quod adultus, l. b. 5. Rom. ſing. 226. Fuit interrogatus, vbi declarat verum eſſe, ſi iuſta cauſa ſubſit.

Fundamentum eſt, quia prodigus, & minor æquiparantur, eiſdemque priuilegijs, ac beneficijs perfruuntur, l. 4. ff. de priuil. cred. ergo ſicut minori læſo conceditur in integrum reſtitutio. ita & prodigo videtur concedenda.

Contrariam ſententiam habuere Odofr. & Alber. in d. l. ſi curatorem habens, & Iaſ. in d. l. is cui bonis, nu. 12. Fundamentum eſt, quia nulla lege id eſt cautum in prodigo, immò contractus ab eo facti, antequam interdicatur adminiſtratio, legitimi reputantur, l. Iulianus, ff. de curatore furioſ. Quare contrahentes decipi non debent legis authoritate, l. 1. C. de his, qui veniā ętatis impetrau. D

Sed prior ſententia, quę & cōior eſt, mihi probabilior videtur. Nam cum lex & minori, & pupillo, & furioſo, & inſano, prodigum comparauerit, ſatis clarè voluiſſe videtur, ēt iſti ad ſupradictorum exemplum eſſe ſuccurrēdum. Et hęc ratio communi doctorum ſententia roborata, ſufficere debet pro lege. Nec verum eſt, quod affeuratur in argumento contrariæ opinionis, contractus pro digi, ante inditionem bonorum factam, à lege approbari. Hoc non dicit lex allegata, & contrarium innuit l. 1. ff. de curatot. furioſi. dum prodigo ſuorum bonorum adminiſtrationem prohibet.

CAPVT LXVIII.

Dua alia controuerſia de eadem materia.

Decima controuerſia. Vtrum valeant contractus à prodigo geſti poſt interdictam bonorum adminiſtrationem, quę tamen publicata non eſt, & ignorabatur ab eo qui contraxit. Et valere dixit Caſtr. in d. l. is cui bonis, num. 11. Aret. ibid. num. 2. verſ. aduerte tamen, Ripa, num. 37.

Fundamentum eſt in l. ſed ſi pupillus, §. de quo, & §. proſcribere, ff. de inſtit. vbi dicitur, publicari debere prohibitionem factam, ne quis cum inſtitore contrahat, alio qui contractus valeat.

Huc accedat tex. in l. ſciens, ff. de contrahen. empt. & in l. ſi ab eo, ff. de vſucapion. Quibus in locis probatur, contractum factum cum prodigo non valere, ſi contrahens ſciebat eſſe prodigum, ergo ſecus, ſi ignorabat, à contrario ſenſu.

Sed contrariam ſententiam ſecutus eſt Ales. ad d. l. is cui bonis, nu. 12. eo argumento, quod iure non probetur hoc in caſu valere contractum. Sed cum non reſpondeat ad l. ſi ſciens, ff. de contrahen. em. pi. cuius authoritate valdè probabilis prior eſt ſententia, eam tanquam cōmuniorem, & æquiorem magis probo.

Poſtrema controuerſia. Vtrum prodigus ex delicto obligetur, ad pœnam ſcilicet delicti. Et non obligari reſpō dit gloſ. in l. ſi quis in tantam, in verſ. Earundem ret. C. vnde vi. Nam res ſuas alienare non poteſt, d. l. is cui bonis, ff. de verb. oblig. Poterat & illud afferre, quod ait Iuriſconſultus. *Furioſi & eius cui bonis interdictum eſt, nullam eſſe voluntatem*, l. furioſi, ff. de reg. iur.

Secunda eſt ſententia Bartoli, ad d. l. is cui bonis, prodigum ex delicto obligari, vbi non agitur de bonorum alienatione. Sequitur Zaſius ibi, nu. 19. eius ſenſum declarans hunc eſſe, ut prodigus corporali pœna ob delictū affici poſſit, non autem pecuniaria, quia ſicut contrahendo res ſuas alienare non poteſt, ita nec delinquendo.

Tertia eſt ſententia prodigum ex delicto obligari, ſi delictū conſiſtat in faciendo, ſecus ſi in omittendo. Authores ſunt Caſtr. in d. l. is cui bonis, & Alexan. nu. 20. & 21. Iaſo. num. 17. Are. num. 8. Ripa, nu 54. Dec. in d. l. furioſi, num. 6.

Fundamentum eſt in eo, quod cum prodigus delinquit non videtur eſſe dignus auxilio, & fauore legis, argumento l. auxilium, ff. de minorib. Et quoniam prodigus minori comparatur, l. ſi curatorem habens, C. de in integr. reſtitut. Sicut minor accuſatur, ſi omittat id, quod facere debet, l. 2. C. ſi aduer. delictum, ita & prodigus, l Fulcinius, §. adeo, verſ. idemque in prodigo, ff. ex quib. cau. in poſſeſſ. eatur.

Poſtrema eſt ſententia prodigum obligari ex delicto, in faciendo, tam ad pœnam corporalem, quàm ad pecuniariam, teprobata diſtinctione Bartoli. ita Menochius poſt alios quos commemorat, de recup. poſſ. Remedio 9. num. 96.

Et hę duæ poſteriores ſententiæ videntur mihi probabiliores: etſi enim interdicta ſit prodigo bonorum ſuorum adminiſtratio, non tamen ei conceſſum videtur impunè delinquere. Et cum in rebus ſuis adminiſtrandis iudicio careat, idcirco ei tanquam furioſo, à lege ſuccurritur. At ſi delictum committat, legis auxilium non meretur, quam ipſe contemnit. Quare quod dicitur prodigi nullam eſſe voluntatem, hunc ſenſum habet; nēpè, non obligari ex contractu, quia conſenſus requiritur, & voluntas, & ipſe non habet conſenſum & voluntatem, quo niam prohibetur cōtrahere. Nec inde ſequitur, eum per omnia furioſum imitari, quia excepta cauſa prodigalitatis, nihil prohibet, quin in reliquis rebus intelligat, quid rectum ſit, & quanta ſit delicti grauitas, licet fortaſſe minus puniri debeat, cum plenum non habeat iudicium. & ita puto iuri conſonum.

A

CAPVT LXIX.

Expenduntur duæ Controuerſiæ circa contractum mutui.

MVtuatus frumentum, reddere poſſe inuito creditori æſtimationem eius in pecunia, exiſtimauit olim Iacobus de Arena, authoritate l. vinum, ff. ſi cer. pet. & l. ratio, §. ſi per venditorem, ff. de act. empt. & l. quoties in diem, ff. de verb. oblig. pecunia enim omnia æſtimantur, l. ſi ita fideiuſſorem, ff. de fideiuſſor. Sed quanquam Iaſon, & Curtius adſtipulari videantur, hæc tamen Arenei ſententia nigros tulit ab omnibus calculos, vt dicebat Comes Feder. Scotus, ad l. 2. §. 1. nu. 172. ff. ſi cer. peta. & meritò. Mutuum enim damus recepturi idem genus, vt in d. l. 2. alia eſt ratio debitoris, qui eſt in mora, & ideo tenetur ad æſtimationem quanti plurimi, vt d. l. vinum, & in d. §. ſi per venditorem.

Sed alia eſt controuerſia. Sitne mutuum, cum ita eſt conuentum, vt debitor non eiuſdem bonitatis rem reſtituere poſſit, ut pro vino, muſtum; pro vetere, nouum, pro conſiſtente, fugiens. Et in hac ſpecie mutuum non contrahi, ſed alium cõtractum innominatum exiſtimarunt Fulgo. & Roman. in d. l. 2. ff. ſi cer. per. Quia ad ſubſtantiam mutui pertinere videtur, vt æquè bonum reddatur, l. cum quid, ff. eod. & Imperator in §. 1. in Inſtit. quibus mod. re contrah. obligat. *Mutui datio*, inquit, *in iis rebus conſiſtit, quæ pondere, numero, menſurave conſtant*, &c. item paulo poſt: *& quandoque nobis non eadem res, ſed aliæ eiuſdem naturæ, & qualitatis reddantur.* Quòd vero pertinet ad contractus ſubſtantiam, illa partium conuentionibus immutari non poteſt l. 2. ff. ſi cer. pet. l. 2. ff. de vſufruct. ear. rer. quæ vſu conſum.

Alij docuerunt id genus contractus mutuum eſſe, ſi id contrahentes expreſſerunt, ſe velle mutuum contrahere, alioqui contractum eſſe innominatum. ita olim Chriſtophorus Caſtilienens teſte Iaſone in repet. l. cum quid, nu. 21. & Dec. ibidem. nu. 5.

Fundamentum eſt, quoniam non pertinet ad ſubſtantiam mutui, ſed potiùs ad naturam, vt æquè bonum reddatur, ideo pactum contra naturalia contractus valet, l. pacta conuenta, ff. de contrahen. empt. & ibi gloſ. notat: cum verò id non exprimitur à contrahentibus, meritò non eſt mutuum, quia talis conuentio naturam creditæ pecuniæ excedit, l. Titius, ff. de præſcript. verb. & ibi gl. in verſ. excedat.

Tertia eſt ſententia vera & communis, eam conuentionem non impedire, quò minus ſit mutuum, quia mutui ſubſtantia in eo conſiſtit, vt idem genus reddatur, l. 2. ff. ſi cert. pet. vt verò æquè bonum reddatur, id reſpicit accidentalia ipſius contractus, ita docuerunt Bart. in d. l. cum quid, in 3. not. ff. ſi cert. pet. Caſtr. ibid. Dec. num. 5. Alciat. nu. 4. Federicus Scotus Comes, in d. l. 2. §. 1. num. 198. eodem tit.

Non obſtat argumentum contrariæ ſententiæ. Nã quòd attinet ad d. l. cum quid, non ibi dicit Iuriſconſultus ad ſubſtantiam mutui pertinere, vt æquè bonum reddatur, ſed tacitè id cautum videri. Quo modo etiam eſt accipiendus Imperator in d. §. 1. in Inſtit. quib. mod. re contrah. oblig.

Ad text. in l. Titius, ff. de præſcript. verb. reſpondeo, Iuriſconſultum ibi locutum de alia conuentione, nempè, vt explicat Accur. cum vt minus reddatur, actũ eſt. Ea conuentio naturam excedit creditæ pecuniæ. Quia non idem redditur in genere ſuo, ſecundum mutui naturam, ſed minus. At in quæſtione noſtra idem redditur, ſed non eiuſdem bonitatis.

CAPVT LXX.

Alia de mutuo controuerſia ad interpretationem l. ſi quis nec cauſam, ff ſi cert. pet.

S*I quis nec cauſam, nec propoſitum fænerandi habuerit, & tu empturus prædia, deſideraueris mutuam pecuniã, nec volueris crediti nomine, ante quam emiſſes, ſuſcipere, atque ita creditor, qui neceſſitatem forte proficiſcendi habebat, depoſuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut ſi emiſſes, crediti nomine obligatus eſſes. Hoc depoſitum periculo eius eſt qui ſuſcepit. Nam & qui rem vendendam acceperit, vt pretio vteretur, periculo ſuo rem habebit.* Verba ſunt I. C. in l. 4. ff. ſi cer. pet.

Ad eius aũt interpretationem neceſſe eſt intelligere, de quo periculo ſit textus accipiendus; nempè, an etiam de periculo caſus fortuiti. Et quidem etiam de periculo

B caſus fortuiti textum accipiendum exiſtimauit, Ioannes antiquus doctor, quem ſecuti ſunt Decius, Curtius, Corneus, Aretinus, & Alciatus in commentarijs eiuſdem legis. Quorum illud eſt fundamentum; quod textus ſimpliciter & abſolutè dicit, periculum ad depoſitarium pertinere. Conſtat aũt periculi nomine etiam caſum fortuitũ venire, l. ſi tibi rem inſpiciendum, ff. de præſcr. verb.

Huc accedat tex. in l. rogaſti, ff. eo. ti. ex quo patet depoſitarij periculum eſſe, etſi nulla ſit eius culpa, cõſequẽter etiamſi periculum ex fortuito caſu veniat. *Quòd ſi lancem vel maſſam*, inquit, *ſine tua culpa perdideris, antequã venderes, vtrum mihi, an tibi perierit, quæſtionis eſt. Mihi videtur Neruæ diſtinctio veriſſima, exiſtimantis, multum intereſſe, venalem habui hanc lancem, vel maſſam, nec ne. Si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum ſi alij dediſſem vendendam, quod ſi non fuit hoc propoſitum, vt venderem, ſed hæc cauſa fuit vendendi, vt tu vtereris, tibi eam periiſſe*, &c.

C Contrariam ſententiam, nempè, non de periculo caſus fortuiti, ſed de eo periculo, quod ex culpa aliqua depoſitarij euenit. Nam etſi de dolo tantum depoſitarius teneatur; hoc tamen caſu de culpa, & negligentia tenebitur, amplexi fuere, Azo, Bart. Caſtr. Alex. num. 3. Iaſon, num. 25. Zaſius, Socin. ſen. nouiſſimè Viglius, num. 12. in commentarijs d. l. ſi quis nec cauſam. Quibus ſanè adſtipulor.

Probatur vero hæc ſententia. Primo, quia dominium pecuniæ eſt penes deponentem, antequam depoſitarius ea vtatur. Periculum autem caſus fortuiti ad dominum rei ſpectare ſolet, l. pignus, l. quæ fortuitis, C. de pig. act.

Secundò. In commodato ita conſtitutum eſt, vt licet gratia commodatarij fiat, periculum tamen caſus fortuiti ad commodantem ſpectet, vt in Inſtit. quibus modis re contrah. oblig. §. item is cui.

Tertio probatur; quia caſus fortuiti in nullo bonæ fidei iudicio præſtantur, d. l. quæ fortuitis, C. de pign. act. l.

D contractus, de reg. iur.

Quartò ex l. 1. §. ſæpè, ff. depoſiti, vbi dicitur eum, qui ſe depoſito obtulit, periculo ſe obligaſſe, & non ſolum dolum, verum etiam culpam & cuſtodiam præſtare debere, non tamen caſus fortuitos. *Sæpè euenit*, inquit, *vt res depoſitæ, vel nummi periculo ſint eius, apud quem deponuntur, vt puta ſi hoc nominatim conuenit Sed & ſi quis ſe depoſito obtulit, idem Iulianus ſcribit periculo ſe depoſiti illigaſſe, ita tamen vt non ſolum dolum, ſed etiam culpam & cuſtodiam præſtet. Non tamen fortuitos caſus.*

Ex quo textu colligitur reſponſio ad primum argumentum contrariæ ſententiæ. Nam etſi periculi appellatione venire poſſit etiam caſus fortuitus, non tamen in depoſito venit, ſicut nec in alijs bonæ fidei iudicijs. Et patet, non eſſe bonam conſequentiam; aliquis de periculo tenetur, ergo & de caſu fortuito. Quare & legem, de qua agimus, ita ſanè æquum eſſe videtur interpretari, ut periculũ illud intelligi, de quo intellexit alter I. C. in

dicta

dictæ l. 1. §. ſæpè, non autem periculum caſus fortuiti. Sic & in l. 3. ff. nautæ, caupones & ſtabul. periculum ad nautam pertinere dicitur, non tamen teneri, ſi quid damno fatali contigerit.

Ad l. rogaſti, reſpondent Bart. & alij, quod textus ait: *Sine culpa rem periſſe*, accipiẽdum eſſe, de culpa lata vel leui, non autem de leuiſſima. Poteſt dici Iuriſconſultum in ea ſpecie non loqui de depoſito, ſed de eo, qui rem dedit, ad hoc, vt venderetur. Nam in depoſito ita receptũ videtur, vt nũquam caſus fortuiti periculo depoſitarius obligetur, vt in d. l. 1. §. ſæpè, ff. depoſiti.

Nec obſtat quod dicitur, depoſitum hoc in caſu gratia mutui factum eſſe, & ideo naturam eius ſortitum, quia negatur conſequentia: nam antequam depoſitarius ea pecunia vtatur, tenetur ex depoſito, & non ex mutuo, & quoniam fit ipſius depoſitarij gratia, meritò de culpa teneri debet, non autem de caſu fortuito.

Denique in commodato extat lex apertè dicens commodatarium de caſu fortuito non teneri, etiamſi omne
B periculum ab eo præſtandum ſit. Ait Vlpian. *Commodatum autem plerunque continet vtilitatem eius ſolam, cui cõmodatur, & ideo verior eſt Quinti Mutij ſententia exiſtimãtis, & culpam præſtandam & diligentiam. Et ſi forte res æſtimata data ſit, omne periculum ab eo præſtandum, qui æſtimationem ſe præſtaturum recepit. Quod verò ſenectute contingit, vel morbo, vel vi latronum ereptum eſt, vel ſi quid ſimile accidit, dicendum eſt, nihil eorum eſſe imputandum ei, qui commodatum accepit, niſi aliqua culpa interueniat.* Hactenus I. C. in l. ſi vt certo, §. nunc videndum, ff. commod. quibus verbis facilè intelligitur, quàm ſit alienum à lege, vt de fortuitis caſibus quiſquam obligetur in contractu, in quo omne periculum alioqui ad aliquem ſpectare conſtitutum eſt. Et hæc interpretatio quin adhiberi poſſit in hac lege, nihil proponi animaduerto.

CAPVT LXXI.

C *Tractantur duæ controuerſiæ ad interpretationem l. quod te, ff. ſi certum petatur.*

QVod te mihi dare oporteat, id poſtea perierit, quàm per te factum erit, quò minus id mihi dares, tuum fore detrimentum conſtat. Verba ſunt Iuriſconſulti, in l. 5. ff. ſi cert. petat.

Duo autem ſunt potiſſimum controuerſa. Primum, quid in debitore quantitatis reſpectu certæ ſpeciei ſit dicendum, an ſcilicet perempta ſpecie ante moram liberetur, ſicut debitorem certæ ſpeciei liberari conſtat. Alterum eſt, an ſi poſt moram res perempta ſit, debitor indiſtinctè teneatur, an verò diſtinguendum ſit, an ſimiliter apud creditorem peritura eſſet.

Quòd attinet ad primum: debitorem non liberari exiſtimarunt Raphael Cumanus, & Io. Franciſ. Ripa, in commentarijs huius legis. Quorũ argumenta ſunt iſta.

Primum ex l. fundum Cornelianum, ff. de nouatio. in illis verbis: *Denique meliore, vel deteriore facto, ſine culpa*
D *debitoris poſtea fundo, præſens æſtimatio fundo petito, rectè conſideretur.*

Secundum eſt ex l. hominem, ff. mandati. ibi: *Et ideo etiamſi mortuus fuerit, vtilis ea actio eſt.* Tertium ex l. vir vxori, ff. de dote præleg. vbi, licet mancipia moriantur, æſtimatio tamen debetur.

Quartum ex l. æſtimatæ, ff. ſol. mat. & ex l. plerunque, ff. de iure dotium, vbi dicitur, maritũ nõ liberari interitu rerum dotalium, ſed teneri ad æſtimationem præſtandã.

Quintum argumentum. Acceſſorium ſequitur naturã ſui principalis, ſed principalis obligatio hoc in caſu eſt ad quantitatẽ, quia ſpecies debetur reſpectu quantitatis, ergo debitor nõ liberatur ex interitu ipſius rei, quia debitor quantitatis non liberatur, l. incendiũ, C. ſi cert. per.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Caſtrenſ. Alex. Iaſ. Dec. Alciat. Cagn. & alij, in d. l. quod te, quibus, & ipſe adſtipulor. Probatur primo, ex l. Titiæ textores, §. ult. de leg. 1. *Si alteri Stichum hæres dedit*, ait Iuriſconſultus,

A *quem duobus dare damnatus fuerat, & antequam interpellaretur ab altero, Stichus mortuus eſt, hæres non tenetur, quia nihil per eum factum intelligitur.* In ea ſpecie hæres tenebatur æſtimationem Stichi alteri legatario præſtare, & ſic ad quantitatem erat obligatus, propter ſpeciem, hoc eſt, propter Stichũ, vt in l. ſi res, 20. de leg. 3. & mortuo Sticho ante moram, liberatur.

Secundò probatur ex l. filiusfamilias miles, §. vlt. de leg. 1. vbi idem dicitur, quod in lege proximè citata.

Tertiò probatur ex l. quidam teſtamento, §. ſi tibi, de leg. 1. *Si tibi ſeruus legatus fuerit, & petitum à te, vt Titio aliquid præſtares, vſque ad pretium ſerui, deinde ſeruus deceſſerit, nihil fideicommiſſi nomine præſtare cogendus eris.* Hactenus Iuriſconſultus.

Quartò probatur ex l. 1. §. vlt. cum l. ſeq. ff. ſi cui plus q̃ per legem Falcid. *Si res quæ legata eſt apud legatarium interierit, probandum eſt exceptione ſuccurri ei, qui promiſit, etiamſi quanti ea res ſit, promiſerit.* Quibus verbis Iuriſ-
B conſultus docet, legatarium, qui promiſit rei legatæ ęſtimationem, & ſic obligatus eſt ad quantitatem reſpectu certæ ſpeciei, eius interitu liberari.

Quintò probatur ex l. ſi ſeruus cõis, ff. de furtis, in illis uerbis: *Ex his igitur apparere, & mortuo ſeruo, nihil eſſe q̃ actor eo nomine conſequi poſſit*, &c. Idẽ probat text. in l. 1. uerſ. Planè, ff. ſi quadrup. pauper. feciſſe dicat. ibi: *Planè ſi ante litẽ conteſtatam deceſſerit animal, extincta erit actio.*

Ad primum argumentũ contrariæ ſententiæ reſpondeo, in l. fundum Cornelianum, debitorem obligatum fuiſſe, tàm ad rem, quàm ad æſtimationem, quia debitor rei animo nouandi æſtimationem promiſerat. Sed noſtra quæſtio eſt, vbi quis eſt obligatus ad quãtitatem intuitu certæ ſpeciei.

Ad ſecundum reſpondeo, in d. l. hominem, debitorem in mora fuiſſe, & penes ſe pretium hominis mortui habuiſſe: meritò non liberatur ex interitu rei.

Ad tertium, ex l. vir vxori, reſpondeo. Legatum ibi v-
C xori deberi, quia maritus ſuperuixit mortuis mancipijs, nec legatum reuocauit. Quare eius voluntas ſeruanda eſt, quę talis fuiſſe conijcitur, vt etiam mortuis mancipijs legatum uxori præſtaretur.

Ad quartum ex l. æſtimatæ, & alijs cõcordantibus reſpondeo, ibi agi de marito obligato ad quantitatem ſimpliciter, nẽpe ad pretium rei ęſtimatę in dotem datę: Nã ęſtimatio emptionẽ inducit, l. quoties, C. de iure dotiũ.

Ad quintum reſpondeo, quæſtionẽ proponi, ac intelligi in ijs terminis, in quibus non quantitas eſt principaliter in obligatione, ſed quando ſpecies principaliter debetur, & eius cauſa, & reſpectu debetur quantitas. Quare argumentum retorquetur.

Quòd attinet ad alteram controuerſiam, non diſtinctionem adhibendam, ſed abſolutè debitorem teneri, re perempta poſt moram ipſius, cenſuit olim Ioannes antiquus interpres, quem ſecuti ſunt in d. l. quod te Bar. Bal. Ang. Salic. Iaſ. Alc. Ripa, Soc. Corn. nu. 10. Zaſius, n. 28.
D quorum argumẽtum eſt pręcipuum ex legibus, quib. indiſtinctè dicitur, debitorem non liberari, ſi poſt moram res perierit, l. quod te, l. 1. §. Rectiſſimè, l. meritò, ff. de vi, & vi armata, l. apud Iulianum, §. ipſius quoque, de leg. 1. l. cum filiusfam. ff. de verb. oblig. l. nemo, §. vlt. ff. eod. l. ſi in Aſia, §. ult. ff. depoſiti.

Secundum argum. eſt ex l. cum res, §. ult de leg. 1. ibi: *Item ſi fundus chaſmate perierit, Labeo ait vtiq; æſtimationem non deberi, quod ita verum eſt, ſi non poſt moram factã id euenerit, potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*

Tertium eſt ex l. ſi filio. §. ſi poſt diuortiũ, ff. ſol. mat. in illis uerbis: *Si poſt diuortium res dotales deteriores factæ ſint, & vir in reddenda dote moram fecerit, omnimodo detrimentum ipſe præſtabit.*

Quartũ ex l. ſi pecuniã, §. penult. ff. de cõdict. ob cãm. ibi: *Sed vbi accepit vt manumitteret, deĩde ſeruus deceſſerit ſiquidẽ morã fecit manumiſſioni, conſequẽs eſt, vt dicamus, refundere eum debere, q̃ accepit. Quod ſi morã nõ fecit*, &c.

Siquidem diſtracturus erat, ſiue quò ipſe vſurus, oportere dici eum l. eum refundere debet. A

Quintum argumentum. Fur & morator æquiparantur, l. inter ſtipulantem, §. penult. de verb. oblig. ſed fur tenetur indiſtinctè re perempta, l. ſubtracto, C. de furtis, ergo & morator.

Contrariã ſententiam amplexi ſunt Caſtr. Dec. Aret. Fulgoſ. & Cagnol. in d. l. quod te, & Soc. in conſ. 18. col. 2. lib. 2. & in conſ. 105. lib. 3. quibus, & ipſe aſſentior.

Probatur primò ex l. ſi plures, §. 1. ff. depoſiti. ibi: *Siue autem cum ipſo apud quem depoſita res eſt, actum fuerit ſiue cum hærede eius, & ſua natura res ante rem iudicatam intercederit, veluti ſi homo mortuus fuerit, Sabinus, & Caſſius abſolui debere eum, cum quo actum eſt, dixerunt, quia æquum ſit, naturalem interitum ad actorem pertinere, vtique cum interitura eſſet ea res etſi reſtituta eſſet actori.*

Secundò ex l. ſi cum exceptione, §. ſed etſi non culpa, ff. de eo quod metus cauſa. *Sed etſi non culpa eius, cum quo agitur, abeſt, ſi tamen peritura res non fuerit, ſi metum nõ adhibuiſſet, tenebitur reus ſicut in interdicto, unde vi, &c.* B

Tertiò, ex l. item ſi verberatum, § vlt. ff. de rei vendic. ibi. *Si ſeruus petitus, vel aliud animal demortuum ſit, ſine dolo malo, & culpa poſſeſſoris, pretium non eſſe præſtandum plerique putant, ſed verius eſt, ſi fortè diſtracturus erat petitor, ſi accepiſſet, moram paſſo debere præſtari. Nam ſi ei reſtituiſſet, diſtraxiſſet, & pretium lucratus fuiſſet.*

Quartum eſt ex l. ſi vehenda, §. ſi ea conditione, ff. ad l. Rhodiam de iactu. vbi textus: *Si ea conditione nauem conduxiſti, vt ea merces tuæ portarentur, easq; merces nauta nulla neceſſitate coactus in nauem deteriorem, cùm id ſciret te fieri nolle, tranſtulit & merces tuæ cum ea naue perierunt, in qua nouiſſimè vectæ ſunt, habes ex conducto locato, cum priore nauta actionem.* Paulus: *Immò contra, ſi modo ea nauigatione, vtraque nauis perijt, cùm id ſine dolo, & culpa nautarum factum eſſet.*

Ad primum argumentum contrariæ ſententię reſpõdeo; leges in eo citatas declarandas eſſe ex alijs ſupradictis, nempe adhibita diſtinctione iam dicta. C

Ad ſecundum, ex l. cùm res, §. vltimò reſponſio patet, qui tex. ibi loquitur, quando legatarius erat rem diſtracturus, conſequenter non erat apud eum res peritura, quia vtilitatem alienando percepiſſet.

Ad tertium, ex l. ſi filio, §. ſi poſt diuortium, ita reſpondeo. Textus dicit mariti debitoris periculum eſſe. Sed vtrum ſi apud vxorem res peritura fuiſſet, teneatur, non docet ille textus.

Ad quartum, ex l. pecuniam, §. penult. reſpondeo. Solutionem colligi, ſi facti ſpecies rectè intelligatur. Quidam pecuniam accepit, vt ſeruum manumitteret, mortuus eſt ſeruus, antequam manumitteretur. Quæritur an pecunia condici poſſit. Reſpondit Iuriſconſultus poſſe, ſi mortuus ſit ſeruus poſt moram manumiſſioni factã. Si ante moram diſtinguendum eſſe, vtrum is, qui pecuniam accepit, diſtracturus eſſet ſeruum, nec ne. Argumẽtum ita ſumitur. In priore caſu, vbi mora facta eſt, non adhibetur ea diſtinctio, ſed tãtum in poſteriore caſu ante moram. Reſpondeo. In priore caſu adhiberi non poſſe eam diſtinctionem, quia ſi is, qui pecuniam accepit, allegaret, ſe potuiſſe ſeruum diſtrahere, replicaretur aduerſus eum, cur non manumiſiſſet ſeruum cum poſſet? aut pecunia non accepta, cur ſeruum non diſtraxiſſet? illa diſtinctio valet, cùm ante moram ſeruus obijt. Quare ad rem noſtram accommodari non poteſt.

Ad vltimum argumentum reſpondeo. Non ſi in aliquibus comparantur fur & moroſos, idcirco in omnibus eſſe comparandos, vt dicebat quidam doctor Gallos, controuerſ. illuſt. quæſt. 30. vide etiam hac de re Menoch. libro tertio, præſumptio. 138.

CAPVT LXXII.

In caſibus, in quibus mora incurritur abſque interpellatione, vtrum rei interitu liberetur debitor.

Eſt etiam controuerſia, vtrum debitor re perempta liberetur, ſi fuerit in mora, quam irregularem doctores vocant, quæ ſcilicet abſque interpellatione committitur. Et liberari cenſuerunt Alex. in l. de diuiſione, ff. ſol. matr. Alciatus in d. l. quod te, circa finem, ff. ſi certum petat. alios citant & communem eſſe aſſeuerant Iaſon ibidem, num. 25. Cagnol. nu. 97. Fundamentum eſt in l. naturalis, §. ſed ſi ſcyphos, ff. de præſcript. verbis, vbi I. C. *Sed ſi ſcyphos tibi dedi, vt Stichum mihi dares periculo meo Stichus erit, ac tu dũtaxat culpam præſtare debes.* Ibi periculum interitus ad debitorem non pertinet, cũ tamen ſit in mora illa irregulari, quia videlicet ſcyphos ab altero accepit.

Sed contrariam ſententiam amplectuntur Iaſon, & Cagnol. loco annotato. authoritate d. l. quod te, vbi dicitur periculum interitus ad debitorem pertinere, ſi fuerit in mora, ergo ſiue mora fuerit regularis, vt vocant, per interpellationem factam, ſiue irregularis, idem eſt dicendum, & eadem eſt ratio.

Nec verum eſt in ſpecie d. §. ſed ſi ſcyphos, debitorem in mora fuiſſe, quia textus dicit, & tu duntaxat culpam præſtare debes, vt declarat Coraſius lib. 2. Miſcellaneor. cap. 9. & ratio id euincit. Nam vna & eadem res efficere non poteſt, vt debitor obligetur, & ſimul etiam in mora conſtituatur, l. quod dicimus, ff. de ſolution. ſed ex eo, quod alter ſcyphos dedit, oritur obligatio alterius, nempe, vt det Stichum, quia in eiuſmodi contractibus innominatis, ex eo quòd vnus implet contractum pro parte ſua, alter obligatur ad implendum, l. iuriſgẽtium, ff. de pactis, ergo non poteſt in mora conſtitui. Hæc & alia quædam leuiora tamen, afferuntur pro hac ſententia. Quibus nõ obſtantibus, communem ſententiam ſequor: nam illa vocatur a doctoribus noſtris mora irregularis, quæ ex implemento alterius partis oritur, vt patet ex notatis in l. curabit, C. de actio. empt. in l. de diuiſione, ff. ſol. matr. & alibi. Quare, cum in ſpecie, de qua loquitur textus in d. §. ſed ſi ſcyphos, alter iam impleuiſſet ſcyphos dando, ſequitur dicendum alterum in mora fuiſſe. Et quod dicitur ex eodem actu obligationem, ac moram ſimul oriri non poſſe, verum eſt, ſi de mora propriè dicta intelligatur.

Cæterum, nec Coraſio aſſentior impugnanti communem interpretationem d. §. ſed ſi ſcyphos, vt ſcilicet interitus periculum ad debitorem non ſpectet, quantum ad hoc, vt teneatur ad rem præſtandã, vel ad id, quod intereſt, non autem quantum ad hoc, vt quod accepit, reſtituere non teneatur, verius eſt enim teneri, ut probat l. ult. ff. de condict. ob cauſam. Quę ita conciliari debęt cũ §. ſed ſi ſcyphos. D

Nec obſtat, quòd in uerbis præcedentibus loquatur ibi Iuriſconſultus de condictione ob cauſam: nempe, ſi rem dedero, vt rem accipiam, mihi condictionem rei datæ competere, deinde ſtatim ſequitur: *Sed ſi ſcyphos dedi,* &c. *periculo meo Stichus erit*; quæ uerba ſi ad proximiora referantur, innuunt, eo caſu condictionem ſeu repetitionem datorum non competere. Non inquam hæc obſtant, quia §. ſed ſi ſcyphos aduerſatur præcedentibus uerbis, hoc modo, ut eo negetur actionem præſcriptis uerbis competere ad id, quod intereſt. Et cum ea oratio contineat ſimul actionem ad id, quod intereſt, & datorum repetitionem, non debet inſpici, quod prius uel poſterius ſit. Sed declarari debet ex d. l. ultima, ff. de condictio. ob cauſam, ubi dicitur mortuo Sticho repeti poſſe, quod datum eſt. Nec ibi ſit ulla mentio moræ debituris, magis quàm in dicto §. ſed ſi ſcyphos, ubi perperam illa uerba perpenduntur (& tu duntaxat culpam

præſta-

A præſtare debes)ad excludendam moram: quia aliud eſt culpa in conſeruando Sticho adhibita, propter quam perijt, aliud eſt culpa, quæ conſiſtit in mora commiſſa in eo tradendo. Et negari non poteſt, quin fuerit in mora irregulari debitor, cum ſcyphos accepit, & Stichum non tradidit.

CAPVT LXXIII.

Duæ controuerſiæ ad interpretationem l. ſingularia, ff ſi cert. pet. & eius materiam.

Singularia quædam præcepta ſunt circa pecuniam creditam. Nam ſi tibi debitorem meum iuſſero dare pecuniam, obligaris mihi, quamuis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus perſonis recipitur, hoc & in eadem perſona recipiendum eſt, vt cum ex cauſa mandati pecuniam mihi debeas & conueneris, vt crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et à me ad te profecta, B Verba ſunt Vlp. in l.15. ff. ſi cert. pet.

Controuerſia autem eſt, primo ſi debitori meo iuſſero, vt tibi pecuniam det, ille verò tibi nõ dederit, ſed promiſerit: An tu mihi eã reddere tenearis: An verò aduerſus debitorẽ meum, actionem mihi cedendo, libereris.

Secundò, ſi mandaui debitori meo, vt Titio creditori meo centum ſoluat, præſenti, acceptanti, & interueniẽte vera delegatione. Debitor meus promiſit ſoluere, ita creditore conſentiente, & promiſſionem acceptante, vtrum ſi non ſoluerit, ſed bona ſua decoxerit, Titius contra me agere poſſit.

Quod attinet ad primã controuerſiã, te ad reddẽdam mihi pecuniã teneri, perinde ac ſi à debitore meo pecuniã accepiſſes, Authores ſunt Salic. & Ludou. Rom. in d. l. ſingularia, & Fulg. in l. ſi me, & Titium, ff. eo. ti.

Primum argumentum eſt, ex regula quadam brocardica, vt vocant, paria ſunt ſoluere & promittere, l. vlt. C. ad leg. Falcid. Si debitor ſoluiſſet, tu mihi tenereris ex C mutuo: ergò ſi promiſit idem eſt dicendum.

Secundum argumentum eſt ex eo, quod qui actionẽ habet, rem ipſam habere uidetur, l. qui actionem, de reg. iur. Sed contra debitorem meum actio tibi competit ex promiſſione, ergò perinde eſt, ac ſi rem, hoc eſt, pecuniã haberes, quo in caſu mihi tenereris.

Tertium argumentum eſt ex l. quamuis, §. interdum, ff ad Velleianum, in illis verbis: *Soluit enim qui reum delegauit.*

Quartum eſt ex l in eum, §. vlt. ff. de inſtitoria act. ibi: *Quod autem pro eo, qui pecuniam fœnerauit, alii per delegationem promiſit, à domino rectè petetur, cui pecuniæ creditę, contra eum, qui delegauit, actio quæſita eſt.*

Contrariam ſententiam, nempe, ſufficere hoc in caſu, ſi actio cedatur aduerſus debitorem, ſecuti ſunt Paul. Caſtren. in d. l. ſingularia, nu. 19. Alex. nu. 29. Iaſ. nu. 31. Zaſius nu. 9. Alc. ad l. ſi me, & Titium, nu. 15. ff. eo. & ibi ẽt Bar. licet de actione tantum cõpetente loquatur. Et iſtis D ego etiam accedo. Probatur autem hæc ſententia, quia hoc in caſu nulla mihi actio competit ex mutuo. Vlpianus enim in hac l. ſingularia, loquitur, quando à debitore meo pecunia numerata eſt, vt patet ex illis uerbis: *Obligaris mihi, quamuis meos nummos nõ acceperis.* Actio ergò mihi competit ex æquitate, l. ſi me, & Titium, ff. eo. ti. Eſt enim æquitati conſentaneum, vt is, qui nummos meos exigere poteſt à debitore meo, ob promiſſionem ei mandato meo factam, aut eos mihi reddat, aut actionem cedat aduerſus debitorem meum, quem alteri delegãdo liberaſſe videor, l. delegare, ff. de nouation. & quoties qs tenetur eam ob cauſam, ꝙ actionem habet, cedendo actionem ipſam, liberatur, l. quod debetur, ff. de pecul.

Denique cum ęquitas id ſuadeat, vt id, quod ex meo ad te peruenit mihi reddas, & ad te actio contra debitorem meum peruenerit, æquum bonum eſt, vt eam mihi cedas, & cedendo libereris.

A Ad primum argumentum contrarię ſententię reſpondeo. Non ſi aliquando comparentur ſolutio & promiſſio, vt in ea ſpecie, de qua agitur in l. vlt. C. ad leg. Falcid. idcirco in omnibus comparari. Sunt enim longe diuerſa, vt patet.

Secundum argumentum retorquetur. Si enim, qui actionẽ habet, rẽ habere uidetur, igitur actione ceſſante debitor liberatur, quia perinde eſt, ac ſi creditor rem haberet, quæ interpretatio eſt benignior, quam contraria, de qua in argumento, cum pecunia ſoluta non fuerit, ſed tantum promiſſa.

Ad tertium ex l. quamuis, §. interdum, reſpondeo, eũ, qui delegauit ſoluere, in ea ſpecie, de qua loquitur ibi Iuriſc. nempe, vt mulier condicere valeat debitoris delegati liberationem; Et licet tex. dicat, *ſoluit enim qui reum delegauit*, id non ita generaliter accipiendum eſt, ſed locũ habet, quoties loco ſolutionis creditor delegatione contentus fuit. Creditori enim ſolutum videtur, quocũque B modo ei ſatisfiat, l. ſi rem, §. omnis, l. ſolutum, §. ſolutam, ff. de pignor. actio.

Ad quartum argumentum ex l. in eum, §. vlt. reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Nam is, qui pecuniam fœnerauit confeſtim inſtitori obligatur, mutuum enim contraxit verè & efficaciter. Pecuniam verò nõ accepit, qui maluit alteri eam delegare & cedere. At in quęſtione noſtra, nõ contraxit mutuum, ſed promiſſionem duntaxat eius, qui mutuanti debebat, accepit, nõ autem pecuniam. Quare non pecuniam reddere tenetur, ſed actionem cedere;

Quòd attinet ad alteram controuerſiam; debitorem ex delegatione facta liberari, nec amplius cõueniri poſſe, licet delegatus debitor ſoluẽdo nõ ſit, cõis eſt & vera ſententia. Nam per delegationem factam debitorem liberari, ex eo conſtat, ꝙ delegare nihil aliud eſt, quàm uice ſua alium dare reũ creditori, vel cui creditor iuſſerit, l. delegare, 11. ff. de nouation. vt merito is, qui reum delegauit, ſoluiſſe dicatur à Iuriſconſulto, in l. quamuis, §. in- C terdum, ff. ad Velleianum. Atque ita docent in d. l. ſingularia, Bar. nu. 19. Iaſ. nu. 31. Alc. nu. 53. Dec. num. 26. & in conſ. 107. Benuen. Stracha de mercatura, tit. de mandato nu. 3. And. Geyll. lib. 2. Obſeru. 30. nu. 7. alios citat Gab. commun. concl. ti. de nouation. cõcl. 1. nu. 19. & Maſchar. de probat. vol. 2. concl. 1111. nu. 3.

Contrariam ſententiam habuiſſe videtur Ludouicus Rom. Curt. iun. & alii quidam, in d. l. ſingularia, quorũ illud eſt argumentum, quòd nouatio non inducatur iure nouiſſimo, niſi expreſſe id agatur, l. vlt. C. de nouat. Sed reſpõdetur cum fit delegatio, neceſſariò nouationẽ induci, quia loco debitoris alius debitor delegatur, l. delegare, ff. de nouat. Quare impoſſibile eſt, vt non fiat nouatio, quia ſic eſſent duo inſolidum debitores, & is qui alium ſui vice ſubſtituit adhuc eſſet debitor, quod repugnantiam continet, & iniquitatem quoque. Nam actionem is aduerſus ſuum debitorem, quem delegauit, non habet, & tamen conueniri poſſet.

D Actionẽ nõ habere, patet ex l. 2. & 3. C. de nouation. & ex dictis legibus probatur, ex delegatione ius nouationis oriri. Denique qui debitorem ſuum delegat, pecuniam dare intelligitur, l. qui debitorem, ff de fideiuſſor. ergo inducitur nouatio & liberatio per delegationem.

CAPVT LXXIV.

Ad interpretationem l. vinum, ff. ſi cert. petat. controuerſia vna.

Vinum quod mutuum datum erat, per iudicem petitum eſt, quæſitum eſt, cuius temporis æſtimatio fieret, vtrum cum datum eſſet, an cum litem conteſtatus fuiſſet, an cum res iudicaretur. Sabinus reſpondit, ſi dictum eſſet, quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet, ſi non quãti tunc fuiſſet, cum petitum eſſet. Ita Iuriſc. in l. 22. ff. ſi cert. pet. Eſt autem controuerſia inter doct. quomodo accipienda ſint illa uerba legis vltima, *quãti tunc fuiſſet, cum*

petitum

petitũ eſſet. An uidelicet de iudiciali tm̃ petitione acci- A
piẽda ſint, an veiò de petitione quoq; extra iudiciũ facta.

Et quidem hoc poſteriori ſenſu accipiẽda eſſe, authores ſunt gl. Bar. Caſtr. Ale. Iaſ. Soc. Zaſius & Cagn. quorum illud eſt fundamentum, ꝙ verbum petere, tam iudiciali petitioni cõueniat, quam extraiudiciali, l. decem cũ petiero, ff. de verb. obl. & cum per interpellationẽ extra iudicium factam perinde mora committatur, ac per lapſum diei, l. mora, ff. de vſur. ſequitur dicendum, ut quemadmodum, vbi mora committitur per lapſum diei, æſtimatio fit tm̃ tempus obligationi præfixum, vt habetur in hac lege, in illis verbis. *Sabinus reſpondit, ſi dictum eſſet, quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet*, ita etiam dicendum ſit, vbi ea interpellatione facta mora incurritur.

Confirmatur argumentum, quia mora nocere debet, l. hominem, ff. mandan, c. mora, de reg. iur. lib. 6. non noceret autem, ſi ratio non eſſet habenda æſtimationis eius temporis, quo per interpellationem mora committitur. Nec obſtat quod dici ſolet in actionibus ſtricti iuris tem- B
pus litis conteſtatę inſpiciendum, quia id locum ſibi uẽdicat ante moram debitoris, ſecus autem poſt moram. Id patet ea d. l. hominem, vbi Iuriſc. *aliter*, inquit, *in ſtipulatione ſeruatur*. Nã tunc id tempus ſpectatur, quo agitur, niſi forte aut per promiſſorẽ ſteterit, quo minus ſua die ſolueret, aut per creditorẽ, quo minus acciperet. Etenim neutri eorum fruſtratio ſua prodeſſe debet.

Cæterùm, vt de iudiciali duntaxat petitione per litis conteſtationem illa uerba ſint accipiẽda, magis eſt ut exiſtimẽ una cum Alb. Dec. Alc. & Aret. quia I. C. ab initio loquitur de iudiciali petitione, vt patet ibi: *per iudicem petitũ eſt*. Quare vt reſpõſum interrogationi & quæſtioni conueniat, fateri cogimur, et poſtrema verba de iudiciali petitione accipiẽda eſſe, vt ea ſit mẽs Iuriſc. ſi quæratur cuius tẽporis æſtimatio inſpicienda ſit, an litis conteſtatæ, an verò ſententiæ latæ, inſpiciendam eſſe ęſtimationem tempore litis conteſtatæ, niſi dictum eſſet, quo
tempore uinum mutuo datum redderetur. C

Hæc interpretatio cõfirmatur ex alijs legibus, quibus dicitur in iudiciis ſtricti iuris, vt eſt mutuum, æſtimationem fieri ſecũdum tempus litis conteſtatæ, l. 3. §. in hac, ff. commodati, l. vlt. ff. de condict. triticaria. nulla verò lex eſt quæ dicat, inſpiciendum tempus interpellationis, ſeu petitionis extra iudicium factæ.

Huc accedat, ꝙ vbi nulla dies eſt adiecta obligationi, debitor in mora conſtitutus per interpellationem extra iudicium eam purgare poteſt, quandocunque ante litem conteſtatam, l. interdum, 73. §. vlt. l. ſi ſeruum, 91. §. ſequitur, ff. de verb. obl. vſque adeo, vt creditori imputetur, ꝙ litẽ conteſtatus non fuerit, vt in l. ſi inſulam, 84. ff. eod. ti. vt eleganter explicat Ant. Faber, lib. 6. coniecturarũ iuris, c. 7. quare non perinde ſtatuendum eſt de mora, quæ per interpellationem incurritur, quod cõſtitutum eſt de mora, quæ committitur ob lapſum diei; etſi enim debitor rem obtulerit poſt diem conuentam, verum eſt ta-
mẽ, illum intra diem pręſtitutum non dediſſe, l. Celſus, D
ff. de arbitris, merito eo caſu inſpicitur ęſtimatio eius tẽporis, quo conuentum eſt rem dari, vel reſtitui, vt in hac lege, & in d. l. hominem, ff. mandati.

Non obſtat ꝙ dicitur, verbũ *petere*, adaptari ẽt ad petitionem extra iudicium, quia id cõcedo, ſi ſpectetur natura & ſignificatio verbi. Sed ſi tea. legis ſpectẽ, & materia, de qua agitur, id nego. Quod vero dicitur, perinde morã incurri ex interpellatione, atq; ea diei lapſu, fateor, ſed non per omnia idẽ in vno atque in altero ſtatuendũ eſt; quia ſubeſt ratio differentiæ, illa ſcilicet, quoniã mora purgari poteſt, vbi dies adiecta non eſt obligationi, quod minimè conceditur, vbi dies eſt adiecta. Et ꝙ Iuriſc. dicit, moram non prodeſſe debitori in d. l. hominẽ, intelligi debet in eo caſu, quo dies eſt adiecta, quemadmodum & ex eius verbis patet, ſecus autẽ ubi dies adiecta non eſt, ſi purgetur ipſa mora per debitorem, ſicuti ei licet ante litem conteſtatam, vt dictum eſt.

CAPVT LXXV.

Ad l. ciuitas, ff. eod. tit. controuerſia vna.

C*Iuitas mutui datione obligari poteſt, ſi ad vtilitatem eius pecuniæ verſa ſunt, alioquin ipſi ſoli, qui contraxerunt, non ciuitas, tenebuntur.* Ita Vlp. in l. 27. ff. ſi certum petatur. Diſſenſio eſt inter doctores, ſi Decurionibus ciuitatis populo areſcente, ſiue conſilio ipſius ciuitatis, mutua data fuerit pecunia, an probandum ſit à creditore pecuniam verſam in utilitatem fuiſſe. Et hanc probandi neceſſitatem non incumbere creditori hoc in caſu exiſtimarunt Bart. Caſtr. Alex. Corn. & Zaſius, necnon Ripa, in l. ſi is qui bona, nu. 10. ff. de pignor.

Primum argumentum eſt, quia ciuitas ex contractu obligatur abſolutè, ergo neceſſe non eſt probare pecuniam in eius utilitatem erogatam. Ciuitatem obligari ex contractu, probatur primo, quia obligatur ex delicto, l. metum, §. animaduertendum, ff. de eo quod metus cauſa. Secundo, quia ciuitas condere poteſt legem in his, q̃ pertinent ad eius adminiſtrationem, l. prohibere, §. plane, ff. quod vi aut clam. Contractus autem initus ab eo, qui legis condendæ poteſtatem habet, vim legis habet, l. Cęſar, ff. de publicanis, l. penult. C. de donatio. inter vir. & vxor. ergo talis contractus habet vim legis, & conſequenter ſeruandus eſt. Tertio, quia à ſimili ex mutuo obligatur capitulum Eccleſiæ ſede vacante inito, vt docet gloſ. in cap. cupientes, in verbo, aliunde, de electio. lib. 6.

Secundum argumẽtum eſt à ſimili. Nam ſi Prelatus Eccleſiæ vna cum capitulo mutuã acceperit pecuniam, obligatur ad reddendam eam, licet non probetur fuiſſe verſam in vtilitatem ipſius Eccleſię, c. penult. de fideiuſſoribus.

Sed in ciuitate non libera, id eſt, vt vulgus loquitur, ſuperiorem recognoſcente, contrariam ſentẽtiam ſecutus eſt Alciat. poſt Fulgoſ. authoritate d. l. ciuitas: Sed uidetur mihi cõmunis ſententia ſatis probabilis: quia Vlpianus in hac lege non loquitur, cum tota ciuitas, hoc eſt, decuriones populo uniuerſo præſente contrahit, ſed cum adminiſtratores tantum contraxerunt, vt patet ex illis verbis: *Alioquin ipſi ſoli, qui contraxerunt, tenebuntur.* Quæ ſane verba non conueniunt in eum caſum, quo tota ciuitas contrahit.

Illud fateor non recte dictum, contractum habere vim legis, Id enim non probat l. Cæſar, ff. de publicanis, ſicuti bene explicat Zaſius in hac lege. Et l. penult. de qua in argumento loquitur de contractib. Imperatoris.

CAPVT LXXVI.

Vtrum probetur pecuniã conuerſam fuiſſe in vtilitatem ciuitatis, vel Eccleſiæ, ex eo, quod probatur ciuitatem, vel Eccleſiam tempore mutui indiguiſſe ea pecunia.

COnuerſionem in vtilitatem ciuitatis & Eccleſiæ factam fuiſſe pecuniæ mutuo acceptæ, probari ex eo, quod probatur Eccleſiam uel ciuitatem ea indiguiſſe, quo tempore accepit, exiſtimarunt gl. in c. hoc ius porrectum, in verbo, probat 10. q. 2. Caſtr. ad l. 1. §. ubi autem, & ad l. vlt. ff. de exercitoria actio. & ibid. Petr. Cyn. & Bald. Dec. ad l. ciuitas, num. 10. & ibi etiam Riminal. ff. ſi certum pet. Ruyn. in cõſ. 76. col. 4. in fi. lib. 4.

Fundamentum eſt in d. l. vlt. ff. de exercitor. actio. vbi patet nauis magiſtrum obligari ea mutuo, quod in refectionem nauis contraxit præpoſitus, ſi modo probetur refectione nauem indiguiſſe.

Sed contrariam ſententiam probant Bart. in d. l. vlt. Alex. in d. l. ciuitas, & ibid. Iaſ. nu. 18. Ang. in conſi. 245. Imola, in c. 1. num. 17. de depoſito. Ripa ad l. ſi is qui bona,

na,nu 10.ff.de pignor.& Ioſeph.Maſchard. de probatio. vol.3.conclu.1171.nu.8.

Fundamentum eſt in eo,quod leges requirant probari verſionem in vtilitatem ciuitatis & eccleſiæ,& in c.penult.de fideiuſſor, & in d.l.ciuitas. Nulla vero eſt lex, quæ verſionem demonſtrari ex eo decernat, quod eccleſia vel ciuitas indiguerit pecunia,tum quia fieri poteſt,vt indiguerit,& tamen in eius vſum expoſita non fuerit,tum quia raro accidere poteſt, vt mutuo pecunia ſine neceſſitate accipiantur.Quapropter aut nunquam,aut certè raro is ſuccumberet, qui conuerſionem factam allegaret, quia probationem paratam ferè ſemper haberet.

Tertia eſt ſententia Iac.Menochij de arbit. iudic.caſu 432.nu.35.hanc rem iudicis arbitrio committentis, veluti iure non definitam, & quæ ex varijs cauſarum circũſtantijs facilè definiri poteſt. Nec a Menochio diſſentit Ioſeph.Maſchar.loco proximè citato,nu.10.

Sed mihi magis probatur eorum ſententia,qui abſolutè negant conuerſionem demonſtrari ex eo,quod demõſtretur eccleſiæ,vel ciuitatis neceſſitas. Cui ſanè ſententiæ magnopere ſuffragatur argumentum,quod ſuperius allatum eſt.

Nec obſtat tex.in d.l.vlt.ff.de exercitor.actio, quia ſpecies illa longè eſt abſimilis. Agitur ibi de priuatis perſonis,hic de publicis.In priuatis,qui ex mutuo obligatur, neceſſe non eſt probare pecuniam verſam in vtilitatem. In ciuitate ſecus & in eccleſia. Quare ſi quis præpoſuerit quempiam naui,tenetur,ſi modo cum pecunia crederetur, nauis in ea cauſa fuiſſet, vt refici deberet, nec lex requirit, vt in eam cauſam verſio probetur. At in quæſtione noſtra nominatim id requiri conſtat.

CAPVT LXXXII.

Tractantur duæ Controuerſiæ de mutua pecunia Eccleſiæ data,ad interpretationem c. penult. de fideiuſſ. & c.1.de ſolutionibus.

SI prælato conſentiente capitulo pecuniam mutuatus fuerit,nec vnde eam reddere poſſit,habeat, niſi immobilia bona vendat Eccleſiæ, controuerſia eſt,ſi non probetur pecuniam verſam in vtilitatem Eccleſiæ vtrum ad eam reſtituendam cogi poſſit.

Et cogi non poſſe, Authores ſunt Abbas Panor. in c. penul.de fideiuſſ.nu.4.& in c.1.nu.9.de depoſito. Card. in d.c.penult.col.penult.& in conſ.71.col.vlt. Alc.in l.Ciuitas,nu.4.& nu.6.ff. ſi cert.pet. quorum argumentum illud eſt, quod ſine cauſa iuſta alienari non poſſunt eccleſiæ bona immobilia,c.ſine exceptione,12.q.2.hic autem nulla cauſa videtur eſſe legitima, quia nõ conſtat pecuniam in Eccleſiæ vſum fuiſſe conſumptam.

Sed contraria ſententia longè probabilior & communior eſt.Nempe,Eccleſiam cogi poſſe ad reſtituẽdam pecuniam, licet verſio in vtilitatem facta non oſtendatur, ita docuerunt.Bar.in d.l.ciuitas,nu.13.Dec.nume.6.Iaſ. col.pen.Butr.in c.penult.nu.9.de fideiuſſor.Mar.Soc.in conſ.15.nu.25.lib.1.Caſtr.in conſ.338.nu.2.lib.1.Imola in c.1.nu.17.de depoſito.Rol.a Valle,in conſ.41.nu.36. lib.Iac.Menoch.de Arbitr.iud.caſu 432.nu.13.verſ.contrariam itaque opinionem.

Probatur hæc ſententia authoritate tex.in d.c.penul. de fideiuſſor.dum ibi dicitur,Eccleſiam non teneri ad reſtituendum mutuo acceptam pecuniam, quoties abſque prælati authoritate,& maioris partis Capituli mutuũ eſt contractum,niſi probetur eam fuiſſe verſam in vtilitatẽ Eccleſiæ. Etenim a contrario ſenſu,ex hoc loco ſatis clare euincitur,eccleſiam teneri,ſi mutuum contractũ fuerit, accedente prælati & capituli authoritate. Quę ſanè cauſa ſoluendi æs alienum iuſtiſſima reputanda eſt,alienandi res immobiles eccleſiæ cap.hoc ius porrectum,10. quæſtion.2. quare ceſſat argumentum contrariæ opinionis.

A Altera controuerſia, quam huius capitis titulus promittit, hoc eſt; prælatus eccleſiæ abſque conſenſu capitularium mutuatus eſt pecuniam,non conſtat, an in eccleſiæ vtilitatem fuerit conuerſa. Moritur. Nunquid ſucceſſor ad eam creditori reſtituendam compelli poſſit?

Affirmant compelli poſſe,Panorm.in d.c.penult.n.7. de fideiuſſor necnon Anch.n.9.& Card.in 10.q. authoritate tex.in c.1.de ſolut.vbi S.Pont.*Sicut filius debita Patris ſoluere tenetur, ita Prælatus ſui prædeceſſoris pro eccleſiæ neceſſitate contracta.* Nam ſi verſio in vtilitatem eccleſię probanda eſſet hoc in caſu, ſequeretur creditorem ad hoc adſtringi, vt negotium eccleſiæ gereret, vt de creditore mutuante præpoſito nauis dicebat Iuriſcon. Africanus,in l.vlt.ff.de exercitor act.præſertim ſi fortaſſe accideret,ut propter eccleſiæ neceſſitates prælatus accepta pecunia Romam proficiſci deberet, tunc creditori onus incumbere videretur curam adhibendi,vt ea pecunia in neceſſarios tantum vſus expenderetur, quod ſanè per
B quam durum eſſet ac difficile.

Et licet probationem illam exigat tex.in d.c.vlt.de fideiuſſor.non tamen loquitur de prælato eccleſiæ mutuũ contrahente,ſed de monacho,ſeu religioſo, abſque licentia Abbatis,& maioris partis capituli ſe obligante.

Cæterum,hoc in caſu ſucceſſorem compelli poſſe negant Innoc.in c.1.de ſolution. Anto.Butr.in d.c. penult. nu.8.Caſtr.in conſ.339.lib.1.nu.2.verſ. ſi uero nullum. quorum fundamentum eſt in d.ca. penult. quatenus ibi S.Pont.exigit eam probationem, ubi ſine conſenſu maioris partis capituli,ſimulq; prælati mutuum eſt contractum. Etſi enim conſenſus hic extet prælati,deficit tamẽ conſenſus capituli.

Tertia eſt ſententia Iacobi Menochij; hanc rem diligentis ac boni iudicis arbitrio delegantis,de arbit.iudic. caſu 433.num 18.

Ego vero eorum ſententiæ magis adſtipulor, qui negant ſucceſſorem teneri, ſi verſio in utilitatem facta non
C probetur.

Moueor inprimis authoritate d.c.penul.ſecundo moueor authoritate c.1.de ſolutio.ac perpendo uerba S.Pontificis eo in loco, quibus dicit: ſucceſſorem obligari ad ſoluendi debita. *Prædeceſſoris pro neceſſitate eccleſiæ contracta.* Igitur hæc ipſa qualitas erit probanda a creditore. I. debita contracta fuiſſe pro neceſſitate eccleſiæ. Nec uero aliter probari poterit,niſi demonſtretur pecuniam creditam neceſſitati eccleſiæ ſubueniſſe. Nam eccleſiam pecunia indiguiſſe,& icirco mutuo eam accepiſſe,ſi probetur,non infertur tale debitum contractum fuiſſe pro neceſſitate eccleſię. Itaque uerba cum effectu ſunt accipienda,& conſequenter pro neceſſitate eccleſię debitum contractum intelligitur,cum ideo contractum eſt,ut neceſſitati ſubueniretur,& ſubuentum fuit.

Tertio moueor ex §.ſi uero quis,aut Epiſcopo,aut œconomo,in auth.de alienatione & emphyteuſi: ubi Iuſtinianus ita dicit: *Si uero quis aut Epiſcopo aut Oeconomo, aut*
D *ordinatori cuilibet venerabilis domus,ſiue in regia Ciuitate ſiue in Prouincia conſtitutas pecunias crediderit,iubemus nè, que hoc eis reputari pro uenerabili domo, niſi primitus oſtenderint, quod in utilitatem prædicta uenerabilis domus iſta profecerunt, neque ipſum creditorem, aut heredes eius contra venerabilem domum habeat aliquam pro ipſis actionem, niſi monſtrauerint,quod in utilitatem venerabilis domus,pecunia profecerunt. Sed contra mutuas accipientem pecunias,aut heredes eius proprias moueant actiones.* Quare nec obſtat tex.in d.c.1.de ſolutio. Immo ab hac ſententia plurimum facit. Nec tex.in d.c.penul.de fideiuſſor. facilè euitari poteſt: Et ad extremum quod dicitur de cura ac diligentia perquam difficili a creditore adhibenda, nihil prorſus mouet,cum creditor ſibi conſulere facile potuiſſet,non aliter pecuniam mutuando,quam ſi prælati & capituli conſenſus acceſſiſſet.

CAPVT LXXVIII.

Controuerſiæ duæ ad interpretationem l. principalibus, ff. ſi certum petatur.

PRincipalibus *Conſtitutionibus cauetur, ne ij, prouinciam regunt, quiue circa eos ſunt, negocientur, mutuam pecuniam dent fœnuſq; exerceant.* Verba ſunt Modeſtini in l. 33. ff. ſi certũ petatur. Sed & Paul. in l. ſeq. ſic ait; *Præſidis prouinciæ officiales, quia perpetui ſunt, mutuam pecuniam dare, & fœnebrem exercere poſſunt. Præſes prouinciæ mutuam pecuniam fœnebrem ſumere non prohibetur.* Quatuor ſunt Controuerſiæ ad harum legum interpretationem.

Prima, vtrum perpetui Rectores hac prohibitione contineantur.

Secunda, quid ſtatuendum ſit Rectoribus Ciuitatum vel prouinciarum, ex quibus ſunt oriundi.

Tertia, quid ſi palam & bona fide contractus exerceant prohibitos.

Quarta, quid ſi ſtatim officio finito contrahat. Priores duas tractabimus hoc in loco ſequẽtes vero in ſeq. c.

Quod igitur ad primam attinet, duplex eſt Doctorum ſententia. Altera, huiuſmodi perpetuos adminiſtratores, & Rectores ea prohibitione non contineri, ita docuerũt in Commentarijs harum legum Bart. Ales. Corn. Iaſon & Zaſius. Quorum fundamentum eſt in l. Pauli, cuius verba ſuperius annotata ſunt. Nam cùm Paulus reſpondeat officiales Præſidis, quia ſunt perpetui, mutuam pecuniam dare, & fœnebrem exercere poſſe, idem & in Rectoribus perpetuis reſpondendum eſſe videtur. Nam tales Rectores eligi ſolẽt homines ſpectatæ probitatis & fidei, quibus ſi negotiatio interdicta ſit, non modicum præiudicium & incommodum inferri videtur.

Altera eſt ſententia, & huiuſmodi Rectores hac prohibitione contineri, ita docuerunt Decius & Salicetus hoc in loco, authoritate Modeſtini, generaliter pronũciantis eos, qui prouincias regunt, negotiari non poſſe. Cuius rei ea eſt ratio, quod vel Reipub. vacare debẽt, vel ex eorum contractibus & negotiationibus multa mala ſequi poſſunt, timorque impreſſionis nõ deeſt, ſicuti eleganter explicat Alciatus hoc in loco. Quæ quidem ratio maximè locum habere videtur perpetuis Rectoribus. Alia ratio eſt officialium Præſidis & Miniſtrorum ſeruientium. Nã & ipſis Reipub. cura nõ incumbit, & ceſſat in eis impreſſionis timor. Atque hanc poſteriorem ſententiam veriorem eſſe iudico, neque enim decet, immo multas ob cauſas vtilitati publicæ repugnat, tales Rectores & Adminiſtratores mercimonia, & negotiationes exercere inter ſubditos iuriſdictioni, vt non dubitem ita Modeſtinum reſponſurum fuiſſe ſi de talibus perpetuis Rectoribus fuiſſet interrogatus. Et cum lex non vetet eos neceſſaria emere ac vendere, ſed negotiationibus duntaxat interdicat, non animaduerto, quam ob cauſam ex ea re damnum pati videantur.

Sed verius eſt eos lucra amittere illicita. Quod vero dicitur eos qui præficiuntur Reip. adminiſtrandæ, ſpectatę fidei ac probitatis eſſe cenſendos, eouſque non inficiabimus, quouſque animum & mentem eorum ad lucra procliuiorem eſſe non uidebimus. Videbimus autem ex negotiandi & fœnerandi cupiditate.

Quod attinet ad ſecundam, triplex eſt ſententia Doctorum. Altera, non contineri tales adminiſtratores tali legum prohibitione. Ita in commentarijs huius loci Bar. Caſtr. Alex. Iaſ. Soc. Alc. & Zaſius, dicitque Cornel. hanc ſententiam conſuetudine receptam eſſe.

Fundamentum eſt in d. l. Pauli Iuriſconſulti, quæ negotiationem officialibus præſidis permittit, qui plerunque eo in loco ſunt officiales perpetui, vnde ſunt oriundi. Nam & talibus magis fauendum eſſe uidetur, quam externis, & peregrinis hominibus. Quapropter etiam conſtitutum eſt, vt & in ea prouincia matrimonium contra-

A here poſſint, l. eos, ff. de ritu nupt. quamquam alijs id prohibitum ſit, l. ſi quis officium, ff. eo. ti.

Altera eſt ſententia, & iſtos Rectores contineri hac prohibitione legis, ita Angel. & Decius d. l. Principalibus, necnon Bald. ad l. quiſquis, quorum illud eſt fundamentum, quod & hæc lex, & ſimiles generaliter loquantur, vt in l. qui officij, & in l. non licet ff. de contrahend. emptio. & ratio ipſarum legum locum habeat etiam in huiuſmodi Rectoribus, qui in patria regunt & adminiſtrant.

Tertia eſt ſententia Ludouici Romani, quem refert & ſequitur Franciſcus Aretinus, necnon Paris de Puteo, in tracta. Syndicatus, in verbo, *Contrahere*, col. 2. aut officium ſeu adminiſtratio iuriſdictionem habent annexam, aut non habet: priore caſu locus eſt priori ſententię, poſteriore vero poſteriori.

Ego quanquam a communiori ſententia haud temerè recedendum exiſtimem, magis tamen probo negantem

B ſententiam. Eam enim video magis legibus noſtris conſentaneam, vt ceſſet omnis impreſſionis timor, & ab eis ſubditi paternè regantur, nõ autem ſolientur bonis, vti facilè ſpoliari poſſunt, ex negotiationibus Rectorum. Neque illis graue id videri debet, quibus eſt permiſſa omnis negotiatio cum aduenis & peregrinis, & rerum etiam neceſſariarum cum ſubditis.

Ad argumentorum ab officialibus deſumptum, iam reſponſio allata eſt ſuperius. Et quod de matrimonio obijcitur, ſua peculiari ratione nititur, quod ſcilicet æquitas nõ patitur, vt quis ad matrimonium cõtrahendum, cum fęminis, peregrinis & ignotis cogatur. Cogeretur autem ſi in Patria vxorem ducere Rectores & Adminiſtratores huiuſmodi prohiberentur.

CAPVT LXXIX.

C *Aliæ duæ Controuerſiæ ad eaſdem leges pertinentes.*

CÆterũ palã & bona fide eos negotiari poſſe authores ſunt Accurſ. in l. ſi in empt. §. vlt. ff. de contrah. empt. Andr. de Iſern. in ca. 1. §. vlt. de feudo Guardiæ. Ang. & Dec. in d. l. principalibus, nu. 9. ff. ſi cert. pet.

Fundamentum eſt in ijs legibus, quibus cauetur tutorem palam, & bona fide contrahere poſſe cum pupillo, licet alias prohibeatur, l. non exiſtimo, ff. de admin. tutor. l. pupillus, §. ſanè, ff. de author. tutor.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Iaſ. Alc. Alex. & Zaſ. quibus & ipſe aſſentior, in d. l. principalibus. Probatur hæc ſententia ex l. 1. C. de contractibus iudicum, vbi Imperator prohibet, ſimiles contractus fieri a Rectoribus Ciuitatum, & iudicibus, præterquam pro neceſſitate victus, in hæc verba; *Prouincias vero moderantibus non ſolum donationes, ſed etiam emptiones quarumcunque mobilium vel immobilium rerum præter eas, quæ ad alimo-*

D *niam, vel veſtes pertinent, & ædificationes, licet ſacri apices aliquid eorum permiſerit, penitus interdicimus,* &c. Quibus verbis patet, vſque adeo generaliter, huiuſmodi perſonis tales contractus eſſe prohibitos, vt nec illis ſint permiſſi, licet Principis reſcriptum habuerint. Quæ igitur ratio eſt id eis concedere, ſi palam & bona fide contrahant, quam facilè Imperatori conſtitutio eluderetur? Alia eſt ratio tutoris, qui ſi palam & bona fide authore contutore contrahat, ſicuti loquuntur leges, manifeſtum facit, ſe non latenter ſua commoda procurare, ſed ut quemlibet extraneum agere, atque contrahere.

Quod attinet ad poſtremam controuerſiam, ſunt qui exiſtiment Rectorem non ſtatim finito officio, & adminiſtratione contrahere poſſe, ita Ludou. Rom. & Dec. in l. principalibus, Bal. ad l. ſolent, §. ult. ff. de offic. Proconſ.

Fundamentum eſt, quia officio finito ſubijcitur Syndicatus, ut uocant: quamobrem officij reliquiæ quędam ſupereſſe uidentur, & quod caput eſt, in fraudem legis con-

contrahere videtur, ſi incontinenti depoſito officio contrahat, & quæ incontinenti fiunt, videntur ineſſe.

Sed contraria ſententia longè mihi probabilior videtur, quam amplexus eſt Iaſ. in d.l. principalibus, num. 4. Nã & hoc in caſu ceſſant verba legis, & ceſſat ratio prohibitionis legis, lex enim de rectore loquitur, & moderatore prouinciæ, hic verò non eſt rector amplius, quia officio efunctus eſt. Quorſum igitur ea interpretatio tendere poteſt, niſi vt nouam legem condat? quã qui rectores fuerunt, nec ſunt amplius, contrahere prohibentur; Aut quid ſibi vult, quod dicitur, reliquias priſtinæ dignitatis durare, niſi hoc ſignificet, ut honor exhibeatur, magiſtratu defuncto, non ut ei negotiatio interdicatur, cum in ipſo ceſſet omnis impreſſionis timor, & omnis cauſa prohibitionis?

Denique nihil prorſus mouet, quod vel de fraude dicitur, quia fraus nõ præſumitur, ſed probari debet, & quod ſubiungitur ex regulis brocardicis, quæ varias ſuſcipiunt interpretationes, & ad hanc ſpeciem ideo accommodari non poſſunt, quoniam cum quis definit eſſe in magiſtratu, efficitur priuatus homo, aliorum iuriſdictioni ſubiectus, qui propterea aliorum priuatorum iuribus ac legibus cenſeri debet.

CAPVT LXXX.

Vtrum rectoribus prouinciarum aliquid donari poſſit remunerationis cauſa, ad interpretationem l. vlt. C. ad leg. Iul. repetundarum.

REctoribus prouinciarum donari poſſe remunerandi gratia cenſuerunt Bart. ad leg. Aquilius, ff. de donat. Alex. Iaſ. & Zaſ. in l. principalibus, ff. ſi certum pet. authoritate d.l. Aquilius. Sed contrarium docuit Alc. ad d.l. principalibus, quia l. Aquilius non de donatione facta rectori accipienda eſt, ſed rhetori; hoc eſt, præceptori rhetoricæ, & lex generaliter prohibet huiuſmodi donationes, l. vlt. C. ad leg. Iul. repetundarum.

Ego verò vtor hac diſtinctione, vt donatio permiſſa eſſe intelligatur, ſi propter beneficium præſtitum ante adminiſtrationem conferatur; ſecus autem, ſi pro aliquo præſtito beneficio tempore adminiſtrationis.

Hanc diſtinctionẽ confirmo ex d.l. vlt. C. ad l. Iul. repet. in illis verbis: *Et ob hoc exceptis ſalariis, nihil penitus tam in adminiſtratione poſitus, quam poſt depoſitum officiũ pro aliquo præſtito beneficio tempore adminiſtrationis, quam gratuito meruerint, accepturos, &c.*

Confirmo denique hac ratione, quia tales donationes prohibentur, ne magiſtratus corrumpantur, iuxta illud, munera obcæcant oculos ſapientum. Hæc ratio locum non habet, vbi extra cauſam adminiſtrationis, donatio confertur ab eo, qui beneficium accepit à rectore & magiſtratu ante prouinciam demandatam.

CAPVT LXXXI.

De exceptione non numeratæ pecuniæ controuerſia octo. Quarum prima hoc capite tractatur. Vtrum poſt biennij lapſum competat iure ciuili inſpecto.

HOc, & ſequentibus aliquot capitibus, præcipuas quaſdam cõtrouerſias ſubijciemus, de exceptione non numeratæ pecuniæ, quarum prima eſt, vtrum ſecundum ius ciuile poſt biennij lapſum opponi poſſit?

Et quidem opponi poſſe, ea tamen lege, vt opponens probare debeat, pecuniam numeratam non fuiſſe, authores ſunt, Accurſ. in l. in contractib. C. de non numerata pecunia. Ang. Salic. & Bart. in l. ſi ex cautione, C. eod. tit. Caſtr. in conſ. 235. num. 3. lib. 2. Ang. Aret. in §. idem iuris, nu. 4. in inſt. de except. Alex. in conſi. 158. col. penult. lib. 2. Soc. ad l. 2. §. vlt. nu. 3. ff. de emptionibus. Iaſ. ad l. 3.

A §. iurari, nu. 8. & ad l. manifeſtè, nu. 6. ff de iureiur. Dec. ad l. iure naturæ, nu. 5. de reg. iur. Ant. Gomeſ. variar. reſol. de contract. c. 6. nu. 7. & ibi Soarez in addit. Eguinarius Baro, in inſt. de litter. oblig. Petr. Nicol. Mozius de contract. tit. de mutuo, nu. 9.

Argumenta præcipua ſunt duo. Primum eſt, quia is, qui pecuniam non numerauit, videtur dolo facere eam exigendo, & conſequenter exceptione doli repelli poſſe videtur. Exceptio autem doli, eſt perpetua, l. purè, §. vlt. ff. de doli mali & metus exceptione.

Alterum argumentum ſumitur ex l. qui pecuniam, ff. ſi certum pet. vbi Iuriſc. *Qui pecuniam*, inquit, *creditam accepturus, ſpopondit creditori futuro, in poteſtate habet, ne accipiendo ſe ei obſtringat*, &c. Si ergo creditor pecuniam non accepit, non eſt obſtrictus vllo tempore, conſequenter omni tempore, & ſic etiam poſt biennium excipere poteſt ſe pecuniam non accepiſſe.

Sed contrariam ſentẽtiam veriorem eſſe iudico, nempe,
B poſt biennium ceſſare huiuſmodi exceptionem. Huius ſententiæ authores ſunt, Alber. ad d.l. ſi ex cautione, nu. 2. C. de non num. pec. Felyn. in c. ſi cautio, nu. 60. & ibid. Imola, nu. 24. de fide inſtrum. Io. Faber, in inſtit. de litterarum obl. nu. 6. Ludou. Bolognetus, ad conſilia Ioannis de Anania, in conſ. 97. Marſi. ſing. 463. Pet. Duenas de reg. iur. 261. Hippol. Riminal. in conſ. 272. lib. 3.

Probatur hæc ſententia primò ex l. ſi intra, C. de non numer. pec. vbi Imperator: *Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem expoſuit, nulla querimonia vſus defunctus eſt, reſiduum tempus eius heres habebit, tam aduerſus creditorem, quam aduerſus eius heredem, &c.* Et paulo poſt: *Sin verò legitimum tempus exceſſit in querimoniam creditore minime deducto omnimodò heres eius, etiamſi pupillus ſit, debitum ſoluere compellitur.*

Conſtat autem legitimum tempus eſſe biennium, vt paulo poſt probabitur.

Secundo probatur ex l. aſſeueratio, C. eo. ti. in illis ver-
C bis: *Exceptio non numeratæ pecuniæ, certa die non delata prius querela, euaneſcat.*

Tertiò ex l. in contractibus, eod. titu. vbi Imperator: *In contractibus, in quibus pecunia, vel alia res numerata, vel data eſſe conſcribuntur, non intra quinquennium (quod antea conſtitutum erat) non numeratæ pecuniæ exceptionem obijcere poſſit, qui accepiſſe pecunias, vel alias res ſcriptus ſit vel ſucceſſor eius, ſed intra ſolum biennium continuum, vt eo lapſo, nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci poſſit.*

Si nullo modo pecuniæ non numeratæ querela introduci poteſt. Ergo nec introduci poterit eam ob cauſam, quòd quis dicat ſe probare velle numerationem factam non eſſe, & aduerſarium dolo facere, quod exigat.

Quartò probatur ex §. 1. inſtit. de litterarum obligationibus, his uerbis: *Planè ſi quis debere ſe ſcripſerit, quod ſibi numeratum non eſt, de pecunia minime numerata, poſt multum temporis, exceptionem opponere non poteſt.* Et pau-
D lo poſt: *Multum autem tẽpus in hac exceptione antea quidem ex principalibus conſtitutionibus vſque ad quinquennium procedebat, ſed ne creditores diutius poſſint ſuis pecunijs forſitan defraudari, per conſtitutionem noſtram tempus coarctatum eſt, vt vltra biennij metas huiuſmodi exceptio minime extendatur.*

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ ita reſpondeo. Doli exceptionem perpetuã eſſe, ſed hoc in caſu, non eſſe perpetuam, quia nihil aliud cõtinet effectu, quàm pecuniam numeratam non fuiſſe, quę quidem pecuniæ non numeratæ exceptio, cum poſt biennium opponi non poſſit, nec doli mali exceptio ad eundem finẽ reſpiciens, opponi poterit. Quare tex. in d.l. ſi ex cautione, eodem iure cenſere videtur, tam exceptionem doli hoc in caſu, quam exceptionem non numeratę pecuniæ, ut patet ex illis verbis: *Oppoſita, ſine doli, ſeu non numeratæ pecuniæ*, &c.

Ad ſecundum argumentũ, ex l. qui pecuniã, reſpondeo,

deo, in poteſtate debitoris eſſe, ne ſe obſtringat creditori futuro, ſi pecuniam nõ accipiat, & nullum chirographũ confeſſionis de recepta pecunia conſcribat. Nam ſi chirographo ſe obliget, nec intra annum querelam non numerate pecuniæ obijciat, nullo modo poſt illud tempus elapſum eam obijcere poterit, vt patet ex legibus ſupra allegatis, quibus non repugnat Iuriſc. in d. l. qui pecuniam. Immò nullum verbum facit de tali exceptione non numeratæ pecuniæ.

CAPVT LXXXII.

Vtrum iure canonico inſpecto, poſt biennij lapſum opponi poſſit exceptio non numeratæ pecuniæ.

CAeterum ex æquitate iuris canonici, etiam poſt biennium elapſum opponi poſſe exceptionem nõ numeratæ pecuniæ reſponderunt Dyn. in reg. Locupletari, de reg. iur. lib. 6. Ang. in conſ. 156. D. Angelina, Rom. in conſ. 44. & ibi Mandoſ. in addit. Marſ. ſing. 463. Imola in c. fin. nu. 32. de ſolut. Felyn. in c. ſi cautio, nu. 61. de fide inſt. Dec. ad l. iure naturæ, nu. 5. de reg. iu.

Fundamentum eſt, in reg. Nemo locupletari debet cum aliena iactura, d. c. locupletari, de reg. iur. lib. 6. item nulla præſcriptio currit cum mala fide, c. vlt. de præſcr. hic autem mala fides patet creditoris, ſi pecuniam non numerauerit.

Sed iſtis aduerſantur, Spec. tit. de teſtit. in integr. §. 1. nu. 25. Arch. in c. ſi quis epiſcoporum, 3. q. 6. Bald. ad l. cũ quis, nu. 22. C. de iuris & facti ignorantia. Iaſ. ibi. nu. 28. Pet. Duenas, reg. 261. nu. 12. Hippol. Rim. in conſ. 272. num. 20. lib. 3.

Fundamentum eſt in eo, q nulla ſit conſtituenda differentia, atque inducenda diſſenſio inter ius canonicum & ciuile, niſi quatenus ſacris canonibus expreſſum ſit, argumento eorum, quæ habentur in c. 1. & 2. de op. no. nun. Cum ergo iure ciuili verius ſit, exceptionem iſtam opponi non poſſe poſt biennium, vt in ſuperiori capite demonſtratum eſt, idem quoque iure canonico ſtatuendum eſſe videtur, cum nullibi cõtrarium conſtitutũ ſit.

Ego poſteriori ſententiæ accedo, ſi mala fides abſit. Nam ſi creditoris mala fides appareat, exploratum habeo, eum præſcriptione biennali iuuari non poſſe, ex generali & expreſſa iuris canonici conſtitutione, quæ omni prorſus derogat præſcriptioni, ſi mala fides ſubſit.

Quòd verò dicitur neminem locupletari debere cum aliena iactura, parũ valet in materia præſcriptionis temporis à lege cõſtituti. Nam cum iuſtas ob cauſas ad Reipub. vtilitatem pertinentes, certum tempus ad aliquid agendum lex præfigit, eo elapſo beneficium legis ceſſat in ſuperius habita iuris regula: nemo locupletari debet cum aliena iactura, &c.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat, vbi quis ante chirographum confeſſionis ſe pecuniam accepiſſe profitetur.

SI hodie Titius chirographo profiteatur, ſe mutuo ante annum accepiſſe à Titio certam pecuniæ quantitatem, vtrum locus ſit exceptioni non numeratæ pecuniæ intra biennium, non eſt eadem omnium ſententia. Etenim locum non eſſe exiſtimauit gl. in l. in cõtract. in verbo, aliæ res. ibi. Item hoc intellige, C. de non num. pec. Alb. in l. generaliter, C. eo. tit. Soc. ſen. ad l. 2. §. appellata, ff. ſi certum pet.

Cæterum affirmant cõpetere Cyn. in d. l. generaliter, Rom. & Dec in d. §. appellata, Aret. in §. idem iuris, nu. 23. inſt. de exceptionibus. Ant. Gomeſ. variar. reſol. iuris tit. de contractu mutui, c. 6. nu. 4.

A Prioris ſententiæ argumenta ſunt hæc. Primum ex l. aduerſus, C. de non num. pecun. vbi Imperator: *Ignorare non debes, non numeratæ pecuniæ exceptionem ibi locũ habere, vbi quaſi credita pecunia petitur. Cum autem ex præcedente cauſa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cauebatur, numerata ſit, ſed an iuſta cauſa debiti præceſſerit.*

Secundũ eſt ex l. generaliter, C. eo. tit. *Generaliter ſancimus,* ait tex. *vt ſi quid ſcriptis cautum fuerit, pro quibuſcumque pecunijs ex antecedente cauſa deſcendentibus, eamq; cauſam ſpecialiter promiſſor edixerit, non iam ei licentia ſit, cauſæ probationem ſtipulatorem exigere, cum ſuis confeſſionibus acquieſcere debeat.*

Tertium argumentum eſt huiuſmodi. Exceptio non numeratæ pecuniæ ideo debitori competit, quia præſumitur, ſub ſpe numerationis futuræ confeſſus ſe accepiſſe. Sed hoc in caſu non habet locum hæc præſumptio, quia debitor fatetur ſe iam antea pecuniam accepiſſe, er-

B go hoc in caſu exceptio ceſſat.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, quia leges generaliter concedunt, exceptionem iſtam non numeratæ pecuniæ intra biennium, nec diſtinguunt, quomodo quis confiteatur ſe pecuniam accepiſſe.

Item, quia nulla afferri poteſt differentiæ ratio, ſiue quis ſimpliciter in chirographo fateatur ſe accepiſſe pecuniam, ſiue confiteatur ſe accepiſſe, longè ante chirographum. Immò confeſſio ſimpliciter facta refertur ad tempus præteritum, ſcilicet ante confeſſionem elapſum.

Huc accedat, quòd eadem facilitate, qua quis confitetur ſe ſimpliciter accepiſſe, quod non accepit, confitebitur etiã ſe accepiſſe longè ante chirographum. Ideo verò que caſu videtur dicẽdum, exceptionem competere, adiuuariq; poteſt hoc argumentum ex eo, quod reſpondit Bart. ad l. ſi ex cautione, nu. 2. C. de non num. pec. quem ſequitur Felyn. in c. ſi cautio, num. 51. de fide inſtrum. & Iaſ. in l. qui pecuniam, nu. 1. ff. ſi certum pet. Reſpondit

C Bar. competere iſtam exceptionem, licet in chirographo quis dixerit, ſe pecuniam accepiſſe, & chirographum tale conſcripſiſſe, non ſub ſpe futuræ numerationis, quia eadem facilitate inductus eſſe videtur, ad illa verba adijcienda.

Quibus rationibus adductus, huic poſteriori ſententiæ magis accedo: cui ſane non obſtant argumenta prioris ac diuerſæ ſententiæ. Etenim, leges allegatæ in primo & ſecundo argumento, loquuntur de alia ſpecie longe diuerſa & abſimili, nempe, cum quis confitetur ſe debitorem eſſe alterius ex alia cauſa præcedente, vt puta, ſi quis in chirographo fateatur, ſe Titio debere centum, quę ante annum nomine depoſiti accepit, vel quę ante annum ex cauſa emptionis pręſtare tenebatur. Hoc in caſu non inquiritur, an pecunia numerata ſit, ſed an cauſa vere pręceſſerit, nec ne, & confeſſioni ſtatur, donec contrariũ doceatur. Hæc eſt ſententia dictarum legum.

Ad tertium argumentum reſpondeo, etiam hoc in ca-

D ſu debitorem ita confiteri, ſpe futuræ numerationis. Quid enim refert, vtrum quis fateatur ſe accepiſſe pecuniam, vel ante annum accepiſſe? Vtroque caſu tempus præteritum deſignat. Neque vero lex impoſita eſt verbis, ſed rebus, l. 2. C. commun. de leg.

CAPVT LXXXIV.

Si lege municipali cautum ſit, certas dumtaxat exceptiones contra inſtrumentum opponi poſſe, vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ opponi poſſit?

LEgibus municipalibus, quę ſtatuta ciuitatum vulgo appellamus, plerumque ita conſtitutum eſt, vt aduerſus inſtrumenta publica, certæ quædam dumtaxat exceptiones opponi poſſint, vt puta, ſolutionis, cõpenſationis, rei iudicatæ, & ſimiles Quamobrem, contrCatchword: trouerti

trouerti ſolet, an exceptio non numeratæ pecuniæ, videa- A tur excluſa; & videri reſpondit Bal. in l. pecuniæ, C. de ſolut. nu. 4. & in l. 3. C. de poſtulando, in vlt. col. cuius fundamentum eſt in ipſis verbis ſtatuti, quod dum certas quaſdam exceptiones reſeruat, cæteras omnes excludere videtur, l. cum prætor, ff. de iudicijs.

Cæterum non videri, reſponderunt Cyn. ad l. in contract. C. de non numer. pecun. Iaſ. ad l. qui pecuniam, nu. 7. ff. ſi certum petatur. Fel. in c. ſi cautio, num. 47. de fide inſtru. Ant. Gomeſ. varia. reſol. tit. de contract. c. 6. nu. 3. & ibi Soarez, in addit.

Et iſtis ego aſſentior. Nam eiuſmodi exceptio non numeratæ pecunię, ineſt ipſi obligationi & cõfeſſioni, quia lex præſumit confeſſionem factam ſpe futuræ numerationis, & intra biennium exceptionem concedit, quare nunquam à lege municipali talis exceptio cẽſeri debet excluſa: quemadmodum, nec ſi quis iureiurando fateatur ſe accepiſſe, impeditur quo minus excipere poſſit, l. ult. C. de non numer. pec. neque enim conſentire videtur obliga- B tioni, qui confitetur ſe accepiſſe, niſi pecunia numeretur, conſequenter iniuſtum eſſe ciuitatis ſtatutũ, quo ea exceptio reijceretur; non eſt autem ea interpretatio accipienda, quà quiſpiam iniuſtè opprimatur, qua lex iniquitatis arguatur, & mereatur à ſapientibus reprehendi, vide Menoch. de arbit. iud. caſu. 199. ex quibus confutatur argumentum contrariæ opinionis.

CAPVT LXXXV.

Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ eodem modo concedatur ei, qui teſtibus præſentibus ſe confeſſus eſt accepiſſe pecuniam, quo ſe chirographo obliganti & confitenti concedi ſolet.

VAria ſunt Doctorum placita de quæſtione huius capitis. Etenim, Accurſ. in l. ſi non ſinguli, C. ſi certũ petatur, in eam ſententiam procliuior eſſe vide- C tur, etiam vltra biennium non numeratæ pecuniæ exceptionẽ cõpetere, vbi chirographũ debitoris nõ apparet.

Bartolus autem ad l. ſi ex cautione, C. de non numerata pecun. docet competere huiuſmodi exceptionem, ſiue chirographum extet, ſiue non extet, reprobata Accurſij ſententia, & ſicut ego interpretor intra biennium competere, non autem biennium.

Angel. Aret. in §. idem iuris, nu. 22. Inſt. de exceptionibus refert aliorum ſententiam, & Accurſium ſequi videtur.

Alciatus denique ad l. qui pecuniam, circa finem, teſtatur communem eſſe ſententiam doctorum, quam & ipſe amplectitur, non numeratæ pecuniæ exceptionem competere, ſiue chirographo contineatur debitoris confeſſio, ſiue teſtibus duntaxat probetur, ita tamen, vt poſt biennium debitori onus probandi incumbat, pecuniam numeratam non fuiſſe; quę ſententia mihi quoque magis probatur. D

Continet autem duo membra; primum, eo caſu quo chirographum non extat, exceptionem competere, nedum intra biẽnium, ſed etiam poſt biennium. Alterum. Poſt biennium, ſi opponatur onus probandi negationem, hoc eſt, pecuniam numeratam non fuiſſe, debitori incumbere.

Vtrumque ſic probatur; Primum quidem: Nam leges concludentes hanc exceptionem ſpatio biennali, de litterarum obligatione loquuntur, ut patet in Inſt. de litterarum obligatione, & alibi. Hæc autem non eſt litterarum obligatio, vt patet. Ergo biennali tempore non eſt concludenda, ſed potius moderanda eſt ſecundum alias iuris regulas, quæ de confeſſione facta præter cauſam litterarum obligationis loquũtur: inter quas illa eſt præcipua, vt quandocunque liceat de errore docere confeſſionis factæ, l. generaliter, C. de non numer. pec. l. error, C. de iuris & facti ignorantia.

A Alterum vero membrum ſic probant; nam qui allegat confeſſionis ſuę errorem, eum probare debet, cũ ſuis confeſſionibus acquieſcere debeat, vt in d. l. generaliter, & declarat optime Iaſon. in d. l. error, C. de iuris & facti ignoran. & ex communi ſententia Ant. Gabr. commun. concl. ti. de confeſſ. concl. 5.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum inter mercatores locus ſit exceptioni non numeratæ pecuniæ. & vtrum, ſi iuramentum obligationi acceſſerit, neceſſaria ſit abſolutio, vt ea exceptio opponi poſſit.

CVm inter Mercatores ſumma vigeat æquitas, iuris autem apices, & ſubtilitates locum non habeant, meritò diſputari non poteſt, nec locum habere nõ num. pecun. exceptionem, ex traditis per Bald. in l. fru- B ſtrà, C. de non num. pec. Iaſon l. in ſingularia, & in l. qui pecuniam, ff. ſi certum pet. & in l. cum quis nu. 17 C. de iuris & facti ignor. & per gloſ. in §. argentariorum, in authen. de fideiuſſor.

Sed iſtis non obſtãtibus, contraria ſententia mihi magis probatur; quam defendit eleganter Bẽuenutus Stracca, de Mercatura, tit. quomodo in cauſis mercatorũ procedendum ſit, nu. 9. authoritate legum generaliter loquẽtium, nec mercatorum cauſas excipientium; & ego confirmo eo argumento, quod hæc litterarum obligatio, ex mercatoribus originem traxit, ſicuti eleganter explicat Alcia. in l. qui pecuniam, nu. 8. ff. ſi cer. pet. quamobrem & conſequens eſt, non numer. pecu. exceptionem, ex eodem fonte ortam cenſeri; neque vero ab æquitatis ratione aliena eſt hæc exceptio, cum æquitas id poſtulet, ut quod quis non numerauit, exigere non audeat, licet ſyngrapham debitoris acceperit.

Sed ſi iuramentum acceſſerit, promiſſioni debitoris & C obligationi, nonnulla eſt controuerſia, vtrum abſolutio neceſſaria ſit, vt exceptio iſta poſſit opponi. Etenim Bal. cenſuit non eſſe neceſſariam, in l. vlt. C. de non num. pec. quem ſecutus eſt Corn. in conſ. 11. col. 7. lib. 3.

Sed contrarium docet nouiſſimè Seraph. Senenſ. de priuilegijs iuramenti, priuil. 60. num. 18. eiuſdem ſententiæ citans Gratum reſponſo 3. lib. 1. authoritate tex. in c. venerabilem, de electione, in illis verbis: *nec valet ad plenam excuſationem ipſius, ſi iuramentum illud dicatur illicitum, cùm nihilominus ſuper eo nos prius conſulere debuiſſet, quam contra ipſum propria temeritate venire* &c.

Sed certè infirmum eſt hoc argumentum vt videtur, quia S. Pontifex loquitur in dubio, cum ſcilicet incertum eſt & dubium, vtrum iuramentum ſit licitum, nec ne, non debet enim quiſpiã illud propria authoritate violare, ſed Summum Pontificem conſulere, quæ res longè eſt abſimilis à ſpecie, de qua agitur. Neque enim dubitari poteſt, quin debitori iuramentum ſit licitum in hac ſpe- D cie, ſed non proinde ſequitur abſolutionem eſſe neceſſariam, quandoquidem huiuſmodi iuramentum tacitè eã conditionem habet, ſi pecunia fuerit numerata: antequam numeretur, exceptioni locus eſt, vt in l. vlt. C. de non num. pec. quare cum præter conſenſum iurantis iuramentum obligare non poſſit, & hoc in caſu debitoris conſenſus non adſit, niſi pecuniæ numeretur, ſequitur, ante numeratam pecuniam, iuramentum non obligare, & per conſequens, abſolutione opus non eſſe, quare Baldi & Cornei ſententiam probabiliorem eſſe exiſtimo, contrariamque ſententiam valere iubeo.

CAPVT LXXXVII.

Ex chirographo confeſſionis, quenam creatur obligatio, & quando, & vtrum ciuitati perpetuo competat exceptio non numeratæ pecuniæ.

EX chirographo confeſſionis oriri tantum ciuilem obligationem ſunt qui exiſtiment, alij ciuilem & naturalem, alij nullam oriri cenſent, vbi ſcilicet numeratio non intercedit, Vide Angel. Aret. in §. idē Iuris, nu. 10. in Inſtit. de except. Eguinarium Baronem in Comment. in Inſt. de litterarum oblig.

Ego puto poſt biennium ciuilem, & naturalem obligationē oriri, non ea ratione, quod ſyngrapha debitoris, obligationem inducat, ſed quia lex præſumit pecuniam numeratam fuiſſe, cum plerunque non ſolent debitores ex ſyngrapha obligati, tamdiu, ſi pecuniam vere non acceperint, tacere, & exceptionem nō opponere ſicuti optimè deducit Franciſcus Connanus lib. 1. Comment. Iur. B ciu. c. 6. num. 12. & probatur ex verbis Iuſtiniani, in §. 1. in Inſtit. de litterarum obligat. ibi: *Sic fit, vt & hodie, dum queri non poteſt ſcriptura, obligetur, & ex ea naſcatur, condictio, &c.*

Poſtrema controuerſia eſt an ciuitati perpetuò detur exceptio non numeratæ pecuniæ. Affirmant Bald. Ludouic. Rom. & recentiores, ad l. ſi is qui bona, ff. de pignor. eo argumento adducti, quod ciuitas ex mutuo non obligetur, niſi probetur, pecuniam mutuatam in eius vtilitatem fuiſſe conuerſam; vt l. ciuitas, ff. ſi certum petatur.

Sed negat Ripa, in d. l. ſi is qui bona, n. 10. *Quia diuerſa eſt*, inquit, *exceptio non verſionis, ab exceptione non numeratæ pecuniæ. Altera enim contractus nullitatem reſpicit, altera vero validitatem præſupponit: & exceptio illa non verſionis præſupponit numerationem factam.* Sic ille. Sed quandoq; bonus dormitat Homerus, non aduertit Ripa, exceptionem non numeratæ pecuniæ continere exceptionem verſionis nō factæ, & in eo fundamentum com- C munis ſententiæ poſitum eſſe.

Declaro ciuitas ex mutuo non obligatur, niſi verſio probetur in eius vtilitatem facta. Hoc vt probetur, duo requiruntur; Primùm, pecuniam fuiſſe verè numeratam, deinde, inſumptam fuiſſe in vſus ciuitatis. Quare ſi perpetuo tueri ſe ciuitas poteſt, exceptione verſionis non factæ, multo magis defendere ſe poterit, non numeratæ pecuniæ exceptione. Vbi enim numeratio facta nō eſt, nec verſio probari poteſt. Quod ſi creditor probata numeratione verſionem quoque probare debet, exceptione ſcilicet oppoſita, multo magis probare tenebitur numerationem factam, eadem ciuitate excipiente numeratam non fuiſſe. Eandem ſententiam nouiſſimè ſecutus eſt Petrus Nicolaus Mozius, tract. de contract. tit. de Mutuo. §. Venio ad primam columnam, poſt nu. 18.

CAPVT LXXXVIII.

Vtrum ſi debitori dilationē ad ſoluendū datam creditor prorogauerit, ignorante fideiuſſore, liberetur fideiuſſor.

MAgna eſt Doctorum diſſenſio, vtrum fideiuſſor liberetur, ſi creditor debitori tempus ad ſoluendum datum prorogauerit ignorante fideiuſſore. Etenim liberari affirmant Spe. in tit. de fideiu. §. 1. uer. Illud autem quæritur, & ibi Ioan. Andr. Ant. Butr. in ca. conſtitutus, de fideiuſſor. & in c. 1. de officio delegati. Felyn. in ca. pide cauſis. col. 3. eod. tit. Natta in conſ. 202. nu. 6. Papienſis in forma libell., contra plures reos debendi, & ſolutionem facere recuſauerunt, in fine.

Argumenta ſunt illa. Primum ex l. item quæritur, §. qui impleto, ff. locati, ubi iuriſconſultus: *Qui impleto tempore conductionis remanſit in conductione, non ſolum reconduxiſſe videbitur, ſed etiam pignorum videtur durare obligatio, ſed hoc ita verum eſt, ſi non alius pro eo in priore* A *conductione res obligauerat, eius enim nouus conſenſus erit, neceſſarius.*

Secundum eſt ex l. ſi cum Hermes, C. eod. tit. *Si cum Hermes*, inquit, *vectigal, Octauerium in quinquennium continuum conduceret, fidem tuam obligaſti, poſteaque ſpacio eius temporis expleto, cum idem Hermes in conductione, vt idoneus detineretur, non conſenſiſti, ſed cautionem liberari poſtulaſti, non oportere te de poſterioris temporis periculo adſtringi, competens iudex non ignorabit.*

Sed contrariam ſententiam habuerunt Ancharanus, & Imola, in d. c. conſtitutus, Bald. Angel. & Alex. in l. ſi vnus, §. ſi cum reo, ff. de pact. Iaſ. ad l. 1. nu. 18. C. de iudicijs. Ant. Gomeſ. variar. reſol. lib. 2. c. 13. nu. 19. verſ. 6. & vlt. Quamquam ſupradicti diſtinguere videantur; vtrū debitor vſque ad certum tempus fuerit obligatus, & ei fideiuſſor acceſſerit; an vero obligatus fuerit ſimpliciter, vt priore caſu fideiuſſor liberetur tempore prorogato debitori, poſteriore non liberetur, quemadmodum diſtin- B guunt etiam idem Iaſ. in l. lecta, nu. 9. ff. ſi cer. pe. & ibid. Decius, nu. 13. Alciat. nu. 52. Cagno. nu. 99. Couar. alios citans ad Rubr. de pactis, in princip. nu. 6 verſic. quarto apparet fideiuſſorem; & nouiſſimè, alios quamplures cōmemorans Anton. Teſſaurus dec. Pedemon. 125. & hæc ſententia videtur mihi veriſſima, licet Iacob. de S. Georgio, alia vtatur diſtinctione, ad cuius argumentum poſtea reſpondebitur.

Primum membrum huius ſententiæ probatur ex duabus legibus, quæ pro priore ſententia allatæ ſunt. Quibus accedant l. Lucius, §. Paulus, ff. de adminiſtr. tuto. & l. Labeo, §. ſi per fideiuſſorem, ff. de arbitris.

Poſterius autem membrum probatur multis argumentis, quibus Iaſon vtitur, in d. l. 1. nu. 18. C. de iudicijs. Sed illud potiſſimum me mouet, quod cum debitor certo tempore ad ſoluēdum obſtrictus eſt, etiam elapſo illo tempore tenetur, etſi non ſoluat, dicitur eſſe in mora, nec fideiuſſor liberatur; ſi ergo tempus ei prorogetur, hoc tantū effi- C citur ea prorogatione, vt in mora eſſe non dicatur, nec ipſe, nec fideiuſſor eius, & ad hoc tendit ipſa prorogatio, quæ proinde nec nocere creditori debet, nec ad alium finem trahi, præſertim, cum hodierno iure, nouatio minimè inducatur ex temporis prorogatione, vel aliter, niſi expreſſè dicitur, l. vlt. C. de Nouationibus. Et declarant optimè Caſt. ad l. pen. ff. de prætorijs ſtipul. & Iaſ. ad l. 1. §. & poſt operis, nu. 97. ff. de operis noui nunciatione.

Cæterum Iacob. de S. Georgio, in loco ſuperius annotato vtitur alia diſtinctione: *Aut enim creditor*, inquit, *ſimpliciter tempus creditori prorogauit, aut noua ſtipulatione intercedente, qua ſcilicet debitor eidem promiſit pecuniā debitam reſtituere tempore prorogato. Priore caſu fideiuſſor nō liberatur, poſteriore vero liberatur. Ratio eſt: quia nouatione facta, fideiuſſor aut ipſo iure, aut ope exceptionis liberatur, l. vbicunque ff. de fideiuſſor. Sed nouatio inducitur ex temporis prorogatione, l. penul. ff. de prætor. ſtipulat.* ergo &c.

Reſpondeo ex lege Iuſtiniani, nouationem non indu- D ci ex temporis prorogatione, quicquid olim conſtitutum eſſet, id patet ex d. l. vlt. C. de Nouation. ibi: *Vel conditionem, ſeu tempus addiderit, vel detraxerit*, &c. *Ex quo veteris iuris conditores introducebant nouationis, nihil penitus prioris, cautelæ innouari*, &c.

Maneat igitur ſententia ſupradicta, quæ veriſſima eſt, & communiter recepta.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum minor læſus in pretio rei venditæ, reſtituendus ſit in integrum, aduerſus venditionem, an vero res vendita retineri poſſit ab emptore, ſi iuſtum pretiū ei ſupplere velit.

SI minor læſus fuerit in pretio rei venditæ, cōtrouertitur, an ſit in integrū reſtituendus, reſcindendaq; venditio, an vero ſufficiat, ſi emptor iuſtū pretiū ſuppleat. Et quidē in integrū reſtituendū eſſe, & ſic reſcindendam

eſſe

eſſe venditionem, ac rem reſtituendam cenſuerunt Pet. & Cyn. in l. ſi quidem, C. de prædijs minor. Caſtr. ad l. nó intereſt, nu. 4. C. de his quæ metus cauſa. Pinell. ad l. 2. in 3. par. c. 1. num. 21. C. de reſcin. vend. Natta in conſ. 548. nu. 32. & quidam alij, quos commemorat Octauianus Simoncellus, de decretis, lib. 3. tit. 7. nu. 13.

Argumenta verò ſunt iſta. Primum ex d. l. ſiquidem, C. de prædijs minor. in illis verbis: *Si vero iure interpoſito decreto venditionem vili pretio eius poſſeſſionis, cuius pretiũ ignorabat, fecit, iuxta perpetui edicti authoritatem in integrum reſtitutio, cauſa tamen cognita, præbetur.*

Secundum argumentum eſt ex l. quod ſi minor. §. reſtitutio, ff. de minoribus in illis verbis: *Itaque ſi in venden do fundo circumſcriptus reſtituetur, iubebit prætor emptorem fundum cum fructibus reddere, & pretium recipere.*

Tertium eſt ex l. patri, §. item ex diuerſo, ff. eo. ti. ibi. *Si minore pretio quam oportuit, vendiderit adoleſcens, emptor quidem iuberi debebit prædia cum fructibus reſtituere,* &c.

Sed contrariam ſententiam amplexi fuere gloſ. Bart. Salic. & Bald. in d. l. ſiquidem. gloſ. & Albet. in l. patre, §. ſi pecuniam, ff. de minor. Barto. & Iacob. ad l. ſi res, §. ſi mulier, ff. de iure dotiũ. Et quamplures alij, quos refert & ſequitur Sfortia Oddus, de reſtitutione in integrum. q. 57. art. 4.

Argumẽta ſunt duo potiſſimũ. Primũ ex d. l. ſi res, §. ſi mulier, in illis verbis: *Enimuerò, ſi in æſtimatione modo circumuẽta eſt, erit arbitrium mariti, vtrum iuſtã æſtimationẽ, an potius ſeruum præſtet,* &c. Et paulò infra: *Idemque & in minore circumuenta, Marcellus probat,* &c.

Secundum argumentũ eſt huiuſmodi. Reſtitutio tantum minori præſtat, quantum ei abſtulit læſio, l. quod ſi minor, §. reſtitutio, ff. de minor. Sed læſio fuit circa pretium, ergo ſi pretium iuſtum minori refundatur, ſatisfactum eſſe videtur reſtitutioni. Ego priori ſententiæ magis accedo, quam confirmo ex c. 1. de in integrum reſtit. ibi: *Requiſiuit à nobis tua fraternitas, quid agendum ſit de poſſeſſionibus, laicis ſub modico cenſu conceſſis. Nouerit itaque, quod ſi Eccleſia læſa eſt,* &c. Et paulo poſt: *Et Eccleſia iure minoris debeat ſemper illæſa conſeruari, quæ in damnum eius data conſtiterit, ad ipſius conuentus ius & proprietatem redire.*

Non obſtant argumenta contrariæ opinionis. Nam quod attinet ad primum, illud ſpeciale eſt inter virum & vxorem, de rebus in dotẽ datis, vt patet ex d. lege, neq; enim conuenit ita facile inter coniuges reſcindi ea quæ geſta ſunt, ſi modo indemnitati mulieris ſuccurratur.

Cæterum, in alijs leges ſunt apertæ, quibus conſtitutum eſt, rem venditam reſtituendam eſſe minori, & contractum reſcindendum. Porro quod textus dicit: *Idemq; in minore circumuenta Marcellus probat,* de muliere minore circumuenta accipiendum eſt circa dotem.

Ad ſecundum autem argumentum reſpondetur, vt tantum minori reſtituatur, quantum ei abſtulit læſio, fundum eſſe reſtituẽdum vna cum fructibus, ſicut declarant Iuriſconſulti, in dictis legibus allegatis, & patet euidenter: Nam ſi dumtaxat iuſtum pretium emptor ſolueret, non ex eo tantum haberet minor, quantum habuiſſet ſi non vẽdidiſſet, habuiſſet enim rem & fructus, iã vero pretiũ rei duntaxat cõſequitur, & nullos fructus.

Quod ſi contractus reſcindatur, & res minori reſtituatur, tunc in integrum reſtitutus eſſe videbitur, & omnis diſputatio auferetur.

Quamobrem, & Iuriſconſultus in d. §. reſtitutio, poſt quam dixit: tantum reſtitutionem afferre, quantum abſtulit læſio, ſubdit: *Itaque, ſi in vendendo fundo circumſcriptus reſtituetur, iubebit prætor emptorem fundum cum fructibus reddere, & pretium recipere.*

CAPVT XC.

Controuerſia aliquot de certi condictione, ad interpretationem l. certi condictio, ff. ſi certum petatur.

A Reſpondit Vlpianus in l. certi condictio, ff. ſi certũ pet. certi condictionem competere, etiam ex cauſa legati, & ex lege Aquilia, ſed quia legis Aquiliæ actio ita comparata eſt, vt ex rei negatione in duplum ſequatur condemnatio, l. contra negantem, C. de lege Aquilia, diſputatio naſcitur, an & certi condictio ex lege Aquilia dupli condemnationem contineat. Et non eſt eadem omnium ſententia. Nam Accurſ. quidem Bart. Bald. Caſtr. Alex. Iaſ. Dec. Et Alc. in comment. dictæ legiſ, negant, ſed Zaſius lib. 1. ſing. reſponſ. c. 14. contrariũ docet, non rectè, iudicio meo.

Fundamentum communis ſententiæ, negantis ad duplum competere, poſitum eſt in l. item veniunt, §. cum

B prædiximus, ff. de petitione hæreditatis, vbi text. dicit: *In hæreditatis petitione actiones omnes hæreditarias venire, & ideo actionem etiam ex lege Aquilia non tamen cum ſuo incremento, licet enim ex inficiatione creſcat, ad ſimplum tamen dabitur.* ſic Iuriſconſultus. Vnde, ex eo reſponſo colligitur, idem eſſe ſtatuendum in certi condictione, quæ ex lege Aquil. datur, vt ſcilicet non detur cum ſuo incremento, ſed ad ſimplum tantum.

Zaſius vero ſic argumẽtatur, vt imprimis demõſtret, textum in d. §. cum prædiximus, nil probare: Nam cur in petitione hęreditatis, duplum actor conſequi non poſſit, illam eſſe rationem diſputat, quod ad hæredem nil aliud tranſeat, niſi ius, quod defunctus habuit. Defunctus autem non habuit ius conſequendi duplum, ſed tantum ſimplum, quia nondum inſtituta erat actio ex lege Aquilia, ante mortem defuncti. Conſequenter nec inficiatio locum habuerat.

Secundo, affert tex. in d. l. certi condictio, §. cum præ-

C diximus, ac illud perpendit, quod ſimpliciter Iuriſconſultus tradit ex lege Aquilia certi condictionem competere, nec ad ſimplum eam reſtringit.

Tertio argumentum affert huiuſmodi; ſi quis agat condictione ex lege Aquilia, tolluntur omnes aliæ actiones ex eadem cauſa competentes, l. duobus, §. exceptio, ff. de iureiurando; ergo negante reo, nunquam actor duplum conſequetur, non enim ex condictione, ſi vera ſit communis ſententia, non etiam ex lege Aquilia, quia actio ex ea competens, ſublata eſt; hoc autem eſt abſurdum, ergo & abſurdum eſſe videtur, quod communis ſententia docet, nempe, ad duplum certi condictionem ex lege Aquilia non extendi.

Reſpondeo ad primum, ius dupli conſequendi defuncto competiiſſe, ſi non actu, ſaltem potentia, vt loquuntur Scholaſtici doctores, nam cum haberet actionem ex lege Aquilia, conſequens eſt, vt & ius ad duplum conſequendum haberet, ex negatione rei conuenti, & ſic ad

D hæredem tranſiret, ac in petitione hæreditatis comprehẽderetur. Sed quia petitio hæreditatis hoc reſpectu ſubrogata eſſe videtur loco actionis ex lege Aquilia, Iuriſcõſultus reſpondit in d. §. cum prædiximus, ſubrogatã quidem eſſe, ſed tamen non cum incremento, quod ex inficiatione proficiſcitur, id enim non eſt proprium petitionis hæreditatis.

Ad ſecundum argumentum ita reſpondeo, licet Iuriſconſultus in d. l. certi condictio, ſimpliciter affirmet certi condictionem competere, etiam ex lege Aquilia, nihil tamen proponitur, cur interpretatione illud ita accipiendũ non ſit, quemadmodum in hæreditatis petitione conſtitutum eſt, vt ſcilicet abſque incremento detur.

Ad tertium reſpódeo, actorem ſibi imputare debere, cur non elegerit actionem ex lege Aquilia potius, quam certi condictionem, quoties enim plures actiones competunt, vnam eligere actor debet, l. quod in hærede, §. eligere, ff. de tributoria. Si non eligat meliorem, ſibi

 impu-

imputet, nec dicat abſurdum eſſe, q̃ ab alia excludatur. A

Altera eſt controuerſia, vtrum certi condictio competat ad intereſſe. Affirmant competere Bart. & gloſ. hoc in loco, Caſtr. nu. 8. Alex. nu. 16. Socin. nu. 25.

Quorum illud eſt fundamentum, quòd certi condictio ex lege Aquilia competat, & ſic ad damni emendationem, quod nihil aliud eſſe videtur, quã intereſſe damnum paſſi.

Sed contraria ſententia videtur mihi veriſſima, quam eodem in loco ſecuti ſunt Cuma. Fulgoſ. Alber. Iaſ. Dec. Alciat. & Zaſ.

Probatur eo argumento, quia ad id, quod intereſt, incerti condictio competit, vt patet ex l. vlt. ff. ſi quis in ius vocatus, nõ ierit, & ex l. 3. ibi, incertæ actionis, C. de inutil. ſtipul. ſi competit incerti condictio, ergo non certi.

Nec obſtat quòd ex lege Aquilia competere dicatur: quia intelligitur, ſi certa quantitas exprimatur. Nam certi condictio competit ex omni cauſa, ex qua certum petitur, certum autem dicitur, quod apparet, quid, quale, & quantum ſit, l. certum, ff. eo. ti. Intereſſe autem incertum eſt, vt ex probationibus teſtium, quid, & quantum ſit, declaratur, vt proinde certa quantitas in actione inſtituta comprehendi non poſſit. B

Sed nec illa eſt prętermittenda controuerſia, olim agitata inter Citramontanos & Vltramontanos, hoc eſt, inter doctores Gallos & Italos, vtrum ſcilicet pro mutuo competat certi condictio ſpecialis; nam Barto. affirmat, quem cæteri doctores Citramontani ſequuntur, in comment. d. l. certi condictio. Sed Petr. à Bellapertica & cæteri antiquiores Galli, qb. & Zaſius adſtipulatur, negãt.

Ego Italus, Italorum ſententiam probo. Primò ex §. 1. in inſtitutionib. Quibus modis re contrahitur obligatio. *Ex eo contractu, inquit, mutui, naſcitur actio, quæ vocatur certi condictio.*

Secundò ex §. ſequens, in inſt. de actio. ibi: *Earum verò actionum, quæ in perſonam ſunt, eæ quidem, quæ ex contractu naſcuntur, ferè omnes rei perſequendæ cauſa comparatæ videntur, veluti quibus mutuam pecuniam, vel in ſtipula um pecuniam petit actor,* &c. Illa verba, *quibus mutuam pecuniam,* &c. indicant plures actiones pro mutuo dari, & ſic nõ ſolum generalem, ſed etiam ſpecialem certi condictionem. C

Tertiò ex l. 1. ff. de condictio. triticar. ibi: *Qui certã pecuniam numeratã petit, illa actione vtitur, ſi certũ petetur.*

Quartò mutuum contrahitur iiſdem modis, quibus indebitum, §. 1. in inſtit. Quibus modis re contrahitur obligatio. Præclarè Cuiacius lib. 8 Obſeru. capit. 34. Sed pro indebito competit ſpecialis actio, ſcilicet, condictio indebiti, ergo & pro mutuo.

Quintò. Contractus nominati actionem ſpecialem pariunt, veluti ex empto, locato & ſimilibus, l. iuris gentium, ff. de pact. Sed mutuũ eſt cõtractus noĩatus, ergo.

Sextò. Ex ſtipulatione oritur certi condictio ſpecialis, vt in inſt. de verb. obl. ĩ prin. ergo ſimiliter & ex mutuo.

Septimò probatur ex l. qui mandatũ ſuſcepit, ff. mandati. vbi dicitur. Eum, qui mandato alterius mutuauit, actiones cedere debere, ergo plures ſunt actiones, non vna tantum pro mutuo. D

Non obſtant argumenta contrariæ opinionis, quorũ primum eſt illud, quod agens condictione ex mutuo ſpeciali, eodem modo concludere debeat, quo ageret condictione generali, ergo vnica tantum actio competit. Reſpondeo, ambas actiones ad eundem finem tendere, & hoc in argumento probari, ſed quòd minus ambæ competant, non infertur.

Secundum argumentum. Si certi condictio ſpecialis pro mutuo competeret, & ſimul etiam generalis, nulla eſſet ratio, cur etiam in pro alijs cõtractibus nominatis cõpetere non deberet. Sed pro alijs non cõpetit, ergo nec pro mutuo. Reſpondeo, alios contractus nominatos proprias actiones producere, nec indigere certi condictione ſpeciali, mutuum verò certa cõdictione ſpeciali à legib. adiuuatur, quemadmodum & ſtipulatio, & indebiti condictio.

Tertium argumentum. Cum certi condictio generaliter detur præ omnibus contractibus, in quibus certum petitur, fruſtra exigitur ſpecialis pro mutuo. Reſpõdeo, non fruſtra, quia noſtra intereſt, plures actiones habere, & conſtat non fruſtra ſpecialem hypothecam eum habere, qui & generalem habet. Sed de ſcholaſtica quæſtione, hactenus.

CAPVT XCI.

Vtrum difficultas excuſet debitorem à mora.

Difficultatem ſoluendi non excuſare quantitatis debitorem a mora, exiſtimarunt Bart. in l. quod te, nu. 14. ff. ſi certum petat. Bald. Ang. & Alex. ſequentib. argumentis. Primum eſt ex l. continuus. §. illud, ff. de verb. obli. ibi: *Et generaliter cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoris pertinet,* &c.

Secundum eſt ex l. incendium, C. ſi certum pet. *Incendium ære alieno non liberat debitorem.*

Tertium. Qui non poteſt ſoluere, niſi cedat bonis, in carcerem conijcitur, l. 1. C. qui bonis cedere poſſunt. Sed nemo in carcerẽ conijcitur, niſi ſit in mora, argumẽto l. 3. §. tutores, ff. de ſuſpectis tutor. Ergo difficultas nõ excuſat à mora.

Quartum eſt ex l. mora, §. bonæ fidei, ff. de vſuris. vbi filiusfamilias eſt in mora, qui tamẽ eo tempore nihil habebat, præter bona caſtrenſia vel quaſi.

Quintum ex l. ad diem. ff. de verb. obli. ibi. *Committetur pœna, licet non ſit hereditas eius adita.*

Sextum ex l. vlt. ff. de Nautico fęnore. ibi. *Tamen committi perinde pœna poteſt, ac ſi fuiſſet hæres debitoris.*

Sed contrariam ſententiam ſecuti ſunt antiqui doctores, quorum Bart. mentionem facit, quib. Paul. Caſt. Salic. Fulgoſ. Roman. Aret. Dec. Curt. & Cagnol. in d. l. quod te, nu. 109. adſtipulantur, & ipſe hoc in loco etiam adſtipulor.

Probatur primo hæc ſententia ex moræ definitione, quæ non conuenit in eum, qui propter difficultatem nõ ſoluit, ſic enim deſcribi ſolet, teſte Ripa, in d. l. quod te. *Mora eſt debiti ſoluendi, vel crediti recipiendi improbata dilatio.* vel ſic: *Mora eſt delictum in debito ſoluendo, vel recipiendo commiſſum.*

Secũdo, difficultas excuſat à culpa, l. ſi procuratorem, §. ſi ignorantes, ff. mandati. ergo & à mora, quia ſine culpa mora non pcommittitur, l. ſciendum, ff. de vſur.

Tertiò. Probatur ex l. Thais, §. 1. ff. de fideicõmiſſarijs liber. ibi: *Non quidem imputandum heredi, ſi pro commoditatib. res ſua adminiſtrãda æs alienũ tardius ſoluerit,* &c.

Quartò ex l. diuortio, ff. de negotijs geſtis. ibi: *Non enim è veſtigio in officio delinquit, ſi non protinus res ſuas diſtraxerit, ad pecuniam redigendam,* &c.

Poſtremò probatur ex l. datio, §. ſi per venditorem, ff. de actio. empti. ibi: *Mora autem videtur eſſe, ſi nulla difficultas venditorem impediat, quo minus tradat.*

Ad primum argumentum contrarię ſententię reſpõdeo. Quod dicitur in dicto §. illud, ad moram de qua agitur, ob difficultatem excuſandam non pertinere, ſed ad obligationem ipſam debitoris, quæ inducitur, tamet ſi debitor difficultate opprimatur, vnde & textus dicit, *pertinere ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoris.* Is enim actionẽ habet contra promiſſorem, qui difficultate non obſtante, eidem eſt obligatus.

Ad ſecundum eadem reſponſio valet, quia propter incendium debitor non liberatur, & ſic difficultas obligationem non impedit, neque tollit.

Ad tertium reſpondeo, debitorem, qui non ſoluit ob difficultatem, non ideo excuſari, quo minus in carcerem conijciatur, & ſoluere cogatur, vel bonis cedere, quia vt dictum eſt, difficultas non liberat debitorẽ, nec eũ excu-

ſat

ſat, quò minus ſoluere teneatur, ſed non ſequitur talem A
debitorem, quoad alios iuris effectus. qui ea mora deſcendunt, ab ipſa mora non excuſati propter difficultatem.

Ad quartum reſpondeo, filiumfamilias eo tempore bona caſtrenſia, & quaſi habuiſſe, & alia etiam in certis caſibus.

Ad quintum, & ad vltimum reſpondeo, leges in argumentis allatas loqui ſpecialiter de his obligationibus, quibus dies & pœna eſt adiecta, ac proinde, ſtricto iure cenſentur, ita vt rei difficultas à pęna minimè excuſet.

CAPVT XCII.

Vtrum depoſitum, quod doctores noſtri vocant confeſſionatum, eodem iure cenſeri debeat, quo verum & reale depoſitum.

IN depoſito multa ſunt ſingulariter conſtituta, ſicuti conſtat ex l. ſi quis, & ex lege vltima, & ex alijs legibus, C. depoſiti. Sed vtrū hæc ſingularia locum ha- B
beant in depoſito, quod vocatur à Doctoribus, confeſſionatum, cum ſcilicet quis fatetur ex cauſa depoſiti, ſe rem debere, vel pecuniam, licet vel non acceperit, vel ex alia cauſa acceperit, non eſt eadem omnium ſententia.

Negant enim locum habere Bald. in conſ. 384. li. 1. Socin. ſen. in conſ. 143. lib. 1. Boer. deciſ. 295. nu. 8. Quorum illud eſt præcipuum argu. quod non videtur verum depoſitum, nec leges de tali depoſito loquūtur, ſed de vero & reali depoſito, ut patet ex d. l. ſi quis, C. depoſiti. *Si quis pecuniam, vel aliam rem*, inquit, *per depoſitionis titulum accepit*, &c. Illud verbum, (*accepit*,) ſignificat veram & realem traditionem, ſeu numerationem factam.

*H*uc accedat, quod & in dote reſpondit gloſ. in l. aſſiduis, C. qui potiores in pignore habeantur, in verbo, datæ. Nempe, priuilegia dotis locum habere in dote data tantum, non in alia; & denique, depoſitum verum executionem paratam habere dicitur, vt patet ex d. l. ſi quis, in illis verbis: *Illicò modis omnibus compellatur*, &c. Tale C
aūt depoſitum, de quo agimus, ſola confeſſione debitoris nititur, quæ quidem extra iudiciū facta, paratam non habet executionē, l. certū, §. ſi quis abſente, ff. de confeſſis.

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, quam ſecuti ſunt Paul. Caſt. in conſ. 170. lib. 2. Ang. aretin. in §. præterea, in Inſt. quibus modis re contrahitur obligatio. & alij, quos refert & ſequitur Rolan. à Valle, in conſil. 37. libro 1.

Probatur hæc ſententia. Primum, argumento ſumpto ex l. in contractibus, §. 1. C. de non numerata pecun. vbi dicitur. Exceptionem non numeratæ pecuniæ locum nō habere, in inſtrumentis depoſitarum rerum. Sunt autem talia inſtrumenta cōfeſſionum, in quibus ſcilicet, aliquis ſe ex cauſa depoſiti, debitorem eſſe fatetur, & ſic in tali depoſito idem cōſtitutū eſt, quod in vero & reali depoſito.

Probatur ſecundò. Nam & in depoſito irregulari, ut vocant, cum ſcilicet conuenit, vt non idem, ſed tantundem reſtituatur, ſeruatur tamen idem iuris, quod in ve- D
ro depoſito, quantum ad vſurarum præſtationem, vt in l. Lucius, 24. & in l. ſeq. § 1. ff. depoſiti.

Denique probatur ex communi ſententia doctorum, à ſimili; nam priuilegia dotis locum habere, etiam in dote confeſſata, (ita enim placet vocabulis Scholaſticorum vti, quo res eadem à nobis doceri videatur, non autem diuerſa) vbi lapſum eſt tempus opponendi exceptionem non numeratę dotis, vel renunciatum eſt tali exceptioni, communi ſententia receptum eſt. vide Bart. & alios doctores, in d. l. aſſiduis, Afflict. dec. 402. Couar. lib. 1. variar. reſol. c. 7. ergo & in depoſito idem eſſe ſtatuendum, vt, vbi non numeratæ pecuniæ exceptio opponi non poteſt.

Ad primum arg. contrariæ ſententiæ reſpondeo. Probari ex confeſſione ipſius depoſitarij pecuniam, vel rem traditam & numeratam fuiſſe, ſi pręſupponatur, non numeratæ pecuniæ exceptionem opponi non poſſe: nā confeſſio probat contra confitentem, l. pecuniæ, C. de ſolut. Alex. in conſil. 25. lib. 2. & alij à Rolan. citat. d. conſil. 17. num. 9. lib. 1.

Ad ſecundum reſpondeo, gloſſam illam communiter reprobari, vt dictum eſt.

Ad tertium reſpondeo, hic non agi de ſimplici confeſſione, ſed de confeſſione ex cauſa depoſiti, cum ſcilicet quis fatetur ſe accepiſſe rem ex cauſa depoſiti confeſſio probat depoſitum interceſſiſſe. Depoſitum vero executionem paratam habet, ut ſcilicet depoſitarius illicò modis omnibus rem reddere compellatur. Itaque hunc effectū non producit confeſſio, ſed confeſſionis cauſa, nempè, depoſitum. vnde argumentum ceſſat.

CAPVT XCIII.

Vtrum habens mandatum ad vendendum, vel locandum vel alterius, cenſeatur etiam illud habere ad pretium accipiendum rei venditæ vel locatæ.

EVm qui mandatum habet ad vendendum, vel locādum rem alterius, non habere in conſequentiam ad recipiendum rei venditæ, vel locatæ, reſpondit Ludouicus Roma. ſing. 23. & in conſ. 461. authoritate, l. 1. §. igitur præpoſitio, ff. de exercit. actio. vbi tex. dicit, Præpoſitum à magiſtro nauis ad locandam nauem, exigere nō poſſe vecturas.

Secundò, ex l. ſed ſi tantum, & ex hoc iure utimur, ff. de ſolut. quibus in locis dicitur, procuratorem conſtitutum ad agendum, pecuniam debitam exigere non poſſe.

Tertiò, ex c. Nicolao, de appellatio. vbi dicitur, procuratorem conſtitutum ad impetrandum iudicem, litem inſtituere non poſſe, cum tamen illud ſit præparatorium litis, vt vulgò loquimur.

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, quam ſecuti ſunt Bart. in l. filiæ, ff. de ſolut. Decius in conſi 330. num. 3. Benuenutus Stracca, de mercatura, tit. de mandato, num. 3.

Probatur hæc ſententia ex l. quod ſeruus. ff. de ſolut. in illis verbis: *Sed etſi quis pecuniam dominicā fœneratus eſſet à ſeruo ſi permiſſu domini ſeruus negotium dominicum geſſiſſet, idem iuris eſt. Videtur enim voluntate eius qui cum ſeruo negotium contraherent, & ab eo accipere, & ei ſoluere.*

Reſpondet Rom. Iuriſc. loqui de procuratore generali, qui adminiſtrationi alicuius rei generaliter præfectus eſt, veluti peculij dominici: is enim omnia expedire pōt quæ dn̄s, & ſic mutuare, vendere, pretium accipere, & alia facere, quæ ad talem adminiſtrationem pertinent. Secus in procuratore ſpecialiter dato ad aliquā rem vendendam, vel locandam. Non rectè: quia hæc reſponſio congruit primæ parti legis, non aūt ſecundæ, quæ in argumēto affertur. Prioris partis verba hæc ſunt: *Quòd ſeruus ex peculio ſuo crediderit, aut depoſuiſſet, ad ſine venißet, ſine ma numiſſus eſſet, rectè ſolui poteſt.* Hæc verba pertinent ad ſeruum habĕtem generalem peculij adminiſtrationem. Sequentia aūt pertinent ad ſeruū particulari negociationi præpoſitū. *Sed etſi*, inquit, *quis pecuniam Dominicam ab eo fœneratus eſſet, ſi permiſſu domini*, (Vides negociationem peculiarem eſſe fœnerandi pecuniam) *Seruus negotium dominicum geſſiſſet, idem iuris eſt*, &c.

Ad primum argumentum Ludouici Romani reſpondeo, Iuriſc. in d. l. 1. §. Igitur præpoſitio, loqui de ſeruo pręposito ad locandum tantum, non ad exigendum, vt patet ex verbis legis. ibi: *Vel ſi ad locandum tantum, non ad exigendum*, &c.

Ad ſecundum reſpondeo, leges allegatas loqui de procuratore dato ad lites, cui rectè ſolui non poteſt, quia iudicati actionem non habet. vnde, & in legibus allegatis dicitur abſurdum eſſe ei, antequam iudicatum ſit ſolui, cui actio iudicati non datur.

Ad tertium reſpondeo. Textum in d. cap. Nicolao, loqui de rebus ac negotijs ſeparatis ac diuerſis, nec ſe

 inui-

inuicem conſequentibus, aut connexis. Aliud eſt enim A iudicem impetrare. Aliud vero litem inſtituere, quáuis impetratio iudicis viam aperiat ad litis inſtitutionem. Ita etiam dicimus, Vicarium Epiſcopi ex mandato reſignationem beneficij recipere poſſe, non tamen ex eo beneficium conferre poſſe, quamuis reſignatio viam collationi muniat, vide Fely. in c. cauſam quę, nu. 7. de ſententia & re iudicata. At in quæſtione noſtra negotia ſunt connexa, & ſe inuicem contingentia & conſequentia. Nam venditio fit certo pretio conuento, ſimiliter & locatio. Quare, ſi mandauero, vt rem meam vendas, illud etiam mandare videor, vt de pretio conuenias, & illud accipias nomine meo.

CAPVT XCIV.

De ſocietate, in quam alter pecuniam confert, alter operam & induſtriam, vtrum pecunia videatur eſſe communicata, atque ideo finita ſocietate, diuidenda ſit. B

CVm ea cõtrahitur ſocietas, in quam alter pecuniã, alter vero operam & induſtriam confert, controuerſi iuris eſt, vtrum finita ſocietate, pecunia ſit diuidenda, tanquam communis effecta.

Et diuidendam exiſtimarunt Accurſ. Bar. & Albet. ad l. 1. C. pro ſocio, necnon Didac. Couar. lib. 3. varia. reſol. cap. 2. nu. 2.

Quorum argumenta ſunt iſta. Primum, nam quod in ſocietatem confertur, videtur communicari, l. 1. & 2. ff. pro ſocio. Vnde & lex vtitur verbo illo *Conferente*, quod ſignificare videtur communicationẽ, in l. 1. C. pro ſocio.

Secundum. Nam induſtria pecuniæ comparanda eſt, ſi ea ſit, quæ pecuniæ poſſit æquiparari, ſed ſi hinc inde pecunia conferatur, palam, eſt, diuidendam eſſe tempore ſocietatis finitæ.

Tertium. Nam ſocietatis contractus ita debet interpretari, vt inter ſocios æqualitas ſeruetur, l. ſi non fuerit, C ff. pro ſocio. Sed ſi non eſſet pecunia diuidenda, inæqualitas oriretur; alter enim induſtriam & operam amitteret, qui vero pecuniam ponit, eam haberet ſaluam.

Contrariam ſententiam habuerunt Bal. Caſt. & Ioan. Sicard. in d. l. 1. C. pro ſocio, quibus & ipſe aſſentior, eo argumento, ꝙ in propoſita ſpecie non ea uidetur intentio ſociorum eſſe, vt pecuniæ proprietas videatur eſſe cõmunicata, ſed tantum eius vſus & commoditas, quemadmodum de eo, qui agrum colendum accepit, & eo nomine ſocietatẽ contraxit, reſpõſum eſt in l. cum duobus. §. ſi in coeunda, ff. pro ſocio. Itaque ſic interpretor hunc cõtractum, vt vſus & commoditas omniſq; vtilitas ex induſtria proueniens, & ſimiliter ex pecunia, communis ſit inter ſocios, ac pro indefinita ſocietate diuidenda, nõ autem pecunia ipſa. Etenim oriretur ſumma inęqualitas inter ſocios, quia pecuniam conferens, duplex incommodum ſentiret, ſi fortè finita ſocietate ſola pecunia remaneret. Alterum, ꝙ dimidiam partem pecuniæ amitteret. D Alterum, ꝙ ocioſam pecuniam habuiſſet, nec ullum ex ea fructum percepiſſet, cum tamen facilè percipere potuiſſet, eam in emptionem prædiorum, aut aliarum rerũ ſimilium collocando. Alter vero vix ullum incommodum ſentiret, quandoquidem dimidiam pecuniæ partẽ conſequeretur.

Non obſtant argumenta contrariæ ſententiæ. nam ad primum negatur, pecuniam videri communicatam, quãtum ad eius proprietatem & dominium, nec quicquam facit l. 1. & 2. ff. pro ſocio, quia loquuntur de ea ſocietate, in qua omnia bona hinc inde communicantur.

Non obſtat uerbum *Conferente*, de quo in l. 1. C. pro ſocio, quia intelligitur quantum ad uſum, & cõmoditatẽ.

Non obſtat æquiparatio pecuniæ & operæ; quia intelligitur quoad uſum, vtilitatem, & commoditatem, vt patet ex d. §. ſi in coeunda.

Non obſtat vltimum argumentum, quia nulla eſt inæqualitas; id patet: nam qui induſtriam poſuit, illud habet incõmodi, ꝙ fruſtra laborauit, & nullũ percepit emolumentum, cum tamen fortaſſe percepiſſet, ſi operã ſuã locaſſet alibi. Qui vero pecuniam contulit, illud habet incommodi; ꝙ fruſtra eam contulit, ꝙ nihil ex ea lucratus eſt, cum tamen fortaſſe lucraturus fuiſſet, ſi in alios vſus eam erogaſſet. Quare niſi ego fallor, omnia hinc inde ſunt æqualia iura ſociorum.

CAPVT XCV.

Cum in ſocietatem alter pecuniam, alter operam ac induſtriam confert, vtrum, ſi pecunia fuerit amiſſa, periculum ſit commune.

QVatuor ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Prima periculum amiſſionis pecunię, commune eſſe inter ſocios, ita Salic. & Fulgoſ. poſt Oldra. & Richardum Malumb. in l. 1. C. pro ſocio.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. cum duobus. §. quidam ſagatiam, ff. pro ſocio. ibi. *Damnum eſſe commune, ideoque pro ſocio actione, damni partem dimidiam agnoſcere debere*, &c.

Secundum. Nam ſi commune non eſſet damnum, æqualitas in ſocietate non ſeruaretur hoc in caſu, quia is, qui pecuniam ponit, nec fructum ex ea perciperet, & pecuniam ipſam amitteret. Alter vero vnicum duntaxat damnum ſentiret, amiſſionis operarum.

Tertium argumentum eſt ex l. ſi non fuerint, ff. pro ſocio, vbi dicitur, valere pactum inter ſocios huiuſmodi, vt qui operam confert, damnum non ſentiat amiſſionis pecunię, ergo ſi tale pactum non intercedat, damnum erit commune.

Poſtremũ argumentum. Is, qui operam & induſtriã confert, nihil amiſiſſe videtur, ſi adhuc viuat, quia poterit aliàs operari; & ex opera, ac induſtria ſua lucrari, ſi uero mortuus ſit, nihil eo nomine debetur hæredi, neque enim ſocietas morti cauſam præbuit. Cum ergo nihil dãni ſentiat ex operarum amiſſione, æquum eſſe videtur, vt pro ſua parte, iacturam ſuſtineat pecunię deperditæ.

Secunda eſt ſententia ſic diſtinguens; aut ſtatim contracta ſocietate, ante vllas ferè operas exhibitas, periit pecunia, & damnum commune eſſe debet, aut ex interuallo temporis, poſt operas exhibitas, & tunc ſecus, quia dãnum ad conferentem pecuniam pertinebit, ita Petr. & Cyn. in d. l. 1. C. pro ſocio. Cuius ſententiæ ea eſt ratio: quia ante operas exhibitas, nihil videtur is contuliſſe in ſocietatem, qui operam & induſtriam conferre debuit & nihil prorſus amiſiſſe videtur, alter vero pecuniæ collatæ iacturam ſolus faceret, quod iniquum eſſe videtur.

Tertia eſt ſententia ita diſtinguens; aut opera & induſtria æquiualet, non ſolum vſui pecunię, ſed etiam dominio & proprietati, & tunc amiſſionis damnum ad eum pertinet, qui pecuniam dedit. Aut æquiualet vſui duntaxat pecuniæ, & tunc damnum amiſſionis commune erit inter ſocios. ita Corn. & alij, quos refert & ſequitur Socin. ſen. in conſ. 265. libro ſecundo. Huius ſententiæ ea eſt ratio: ꝙ priore caſu tantum amiſit is, qui induſtriam cõmunicauit, quantum is, qui pecuniam contulit. Quare æquum eſſe non videtur, vt etiam damnum amiſſionis pecuniæ aliqua ex parte patiatur: vbi vero, opera non æquiualet dominio & proprietati pecunię, is, qui pecuniã ponit, non amittit tantum, quantum is, qui pecuniam dedit, merito ſubire debet damni partem, quod ex amiſſione pecuniæ accidit.

Poſtrema eſt ſententia, longè ut mihi videtur, probabilior; pecuniæ amiſſæ damnum, ad eum duntaxat pertinere, qui eam contulit, ita docuerunt, Accurſ. Bar. Aug. Caſtr. & Bald. ad d. l. 1. C. pro ſocio, necnon Mart. Nauar. alios commemorans in Manual. Confeſſ. cap. 17. de vſura in ſociet.

Probatur hęc ſententia, quia ſecundum iuris regulas,

res

res perit domino ſuo, l. pignus. C. de pignor. action. ſed pecuniæ dominus eſt is, qui eam contulit, vt dictum eſt in præcedenti capite, ergo illi ſoli, perit, non alteri.

Secundo probatur: quia orietur inæqualitas inter ſocios, ſi damnum eſſet commune. Etenim is, qui operam ponit, duplici afficeretur incommodo: altero, quod operam ac induſtriam amitteret; altero, quod ſentiret partem dãni. Alter uero non totam pecuniam amitteret, ſed partem duntaxat.

Tertio, Quia hoc in caſu ſi commune ſit damnum, nullum is, qui pecuniam conferret, periculum ſubiret amittendæ in totum pecuniæ. Tale autem ſocietatis genus; non procul abeſt a fœnore & vſuraria prauitate, ex traditis in c. plerique, 14. q. 3. per Panormitanum, in cap. per veſtras, de donat. inter uirum & vxor. per Nattam in conſil. 403. & 404.

Non obſtant argumenta diuerſarum ſententiarum, Nam ad primum prioris ſententiæ argumentum reſpondeo, tex. in d. §. quidam ſagariam, non loqui de ſocietate noſtra, ſed de ea ſocietate, in quam pecunia vtrinque confertur. Id patet ex illis verbis text. *Eum, qui profectus eſt ad merces comparandas, ſuam pecuniam perdidiſſe*. Intelligitur enim de pecunia, quam in ſocietatem contulit, quia idem textus paulo infra loquitur de alia re propria amiſſa. Quod ſi pecuniam contulit is, qui ad merces comparandas proficiſcebatur, & conſequenter pro ſocio laborabat, operamque ſimul conferebat, veriſimile eſt, alterum quoque ſocium pecuniam contuliſſe.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo. Inæqualitatẽ non oriri, immo maximam æqualitatem, quia quod in argumento dicitur, operam conferentem, damnum ſentire amiſſionis operarum, reſpondet damno, quod alter ſentit ex amiſſione pecuniæ. Quod ſi commune ſit damnum amiſſæ pecuniæ, tunc qui pecuniam dedit, eam totam non amittit, & alter totius induſtriȩ iacturam facit, & ſimul particeps eſt alterius damni, quod æqualitati repugnat.

Ad tertium reſpondeo. Negando conſequentiam. Nam etſi tale pactum fieri poſſit, vt damnum pecuniæ non ſentiat is, qui induſtriam & operam confert, non tamen ſequitur ceſſante tali pacto, damnum eſſe commune, ſed potius argumentum præſtat, tale pactum ideo ualere, quia æquitati & iuſtitiæ ſit conſentaneum, vt ſolus damnum ſentiat is, qui pecuniam contulit.

Ad vltimum argumentum reſpondeo, negando eum, qui induſtriam cõtulit, nihil amiſiſſe, licet uiuat, & alias operari poſſit. Nam quod fruſtra laborauerit, nullumque ex induſtria fructum retulerit, id uero damni ſpecies eſt minimè obſcura.

Quod attinet ad diſtinctionem Petri & Cyni, reſpondeo, non eſſe vllam rationem habendam, quod ante operas exhibitas pecunia fuerit amiſſa, quoniam id caſu fortuite accidiſſe videtur, & ex infortunio quodam, cui ſubiacet is, qui pecuniam dedit, quodque proinde æquo animo ferre debet. Si alter nihil amiſerit operarum, id caſu euenit, paratus enim erat operas præſtare; vnde non ideirco infortunium participare eum oportet, qui nec pecuniæ partem obtinuit.

Denique quod attinet ad Cornei, & Socini diſtinctionem; illa ratio nihil mouet, quod ſi opera vſui duntaxat pecuniæ ȩquiualet, damnum ſit commune, quia, ut iam ſæpè dictum eſt, plus damni ſentiret is, qui ponit induſtriam, quam alter; licet enim amiſſioni pecuniæ in totum non reſpondeat, & æquanda non ſit amiſſio operarum, ſibi tamẽ imputet is, qui induſtriam & operam pro pecunia valere exiſtimauit, atque ea lege ſocietatem iniit, nec iam uelit ſocium & operæ, & pecuniȩ damnum ſuſtinere, cum ipſe pecuniȩ duntaxat ſuſtineat.

A

CAPVT XCVI.

De metu reuerentiali, Controuerſia.

COmmunis eſt ſententia Doctorum, ea quæ geſta ſunt reuerentiæ cauſa, veluti metu quodã, rata nõ eſſe habenda, ſi aut minæ pręceſſerint, aut læſio interceſſerit. Vide Couar. in capit. de ſponſ. par. 2. §. 6. nu. 4. & Menoch. de arbitr. iud. caſu 136.

Fundamentum habet in l. 1. §. quę onerandæ, ff. quarum rerum actio non detur, in illis verbis: *Tamen cauſa cognita ſi liquido appareat, libertum metu ſolo, vel nimia Patroni reuerentia ita ſe ſubieciſſe, vt vel pœnali ſtipulationi ſe ſubijceret, &c.* Item in l. penult, ff. de furtis, ibi: *Et hoc modo Patronus quoque liberto, & is, cuius magna verecundia, &c.*

Cæterum, aduerſus hanc ſententiam Franc. Duaren. argumentatur, in commentarijs ad tit. De eo quod metus cauſa: B *Reſpondeo*, inquit, *non eſſe locum reſtitutioni quod nulla ſit mentio eius reuerentiæ, ſub hoc titulo, neque in Pandectis, neque in Codice. Quam ſententiam confirmo alijs exemplis.* Vnum eſt in l. ſi patre cogente, de ritu Nuptiarum: *Cogente enim, interpretor, imperante. Matrimonium enim iuſto metu cogente factum, nullum eſſe, vt cætera metu facta, & tamen contractum reuerentia metu, firmum eſt. Similis locus eſt in l. Fideiuſſor. §. 1. de pignor. ubi Pater obligat prædium filij ſui, & filius ſcribit inſtrumentum obligationis, re enim oppignorata, metu reſtitueretur filius.* Verum quia *metu reuerentiæ tantum coactus eſt, ſcribit rectè contractum eſſe pignus, & ſilentium eius, loco conſenſus haberi.* Obijcitur nobis l. penul. inf. de furtis, ubi ait: *Si Patronus rem liberti contrectet eo præſente, & non contradicente metu reuerentiæ, poteſt dici metu feciſſe. Videbatur tamen furtum non eſſe, quia furtum eſt contrectatio rei alienæ inuito domino, & ſic, qui volente domino contrectat, non eſt fur. Vult autem, qui non contradicit; videbatur igitur hic* C *conſenſiſſe libertus, ob reuerentiam: dicitur tamen Patronus non ideo minus furtum feciſſe, quia libertus ob reuerentiam Patrono debitam non contradixit. Obijcitur & l. 1. §. quæ oneranda, infra, quarum rerum actio non datur, ubi adiectum liberto, oneranda libertatis gratia, propter nimiam Patroni reuerentiam exigi non poteſt. Vulgo diſtinguunt, iuxta l. interpoſitas, C. de tranſactio. Sed hanc diſtinctionem nunquam probaui. Itaque breuiter ita reſpondeo ad d. l. penult. Expendenda eſt diligenter ſpecies. Quæſtio eſt, an libertus tacens & non contradicens, ſit intelligendus conſenſiſſe & permiſiſſe; reſpondetur non conſenſiſſe. Hic enim agitur de præſumptione, quæ, vt alibi diximus, alteri cedit præſumptioni. Nam præſumptio conſenſus cedit præſumptioni reuerentiæ. Præſumimus enim libertum conſenſiſſe, quia ob Patroni reuerentiam noluit contradicere. Similis locus eſt in l. 23. §. 1. infra, Soluto matrimonio. Ad l. 1. §. quæ oneranda. verſ. in ſumma, ait, non dabitur exceptio, &c. niſi liquido appareat, metu, vel nimia reuerentia in id conſenſiſſe.* D *Nec dicit ſimpliciter reuerentia, ſed nimia, ſiue immodica: ita vt ei ſuccurrendum ſit ex bono & æquo: deinde fauor libertatis ſuadet, ut ita benigne interpretemur pro libertate.* Hactenus Duarenus.

Quibus non obſtantibus a cõi ſententia recedendum mihi non uidetur, cui ſecundum aliquos ẽt ſuffragatur l. ſi ſuperſtite, C. de dolo. Non obſtat tex. in l. ſi patre cogente, quia de matrimonio filij familias loquitur, in quo ille iure Ciuili inſpecto, arbitrium liberum non habet, cum illud cõtrahere non poſſit abſque cõſenſu Patris, vſque adeo, ut Patris iuſſus præcedere debeat, ut in §. 1. in Inſtit. de Nuptijs. Merito matrimonium patre cogente, id eſt, imperante, celebratũ valet, nec id cõi ſententię ſupradictæ aduerſatur. Neque enim hoc vult, vt omnia, quę gerũtur cum iis perſonis, quibus reuerentia exhibẽda eſt, tali velamẽto infirmentur. Non obſtat tex. in l. fideiuſſor, §. 1. quia nec cõſtat in ea ſpecie filium fuiſſe læſum, eo charitatis officio, quod Patri impendit, dũ paſſus

eſt

eſt bona ſua obligari, nec cōſtat ibi reuerētiæ cauſa factū fuiſſe, eo quod Pater maximè id vrgeret, ac imperaret. In quibus terminis communis ſententia eſt intelligenda.

Porrò allatæ reſponſiones ad l. pen. & ad §. quæ onerandę, facilè poſſunt elidi. Nā ſi præſumitur cōſenſus, in ſpecie d. l. pen. ex eo, quod libertus non contradicit, ergo furtū non contrahitur. At Iuriſc. cōtrahi dicit, quia talis cōſenſus reuerentiæ cauſa adhibiti ratio non habetur. Quod cum ibi ita conſtitutū, nil proponitur, cur & in ſimilib. non idem reſpondendum ſit, nempe, rata non eſſe habēda, quæ tali conſenſu intercedente geruntur. Quod vero attinet ad §. quæ onerandæ, cauſatur Duarenus nimiam reuerentiam, & fauorem libertatis, ſed fruſtra: quia, & cōis ſententia loquitur de tali reuerentia, aut paulo certè minori, & libertatis fauor ibi non perpenditur, ſed nimia reuerentia, vna cum læſione liberti.

CAPVT XCVII.

De contractu in ſcriptis celebrato, ad interpretationem, l. Contractus, C. de fide inſtrum.

SI contractu iam conſtituto, mutuo intercedente partium conſenſu conuētum fuerit, vt de eo inſtrumētum, ac ſcriptura cōficiatur, celebris eſt cōtrouerſia inter Doct. vtrum ante inſtrumentum confectum pœnitentiæ ſit locus. Et locū eſſe rōderunt Paul. Caſtr. ad l. cōtractus, C. de fi. inſtr. & ad l. cū res, C. de prob. Alc. ad l. pactū quod bona fide, C. de pact. Dec. in conſ. 11. & 158. Iaſ. in conſ. 151. lib. 2. Affl. deciſ. 38. nu. 4. Boer. deciſ. 48. nu. 11. & 183. numer. 9. Sed contrariam ſententiam ſecuti ſunt Dec. in d. l. pactum quod bona fide. Aret. in conſ. 159. Rota Rom. apud Iac. Puteum, deciſ. 43. lib. 3. & plures alij, quos refert & ſequitur Ant. Theſaur. deciſ. Pedem. 197.

Omnis difficultas conſiſtit in vera interpretatione l. contractus, C. de fi. inſtr. in illis verbis: *In contractib. quos in ſcriptis fieri placuit*, &c. *Tranſactionum etiam, quas in inſtrumento recipi conuenit, non aliter vires habere ſancimus, niſi inſtrumenta in mūdum recepta ſubſcriptionibusq; partium cōfirmata, & ſi per tabellionem conſcribantur, etiā ab ipſo completa, & poſtremo a partibus abſoluta ſint, vt nulli liceat priuſquam hæc ita proceſſerint*, &c. *aliquod ius ſibi ex eodem contractu, vel tranſactione vendicare*, &c.

Prioris ſententię Authores ex hoc tex. argumentātur, qui apertè negat contractum eſſe perfectum, & ex eo ius acquiri priuſquam inſtrumentum conficiatur. Sed certè id non ita generaliter accipiendū crediderim, ſed eo duntaxat in caſu, quo ab initio inter partes cōuenit, vt cōtractus in ſcriptis celebretur. Tūc ſcriptura videtur eſſe neceſſaria, & ad ſubſtantiā ipſius cōtractus pertinere, quēadmodum & in multis alijs caſibus ſcripturam adhibendam eſſe Alciat. docet, in comment. l. 5. C. de tranſact.

Quod ſi de ſcriptura ſeu inſtrumento conficiendo, nihil ab initio inter contrahentes dictum eſt, ſed ſimpliciter contractus eſt abſolutus & perfectus, promiſſionibus ac ſtipulationibus hincinde ſubſecutis, licet poſtea dictū ſit de inſtrumēto conficiendo, illud nequaquā pertinere interpretor ad ipſius contractus perfectionē, ſed potius ad probationē, ex d. l. 5. C. de tranſact. ex l. cum res, C. de probat. & ex ſimilib. locis, quibus declaratur, inſtrumēta pertinere ad probationem, non ad ſubſtantiam rei geſtæ. Quare in ſententiam poſteriorem longè ſum procliuior.

CAPVT XCVIII.

Pactum incontinenti adiectum in contractibus bonæ fidei, utrum actionem pariat.

COmmunis eſt Doct. ſententia ex pacto incōtinenti appoſito, actionē competere præſcriptis verbis nuncupatā. Ita n. docent Bar. Caſt. Alex. Cor. Iaſ. Dec. & cęteri cōiter, ad l. bonę fidei, C. de pact. & cum eis

A Franc. Duar. ad l. iurigētiū, §. quinimo, ff. eo. tit. Probatur hæc ſnia, primū ex d. l. in bonæ fidei, ibi: *Ita demum ex pacto actio competit, ſi incontinenti fiat, cum autem certum nomen non habet*, præſcriptis uerbis merito appellatur, l. 1. & 2. ff. de præſcript.

Secundo, ex l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. ubi ex pacto reuendendi competit actio præſcriptis verbis.

Tertio, ex l. ſi vir, ff. de præſcrip. verb. vbi dicitur, actionem præſcriptis verbis competere, ut fiat id, quod inter virum & vxorem conuentum eſt.

Quarto, ex l. labeo ſcribit, 50. ff. de contrah. empt. vbi Iuriſconſ. *Si bibliothecam mihi ita vendideris, ſi decuriones Campani locum mihi vendidiſſent, & per me ſtet*, &c. *non eſſe dubitandum quin præſcriptis verbis agi poſſet.*

Poſtremo, ex l. ſi conuenit, ff. de reſcind. uend. ibi. *Ex empto actio eſt, vt Sabinus putat: aut proxima empti actio in factum datur.*

Cæterum, aduerſus hanc communem & ueram ſen-
B tentiam reſponderunt Alc. lib. 5. Paradox. c. 1. & Franc. Connan. lib. 5. comment. iuris c. 2. nu. 7. Quorum argumenta hoc in loco refutanda ſunt.

Primum argumentum. Actio præſcriptis verbis non datur, vbi alia competit, l. quoties, ff. de præſcr. uerb. ſed hic alia competit actio, nempe, ex contractu, cui pactum ineſt, quia informatur ex pacto l. iuriſgentium, §. quinimo, ff. de pact. reſpondeo, nego maiorem. Nam actionē præſcriptis verbis dari, etiam vbi alia competit actio probat l. 2. C. de pact. inter empt. & vend.

Non obſtat l. quoties, quia hoc tantum dicit, *Quoties quia alia actio non eſt, utilis actio eſt:* Vtilis autem actio dicitur eſſe Prætoria, ſiue in factū, de qua fit mentio in l. iuriſgentiū, ff. de pact. vbi eius naturā optimè declarat Duarenus, & in l. quę religioſis, ff. de rei vend. in l. cū filiusfa. ff. ſi certum pet. in l. creditor, ff. de act. empt. & in §. non omnes, in inſtit. de perpetuis & temporalibus actio.

Secundum argumentum eſt ex l. permiſiſti, ff. de præ-
C ſcript. verbis vbi dicitur: ſi venditionis contractus præceſſerit, agi ex eo poſſe, ſi vero non præceſſerit præſcriptis verbis agi ex pacto. Idem probat l. rogaſti, §. vlt. ff. eod. ibi: *Melius eſſe dico, præſcript. verb. agi, niſi merces interuenit. Nam ſi interuenit, ex locato eſſe actionem.*

Reſpondeo, dictæ leges non negant, quin ex pacto agi poſſit, ſed tantum dicunt ex contractu actionem oriri, quod & nos quoque dicimus. Ideo autem ex contractu agi poſſe dicunt, & de tali actione ex contractu deſcendente, nominatim quærunt, quia eſt magis fauorabilis, quam præſcript. verbis actio, quapropter diligenter monent ex contractu agi poſſe, vt intelligatur, fauorabilem atque ordinariam competere actionem ex contractu, non autem ut excludatur actio præſcriptis uerbis ex pacto.

Tertium argumentum eſt Connani. Eiuſdem contractus duplex actio non eſt, ſed vna tantum. Ergo ex pacto, quod contractui ineſt, actio non oritur particula-
D ris, cum ex contractu ipſo agi poſſit. Reſpondeo, ex contractu, cui tale pactum ineſt, duplicem oriri actionem, vt patet ex l. ſecunda, C. de pact. inter emptorem & vendit. vbi agitur ex vendito, & præſcriptis verbis, vt placiti fides ſeruetur.

Quartum argumentum. Remedium extraordinarium ceſſat, vbi datur ordinarium, vt docet Barto. in l. in prouinciali, §. ſi vero, ff. de operis no. nunciatio. Sed hic remedium datur ordinarium, nempe, actio ex contractu. Ergo opus non eſt extraordinario, nempe, actione præſcript. verbis. reſpondeo, actionem præſcriptis verbis dici, cum vulgata deſunt actionum nomina, & nomen actionis non inuenitur, l. 1. & 2. ff. de præſcri. verb. optime declarat Duaren. ad d. l. iuriſgentiū. §. quinimo, quod autem extraordinarium remedium dicatur, nulla lege probari poſſe exiſtimo.

Quintum argumentum. Actio præſcriptis verbis pœnitentiam recepit, l. ſi pecuniam, ff. de condict. cau.

da-

da. Sed à tali pacto recedere non licet, ergo præſcriptis verbis actio non competit. Reſpondeo. Tunc præſcriptis verbis actionem pœnitentiam recipere, cum ea contractu innominato naſcitur, vt in d.l. ſi pecuniam, ſecus ſi ex pacto oriatur, quod ineſt contractui nominato, tūc enim videtur eſſe pars contractus, ideoq; eius naturam imitatur, quæ pœnitentiam non recipit.

Sextum argumentum. Fictio non operatur plus quā veritas. Sed pactum dicitur eſſe pars contractus ficte, ergo non operatur plus, quam contractus. Sed contractus vnam tantum actionem producit, ergo ex pacto dupliciter agi nō poteſt. Nempe, actione ex contractu deſcendente, & actione peculiari pacto, ſcilicet præſcrip. verbis. Reſpondeo, pactum hoc in caſu operari plus, quam contractum, vires enim ex contractu accipit, cui dicitur ineſſe, ſed informat actionem ex contractu, vt detur ad id, quod eſt in pacto, & ita corroboratur ex ipſo contractu, vt & actionem producat.

CAPVT XCIX.

Vtrum pactum incontinenti adiectum contractui ſtricti iuris, actionem pariat.

IN bonæ fidei contractibus, ex pacto incontinenti ſecuto, actionem oriri, ſatis exploratum eſt, ex l. in bonæ fidei, C. de pact. Sed illud controuerſum, an & idem ſit in contractibus ſtricti iuris.

Sunt enim qui affirmant ex antiquis doctorib. ſunt qui negant. Sed & recentiores Galli nequaquam inter ſe conueniunt. Etenim Iacob. Cuia. negat in comment. ad l. iuriſgentium, verſ. In bonę fidei, ff. de pact. & lib. 10. Obſer. c. 24. contra alter doct. Gallus affirmat, lib. 7. Obſeru. c. 15. & lib. 1. reſponſor. amicab. c. 31. cui adſtipulatur Duarenus in comm. ad d.l. iuriſgētium, §. quinimo.

Affirmantis ſententiæ illud eſt fundamentum, quod etiam in contractibus ſtricti iuris, pactum incontinenti ſecutum ineſſe dicatur, l. lecta, ff. ſi certum petatur, l. 4. ff. de pact. & quidem non tantum quo ad exceptionem, vt aliqui putabant, ſed etiam, quantum ad actionem, vt in d.l. lecta.

Negantis vero ſententiæ illud eſt præcipuum argumentum, quod leges de huiuſcemodi pacto loquentes, videntur hanc vim actionis producendæ tribuere tantummodo contractibus bonæ fidei, vt in d.l. in bonæ fidei, & in d.l. iuriſgentium, § quinimò.

Non obſtat l. lecta, quia non loquitur de actione ex tali pacto, ſed de pacto incontinenti adiecto, quod ex parte rei ineſt, ita videlicet, vt non ſolum ad exceptionē proficiat, vt aliqui putabāt, ſed etiam actionem, hoc eſt, ad eam reformandam, & ad temperandam ex pacto.

Ego hanc negantem ſententiam aliquando ſum ſecutus, ſed iam affirmanti calculum præbeo, hoc argumēto potiſſimum confiſus. Certum eſt, pactum incontinenti ſecutum, ineſſe etiam contractibus ſtricti iuris, ita enim expreſſum eſt in d.l. lecta, ergo parit actionem. Probatur conſequentia. Nam ſi contractui ineſt, ergo eſt pars contractus, & contemplatione, ſeu reſpectu contractus, interponitur. Quod ſi verum eſt, nō iam amplius pactū nudum eſt, nullam cauſam habens præter ipſam conuentionem. Immò verò cauſam habet aliam, nēpe contractum præcedentem, conſequenter actionem producit, quia illud pactum actionem non producit, quod eſt nudum, & nullam habet cauſam, præter ipſam conuentionem, l. iuriſgentium, §. igitur nuda, ff. de pact. cuius rei cauſam eleganter explicat Franciſcus Duarenus in comment. ad illum titulum, non procul à principio, & Connanus lib. 5. comment. I.C. c. 2. Nec quicquam mouet, quod leges paſſim de cōtractibus bonę fidei loquantur, quia non idcirco negant idem eſſe ſtatuendum in contractibus ſtricti iuris, immo verò idem eſſe ſtatuendum indicare videtur Iuriſconſultus in d.l. lecta.

A

CAPVT C.

Vtrum ſecundum ius canonicum pactum nudum actionem producat, & quid in pacto iurato.

PActum nudum iure canonico actionem parere, nō pauci, neque obſcuri nominis doctores affirmarūt, vt videre licet ex canoniſtis, in c. 1. de pact. Iaſon in l. iuriſgentium, §. igitur nuda, nu. 4. ff. eodem & ibidem Petr. Calefactus nouiſſime, num. 8. ex Didaco Couarr. in relectione, c. quamuis, in 2. parte, §. 4. nu. 14. & ex aliis, quorum omnium fundamentum eſt in d.c. & in c. qualiter, eodem tit. dum ibi dicitur pacta eſſe ſeruanda, & cuſtodienda, quaſi id ſit accipiendum, tam quoad actionē, quā quoad exceptionē, arg. l. ſtatuas, ff. de acq. rer. dom.

Sed contraria ſententia ſemper mihi magis placuit, quam amplexi fuere, Salicet. in l. legem, in 7. quęſt. ſupra tit. noſtro. Angelus Aretinus in §. in perſonam, in penultima, & vltima col. inſtit. de action. & alii citati ab eis,
B quos pro priore ſententia retulimus, quibus addi poteſt Alciat. lib. 5. Paradox. cap. 3. etenim etiam prætor. ait: *Pacta ſeruabo* vt in d.l. iuriſgentium, §. prætor ait. Et tamen nuda pactio actionem non parit. Præterea æquitatis ratio, & publicæ vtilitatis, quæ ſuadet, ne ex pacto nudo agatur, minuendarum ſcilicet litium gratia, vt præclare Duarenus explicat ad tit. de pactis, ita iure canonico locum ſibi vendicat, vti iure Cæſareo, cum & canones litium minuendarum ſint etiam ſtudioſiſſimi, c. finem litibus, de dolo, & contum. cum multis ſimilibus. Quare inter ius canonicum & ciuile, diſcrimen illud haud quaquam ſtatuēdum eſt ſine canonis authoritate, vt notatur in c. 1. & 2. de oper. no. nunc.

Vtrum autē pactum nudum iuratum actionem producat, quæſtio non parum eſt perplexa, ſiquidem, ab ea quæſtione pendet, quæ inter doctores maxime controuerſa eſt, an ſcilicet ex iuramento oriatur actio; qua de re nouiſſime late diſputat Seraph. Senenſ. de priuileg. iu
C ram. priuil. 19. Ego quid ſentiam, breuiter explicabo, deinde contrariæ opinionis argumenta confutabo.

Exiſtimo actionem non oriri ex iuramento, ac proinde nec ex pacto iurato. Probatur hæc ſententia; quia ſpecialiter conſtitutum eſt in liberto, vt ſi iureiurando operas patrono promiſerit, obligatio contrahatur, l. vt iuriſiurandi, ff. de oper. libert. quod & Caius notat lib. 2. inſtit. tit. 9. Quare in aliis perſonis ſecus ſtatuendum erit. Quod cum ita iure ciuili conſtitutum ſit, id obtinere debet etiam iure canonico, cum SS. Canonibus contrariū eſſe non appareat, iuxta reg. c. 1. & 2. de ope. no. nun.

Argumenta vero contrariæ opinionis hæc ſunt. Primum, ex c. cum contingat, de iureiurand. in c. quamuis. de pact. lib. 6. & in Authent. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend. quibus in locis dicitur, pactum confirmari iuramento, & ſeruandum & cuſtodiendum eſſe iuramentum, quod fruſtra dici videretur, niſi actionem pareret, & obligationem. Reſpondeo. Nego conſequentiam.
D Nam iuramentum confirmat quidem contractum, & ſeruandum eſt, item ex contractu iurato naſcitur actio, ſed non ſequitur, ipſum per ſe ſolum iuramentum poteſt eſſe ad producendam actionem.

Secundum argumentum eſt ex l. ſi quis maior, C. de tranſaction. dum ibi dicitur, agi poſſe ad pœnam, aduerſus eum, qui contra tranſactionem, iuramento firmatā venerit. Nam cum ex tranſactione agi non poſſit, vt conſtat ex l. ſiue apud acta, C. eod. ſequitur in ea ſpecie actionem oriri ex iuramento. Reſpondeo. Actionem ibi ad pęnam dari, quia intelligitur eſſe promiſſa per ſtipulationem, ſicuti notat ibi Alciat. nu. 66. adde quod iuramentum in ea ſpecie ad confirmandam tranſactionem fuit interpoſitum, non autem promiſſioni pęnæ adiectum.

Tertium argumentum eſt ex eo, quod iuramentum dicitur habere vim conſenſus geminati, vt notat glo. in c. cum contingat, in verbo *Debent*, de iureiur. Pactū verſo geminatum actionē parere videtur, arg. l. 1. §. debitū,

ff. de

ff.de conſtituta pec.& l.vlt.C.ad legem Falc.Reſpôdeo, negando eam eſſe efficaciam iuramenti, quicquid allegata gloſſa doceat, nullo.n.iure id probatur, vt anin aduertit nouiſſime Seraph.de priu.iuram.priuil.89.& ante eũ Felyn in c ſi cautio,num.39. de fide inſtrum. id nequaquam perpetuum eſſe dixit, quod dicitur, iuramentum æquiparandum actui geminato.

Quartum argumentum eſt ex c.vlt.de foro competẽti,lib.6.vbi iurans compellitur per cenſuram Eccleſiaſticam ad iuramentum ſeruandum. Reſpondeo,ex hoc nõ ſequi actionem oriri,ſed officium iudicis tantum.

Plura ſi quis ſcire cupiat, de hac materia, conſulat Seraph. d.priuil.89 Zaſ. in rubr.de verb.oblig. nu.12.Coraſ. ad l.admonendi, nu.12. ff.de iureiur. Couar. d.c q̃uis,de pact.lib.6.par.1.rubricę,§.2.poſt nu.4.Cagnol.in d.l.ſi quis maior,nu.130. Alc.ibi.nu.64. Petr.Calefac.ad l.iurigeni. §.igitur nuda,nu.56. ff.de pact.Cuiacium in paratitlis Codicis, ad tit.de reb.creditis,& iureiur.

CAPVT CI.

Controuerſia tres ad explicationem l.pactum quod dotali, C.de pact.

Pactum quod dotali inſtrumento comprehenſum eſt, vt ſi pater vita fungeretur,ex æqua portione ea,quæ nube bat cum fratre, hæres patri ſuo eſſet, neque villam obligationem contrahere, neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri, potuit auferre.

Tria in controuerſiam veniunt. Primum. An & in pacto iurato idem ſit ſtatuendum. Secundum. An conſuetudine, vel ſtatuto effici poſſit, vt pactum valeat. Tertiũ. An ſi pater inteſtatus deceſſiſſet, filia vigore pacti æqualiter cum fratre ſucceſſiſſet.

Quod attinet ad primum, ſunt qui affirmãt tale pactũ iuramento firmari, ſunt qui negant, ſunt denique qui dicunt, iuram. quidem tale pactum non firmari, ſed tñ iurantem, qui illud non obſeruat, eſſe periurum, vide Oſaſcum deciſ. Pedem.100. Ant. Teſſaurum deciſ. Pedem. 225. Couar. in c.quãuis, in 2.par.in initio, nu.8.de pact. lib.6. Andr. Geyll, lib.2. Obſeru.c. 26. Seraph.priuil.20. doctores omnes in comment. huius loci.

Affirmantis ſñiæ fundamentum eſt, quia iuram. ſolet contractus, & pactiones I.C. improbatas confirmare, vt patet ex d.c.quamuis, ex c.cum contingat, de iureiuran. Omne enim iuram. eſt ſeruandum, &c. vt in dictis locis.

Negantis vero ſententiæ fundamentũ eſt, quia nõ eſt obligatorium contra bonos mores præſtitum iuramentum, c.non eſt obligatorium, de reg.iur.lib.6. videtur autem eſſe, contra bonos mores tale pact. l.ex eo, C.de inutilib.ſtipulat. l.ſtipulatio hoc modo, ff.de verb.oblig.

Tertiæ denique ſententiæ fundamentũ eſt in aliquib. deciſionibus, quib. conſtitutum eſt, ea quę cõtra iuram. geſta ſunt, valere, ſed iurantem eſſe periurum. Vide glo. in c.vlt.in verbo reuocatus, de proc.lib.6. & in c.vltima volũtas, 13.q.2. & text. in c.ſicut ex litteris, de ſponſalib.

Mihi ſñia, quæ negat, videtur eſſe probabilior, eo potiſſimum argum. quod pactis priuatorum, ẽt iuramento firmatis, iuri publico derogari non põt, c.ſi diligenti, de foro competenti. iure aũt publico ita conſtitutum eſt, vt & libera ſit teſtam. factio, & ſolemnis, q quidem ius, priuatorum pactis mutari non põt, l.3.ff.de teſtam. Mutaretur autem, ſi huiuſcemodi pacta valerent, quia & libera teſtandi facultas impediretur, & hæreditatem quis ex pacto conſequeretur, citra vlla teſtamẽtorum ſolemnia, quæ omnia publico iuri aduerſantur.

Non obſtat q dicitur de vi, & efficacia iuramenti: Nã iuramentum temerarium, ac illicitum non obligat, c.ſicut ex litteris, c.quemadmodum, c.quintauallis, de iure iur. Videtur aũt eſſe hoc in caſu temerarium, & illicitũ, vt patet; neque vero in allegatis locis pacta confirmãtur iuram. quæ iuri publico aduerſentur, & bonis morib.

Quod attinet ad ſm. Conſuetudine, vel ſtatuto obtineri poſſe, vt eiuſmodi pacta valeant, reſponderũt Bald, A in l.cum Archimedoram, C.vt in poſſeſſ.legat. Alciat.& Dec.in d.l.pactum quod dotali, & alii ab Ant. Teſſauro citati, d.deciſ.225. num.12. Quorum fundamentum eſt in c.1.§.filii nati, ſi de feudo fuerit controuerſia inter dominum, & agnatum, ibi: *Nam quamuis ratione improbetur talis conditio vſu tamen admittitur.*

Huc accedat, q nemini dubium ſit, ſtatutum valere contra ius cõe, quia ius ciuile mutari poteſt, §.ſed naturalia, inſt.de iure nat.gent.& ciu. Similiter & conſuetudo, l.de quib.ff.de legib. Quod ſi talis conſuetudo, vel ſtatutũ exiſtat, quo pacto huiuſmodi approbentur, non videbuntur eſſe amplius contra bonos mores, argum. l.item apud Labeonem, verſ. Sed quod adiicitur, ibi: aduerſus bonos mores ciuitatis, ff.de iniuriis.

Sed contrariam ſñiam habuerunt Alex. & Iaſ. in d.l. pactum q dotali, necnon alii quidam, ab Ant. Teſſauro commemorati, loco ſupradicto: quorũ illud eſt argum. quod talia pacta dicuntur eſſe contra bonos mores, conB ſequenter, ſi lege municipali, vel conſuetudine approbentur, id iuſtitiæ repũgnare videtur, lex autem debet eſſe iuſta, c.erit autem lex, 4.diſt.

Ego puto hanc rem pendere ab ea quæſtione, Vtrum Conſuetudo contra ius ſcriptum valeat. Nam valere indicat tex.1.in l.de quibus, ff.de legib. Non valere probat l.2.C.quæ ſit longa conſuetudo.

A priori ſñiã facit Duarenus in comment. ad tit. de legib. c.12. & alibi. A poſteriori Connan.lib.1. Comm. Iur.c.10.& Cuiacius ad lib.1.de feudis, in principio.

Ego ſane ſic ſtatuo, ſi ſtatutũ ex iuſta cã pro vtilitate loci, & cõmoditate talia pacta recipiat, illud proculdubio valere, & ſeruãdum eſſe. Conſtat.n.leges Municipales, quæ ſtatuta appellantur, non raro iuri cõi aduerſari, l.oẽs populi, ff.de iuſt.& iu. De conſuetudine vero idem ſtatuo, ſi ſit rõnabilis, & legitimè præſcripta, authoritate Greg. IX. in c.vlt.de conſuet. ita dicentis: *Licet etiã longęuæ conſuetudinis nõ ſit vilis authoritas, non tamen eſt vſ-* C *que adeo valitura, vt vel iuri poſitiuo debeat præiudicium generare, niſi fuerit rationabilis, & legitime præſcripta.*

Ad tertium q attinet. Non pauci neque obſcuri nominis Iuriſconſulti cenſuerunt, filiam ęqualiter ſucceſſurã patri, inteſtato morienti vna cum fratre, in ſpecie huius legis, eo argum. quod patris voluntas inter liberos ſit ſeruanda, quoque modo de ea conſtet, ſiue ex teſtamentis, ſiue codicillis, ſiue per Epiſt. ſiue per alium quemcunq; modum, l.vlt.C.familiæ herciſcundæ. Hoc autem in caſu conſtare videtur ex pacto, vt patet.

Huc accedat Leonis Imperatoris Nouella 19. titu.de pact.patern.quæ talia pacta paterna velut iuſta, & inter liberos ęqualitatem inducẽtia approbat & laudat, nec à patre reuocari poſſe ſtatuit; ita docent Alex. & Iaſ. in d. l.pactum q dotali, & alii quos refert, & ſequitur deciſ. Pedemont. ſupradicta, Anton. Theſſau. 215.

Sed mihi contraria ſententia longe probabilior videtur, quam ſecuti ſunt Caſtrenſ. & Dec. in d.l.pactum q D dotali, necnon Vaſquius alios commemorans, de Succeſsionum progreſſu, lib 2.§.18. nu.193.

Moueor authoritate d.l.pactũ quod dotali, vbi dicitur, tale pactum nullam obligationem contrahere. Si enim hæreditatis partem filia vendicare poſſet, certe obligationem tale pactum induceret.

Nec obſtat l.ult.C.famil.herciſ. quia fateor ſeruãdam eſſe patris uoluntatem in liberos, ſi modo de eo conſtet, iis modis, qui à lege non reprobentur. Talis autem modus quo hæreditas pacto, datur, a lege prorſus reprobatur, l.hæreditas, C.de pact.conuent. Codicillos vero, epiſtolas, ſchedulas, & ſimiles modos, quibus de patris voluntate conſtare poteſt, lex non reprobat.

Porrò, quod attinet ad Leonis Imperatoris Nouellã, illa ſufficere poteſt reſponſio, quod iuri noſtro, & Codici Iuſtinianeo inſerta non ſit, ac proinde legis uim non habeat, immo vero, cum ſit contraria d. l. pactum quod dotali, nulla prorſus eius ratio habenda eſſe videtur.

AN-

ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER TERTIVS.

CAPVT PRIMVM.

Ad interpretationem l. ſi curatorem habens, C. de in integrum reſtitut. Controuerſia vna.

SI curatorem habens minor quinque & viginti annis, poſt pupillarem ætatem rem vendidiſti, hunc contractum ſeruari non oportet. Cum non abſimilis ei habeatur minor curatorem habens cui à Prætore curatore dato bonis interdictum eſt; Si vero ſine curatore conſtitutus, contractum feciſti, implorare in integrum reſtitutionem, ſi nondum tempora præfinita exceſſerint, cauſa cognita non prohiberis. hactenus Diocletianus & Maximianus. A

Hic illud controuertitur, quomodo ſit accipiendum, quod in tex. habetur; minorem curatore carentem res vendere poſſe. Et vt mihi videtur, inter omnes cõſtat, de immobilibus accipiendum non eſſe; quoniam abſq; B decreto iudicis alienari non poſſunt, ut patet ex l. non ſolum, ex l. ſi minorum, ex l. ſi prædium, ex l. ſi ad reſoluendum, C. de prædijs minorum ex l. 2. C. de his qui veniam ætatis impetrauer. & in l. penul. eod. ti. & in l. 2. C. quando decreto opus non eſt, & ex alijs argumentis, quę prolixè affert Vaſquius de ſucceſſionum creatione, lib. 1. tit. de teſtandi poten §. 10. num. 73. Roland. à Valle. in conſ. 54. lib. 2. Octauius Simoncellus de decretis, ti. 8. inſpect. 2. qui perperam allegat Aretinum, Fabrum & Riminaldum, in §. nunc admonendi, in Inſti. quibus aliena. licet vel non, tanquam contrariæ ſententiæ authores, cum priorem ſententiam amplectantur, licet Aretinus dixerit verba textus contrarium innuere, ibi videlicet, *res vendidiſti* quæ verba ſunt generalia, & tam de immobilibus, quàm de mobilibus accipi poſſunt, quod & Franciſcus de Caldas dixit in commentario d. l. ſi curatorem habens, ſequens tamen ſententiam ſuperiorem in verbo, res, nu. 2. C

Illud igitur eſt controuerſum, an intelligenda ſint illa verba textus de his rebus mobilibus, quæ ſeruando ſeruari poſſunt.

Affirmantem ſententiam ſecuti ſunt Aretin. Faber & Rimin. in d. §. admonendi, & Franc. de Caldas loco proximè citato, in fine.

A Negantem verò Simon. & Vaſquius locis annotat. ille nu. 21. iſte nu. 74.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia res tantum immobilea alienari prohibentur abſque decreto: res verò mobiles nequaquam; immò alienari poſſe argumẽto eſt lex iſta: Si enim de immobilibus intelligenda nõ eſt, ut ſaltem de mobilibus intelligatur, neceſſe eſt.

Poſterioris autem ſententiæ argumentum potiſſimũ eſt in l. lex quæ tutores, C. de adminiſtrat. tut. vbi etiam mobilia precioſa, & quæ ſeruari poſſunt, alienari à tutoribus & curatoribus prohibentur abſque decreto.

Reſpondet Riminaldus, eam legem non loqui de ipſo minore adulto qui alienauit, ſed de tutore & curatore B alienantis abſque decreto.

Sed, vt mihi videtur, non rectè, quia minor adultus curatore carens, plus iuris non habet, circa rerũ ſuarum alienationem, quam curator eius, cum curatorem habet. Et cum ipſe minor vna cum curatore alienare non poſſit tales res mobiles abſque decreto, abſurdum eſt exiſtimare, eum ſolum, curatore carentem, poſſe. Niſi aliud magis etiam abſurdum dixeris; nempe curatorem ſolum alienare non poſſe, vna cum adulto poſſe, quaſi ipſius adulti curatorem habentis, qui non eſt abſimilis ei, cui bonis interdictum eſt, in alienatione talium rerum magna ſit habenda ratio.

C Poſteriorem igitur ſententiam lubens amplector, priorem vero non vero niti fundamento, magis eſt ut opiner.

CAPVT II.

Vtrum minor authore tutore alienare poſſit abſque decreto iudicis poſſeſſionem rei immobilis.

SVnt complures magni nominis doctores, qui minorem authoritate tutoris interueniẽte alienare poſſe crediderunt, poſſeſſionem nudam rerum immobilium abſque decreto iudicis. ita enim docuerunt Bart.

in

in l.a.§.ſi a pupillo,ff.pro emptore. Alex.in l. poſſeſſionẽ A pupillus,nu 3.ff.de acq.poſſeſ. Tiraq. de legib. connub. gloſ. 5.nu.170.Pet.de Rauenna,ſing.541. Tuſchis. Iaſ.in l.1.§.ſi vir vxori,nu.14.ff de acquir.poſſeſ.

Quibus adſtipulatur primò quòd non dicitur alienare,qui poſſeſſionem amittit,l non alienat.ff de reg. iur.

Secundò tex.à contrario ſenſu in l.poſſeſſionem pupillum ff.de acq.poſſ.nam cum dicat; poſſeſſionem pupillũ amittere nõ poſſe ſine tutoris authoritate, a cõtrario ſenſu innuit, cum tutoris authoritate poſſe.

Tertiò adſtipulatur tex.in l.a.§.ſi à pupillo,ff pro emptore,vbi ſi à pupillo emero ſine tutoris authoritate, quẽ pubetem eſſe putem, vſucapio ſequitur. Conſequẽter in emptorem poſſeſſio tranſfertur,quia ſine poſſeſſione vſucapio non procedit. Debet autem argumentum ſumi,intelligendo text. vt ibi per glo.nempe,pupillum cum authoritate tutoris tradidiſſe rem venditam,licet abſq; authoritate vendiderit.

B Sed iſtis non obſtantibus,contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico,quam ſecuti ſunt Bart.in l.creditores, nu.5.C.de pignor.Hyppol Rimin.in §.2.nu.38. Inſt.quibus alien.licet vel non. Simonc.de decretis,par.2.inſp.8.

Probatur hæc ſententia ſatis luculenter ex l.magis puto,§.1.ff.de reb.eor.qui ſub tutela vel cura ſunt,vbi I.C. *Si Pupillus fundum bona fide emptum poſſideat, dicendum puto nec nunc alienare tutores poſſe.* Hic nõ alienatur fundus,ſed poſſeſſio fundi, & tamen alienari non poteſt.

Quod vero dicitur,eum non alienare, qui poſſeſſionẽ omittit,nihil obſtat:quia aliud eſt poſſeſſionem omittere,aliud in alium transferre. Is enim,qui occaſione acquirendi non vtitur,non intelligitur alienare,vt in l.alienationis,28 ff de verb. ſig. & ideo ait lex duntaxat *omittit*. Non etiam ad alium transfert,vt optimè adnotauit eruditiſſimus Petrus Faber, in commentarijs ad d. regul. non alienat.

Argumentum autem a contrario ſenſu ex d. l. poſſeſſionem pupillum,nihil mouet:quia ita ſumi poteſt,vt nimirum cũ authoritate tutoris poſſeſſionem pupillus trãſferre poſſit,ſcilicet adhibitis alijs ſolemnibus,nempe iudicis decreto,& cauſa iuſta. Sic & in l.1.ff.quæ res pignori obl.non poſſunt,textus dicit. Pupillũ ſine authoritate tutoris hypothecam dare non poſſe, & tamen nec cum tutoris authoritate poteſt ſine decreto iudicis,vt optimè ibi not gloſſ.

Denique illa gloſſæ expoſitio in d.§.ſi a pupillo, mera diuinatio,eſt,& ex errore facti procedit in ea ſpecie vſucapio,& poſſeſſionis acquiſitio.

CAPVT III.

Vtrum minor abſque decreto & alijs ſolemnibus,rem immobilem alienare poſſit,ſi ea aliena tio vtilis ſit.

NOn deſunt magni nominis Doctores, qui alienationem a minore factam abſque decreto,ob vtilitatem valere contendant,quos recenſet copioſè Tiraquel.de legibus Connubialibus glo.8.nu.68.q.8. Simoncel.de decretis,par.2 inſpect.17.

Eorum vero argumenta hæc ſunt. Primum eſt ex.l.cũ hoc.§.eam tranſactionem,ff.de tranſactio,vbi,cui relicta ſunt alimenta, tranſigere poteſt abſque decreto Prætoris,ſi et ſit vtilis tranſactio.

Secundo eſt ex eo, quod & ſententia ſecundum minorem,licet indefenſum,lata,valet; licet contra eum lata, non valet,l.non ideo minus, C.de procurat.

Tertium eſt ex l.vlt.ff.de iure dotium,vbi valet fundi dotalis alienatio propter vtilitatem mulieris.

Quartum eſt illud,quia ubi minor ſuam cõditionem meliorem facit,& locupletior ex contractu efficitur,obligatur,l.ſi.pupilli,ff. de neg.geſtis,l.cui bonis,ff. de nouation.l.pupillus,§.1.ff.de author.tutor.

A Quintum argumentum eſt, quia decretum & cætera ſolemnia ideo adhibentur, ut minorum vtilitati ſit conſultum, & vbi adhibentur, contractus præſumitur eſſe in vtilitatem pupilli & minoris,cum ergo clarum ſit, cõtractum eſſe vtilem,non videtur opus eſſe decreto, quia in claris non eſt opus coniecturis.

Cæterum hanc ſententiam impugnarunt multi,quos commemorat Simoncellus loco annotato, & manifeſtè falſam eſſe conuincit tex.in l.magis puto,§.ſi æs alienũ, ff.de rebus eorum, *Si æs alienum non interueniat, aut tutores tamen allegent, expedire hæc prædia vendi, & alia comparari,vel certè iſtis carere. Videndum eſt an Prætor eis debeat permittere & magis eſt,ne poſſit. Prætori enim nõ liberum arbitrium datum eſt diſtrahendi res pupillares,ſed ita demum ſi æs alienum immineat.* Concordat tex in l ob æs,C.de præd.minor, quem tex. perperam interpretatur Alc lib.4.Diſpunct.c.5. Multum etiam facit ad hanc ſententiam text.in l.ſi fundus ſterilis,ff.eo.tit.

B Nec difficile eſt ad argumenta in contrarium reſpondere. Nam ad §.eam tranſactionem, clara eſt reſponſio, quia eam tantum tranſactionem oratio improbat, quæ iccirco fit,ut pecuniam repræſentatam alimentarius conſumat. Quare ſi non ex tranſactione eam conſumat, ſed potius meliorem ſuam cauſam reddat, tranſactio nõ improbatur. At hic improbatur alienatio,etiam utilis & fructuoſa pupillo,& tantum illa permittitur,quæ fit æris alieni diſſoluendi gratia.

Ad ſecundum reſpondeo:ſententiam valere pro minore latam,quia non ob aliam cauſam ei curatorem dari lex voluit,quam ut defenderetur,ne cauſam amitteret. Quare cum victor eſt,merito ſententia valet, quia ceſſat ratio legis. Nec quod fauore introductum eſt, in odium retorqueri debet.

Ad tertium autem,ex l. vlt. ff. de iure dotium reſpondeo,feudum dotalem ibi alienari, vt creditoribus ſatiſfiat,quod & in fundo pupillari facilè reciperetur.

C Ad quartum,concedo,pupillum obligari,quatenus ex contractu locupletior efficitur: ſed hic non agitur de obligatione minoris,ſed de rei alienatione,quæ hoc in caſu permiſſa non eſt.

Ad quintum reſpondeo,alienandi facultatem eo duntaxat caſu eſſe permiſſam, quo æs alienum vigeat, vnde ea cauſa ceſſante non valet etiam cum decreto Prætoris.

CAPVT IIII.

Vtrum minori in integrum reſtitutio concedenda ſit ob læſionem non enormem, ſed non minimam tamen.

SFortia Oddus in tract.de integ. reſtitut. controuerſam hanc quæſtionem tractat in 1.par.q.4.art.12.& copioſè omnium Doctorum ſententias refert,quorum aliqui reſtitutioni locum eſſe propter modicam læ- D ſionem,non tamen minimam,dixerunt, aliqui negarũt, aliqui vero inter quos eſt & ipſe Oddus, hanc rem arbitrio iudicis definiendam putarunt.

Et ſanè ut mihi uidetur,hac de re clara legis definitio non eſt in promptu. Etenim ſunt leges, quæ damnum grande,ſiue enorme requirunt, vt proinde argumento ſint,mediocre damnum non ſufficere,vt in l.penult.ff.de minor.in l.ſi ex cauſa,ff.eo.in l.1.C.ſi aduerſus vendit.pignor.quanquam ex duabus poſterioribus, quia in ſpeciali caſu loquuntur, contrarium aliqui argumentũ ſumant. Sunt leges,quæ propter minimã quantitatem reſtitutionẽ negant,ut in l.ſcio,ff.de integr.reſtit vt proinde argumẽtari liceat eſſe concedendã vbi læſio non eſt minima.

De mediocri læſione & damno plenè nulla expreſſa lex. Ego tamen in eam ſententiam ſum procliuior, quæ reſtitutioni fauet propter modicã ſeu mediocrẽ aliquam læſionem,authoritate l.minoribus.6. ff. de minoribus. *Minoribus*, inquit, *viginti quinque annis ſubuenitur per in integrum*

grum reſtitutionem, non ſolum cum de bonis eorum aliquid minuitur, ſed etiam cum interſu ipſorum litibus & ſumptibus non vexari.

Secũdo authoritate l.8.ff.eo.ti.ibi: *Dum elegit deteriorem*: Item ibi: *Et pretioſiorem dederit*, quibus ſane verbis oſtenditur minorẽ eſſe reſtituendum, ſi elegerit rem deteriorem, vel ſi precioſiorem dederit, quibus in caſib. fieri poteſt, vt non magna contingat læſio.

Tertio authoritate l.patri, §.itẽ ex diuerſo, ff.eo.ti. vbi patet minorem reſtitui, ſi rem minore pretio, quẽ oportuit, vendiderit. Nec diſtinguit lex an magna fuerit læſio vel modica circa pretium.

Ad leges, quæ requirunt grande damnum, reſponderi poteſt, eas loqui de venditione facta in caſibus à lege non prohibitis, ſed permiſſis, puta de venditione pignoris, merito tunc grandis læſio requiritur, vt in integrum reſtituatur minor. Hæc mea eſt de re perquam obſcura ac difficili conie[illegible]ra ac ſententia.

CAPVT V.

Minor vigintiquinque annis iuriſperitus ſi ex contractu læſus fuerit, vtrum in integrum reſtitui poſſit.

COmmunior eſt doctorum ſententia, minorem quinque & viginti annis iuriſperitum ex contractu læſum, in integrum reſtitutionem poſtulare non poſſe, ſicuti authoribus allatis fidem facit Sfortia Oddus, de reſtitut. in integrum par.1.quæſt.23.art.7.

Argumenta ſunt iſta. Primum, talis doctor reſtitutionem petens turpitudinem ſuam allegaret: turpe eſt enim in iure verſantis ius ignorare, l.2.§.Quintus Mutius, ff.de orig. iuris.

Secundum, quia iuriſprudentia eſt diuinarum atque humanarum rerum notitia, l.iuſtitia, §.iuriſprudentia, ff.de iuſt.& iu. Qua fronte ergo is, qui rerum diuinarum atque humanarum notitiam profitetur, ſe læſum eſſe, ac proinde reſtituendum allegare poterit?

Tertium argumentum eſt ex l.regula, §.ſed iuris, ff. de iuris & facti ignor. ibi: *vel ſua prudentia inſtructus ſit*, &c. Itaque profeſſio hoc in caſu, & petitio repugnare inuicem videntur, vt alibi dicit tex. in l.profeſſio, C.de munerib. patrim. lib.10. Et hic ſcientia ætatem ſupplet, l.3.C.ſi minor ſe maiorem dixerit. Quare, vt ex Cicerone & aliis conſtat, olim iuriſperiti non ſolum de iure, ſed etiam de filia collocanda, de agro emendo, ac de omni alio negocio & officio conſulebantur.

Verum iſtis nil morantibus, contrariam ſententiam probabiliorem ac iuri magis conſonam exiſtimo, quam & nouiſſime defendit Franc. Sarmiẽtus lib.3. ſelect. interpret. cap.12.

Probatur hæc ſententia argumento ſumpto ex l.1. C. qui, & aduerſus quos, vbi Alex. Imperator docet, etiam ſi quis diligẽs pater familias ſit, actibuſque publicis ita ſe induſtrium probauerit, vt lapſum eum per ætatem veriſimile non ſit, tamen ſi cauſa cognita circumuentus deprehendatur reſtituendum eſſe: *In conſilio quidem cognoſcentis*, inquit, *de reſtitutione in integrum eſſe oportet, & eum is, qui ſe minorem annis læſum eſſe dicit, diligens pater familias fuerit actibuſq; publicis induſtrium ſe docuerit, vt lapſum eum per ætatem veriſimile non ſit. Verum ſi cauſa cognita circumuentus deprehendatur, propter hoc ſolum, velut præſcriptione a ſolito auxilio remoueri non debet, ſcilicet, quod vrgentibus patriæ neceſſitatibus decurio minor annis creatus ſit*. Hactenus ille. Ad eandem ſententiam alludũt Vlpiani verba, in l.1.ff.de minoribus, ibi: *Neque enim communis rei ſuæ adminiſtratio eis debebit, quamuis bene rem ſuam gerentibus*, &c.

Sic ergo, licet veriſimile non ſit, talem minorem propter iuris peritiam contrahentem circumueniri, tñ ſi cir-

A cumuentus appareat, reſtituendus erit in integrum.

Non obſtant argumenta in contrarium, quia aliud eſt ſcientia iuris, aliud in rebus agendis prudentia, quæ non ex Iuriſconſultorũ libris, ſed ex vſu & experientia comparari poteſt. Nec enim iuriſprudentia eſt ea rerum humanarum ſcientia, de qua agitur. Neque vero crediderim olim tales Iuriſconſultos de omni negocio & officio reſpondiſſe, qui nondum annos perfectæ ætatis compleuiſſent.

CAPVT VI.

Iuramentum an repetitum cenſeatur, prorogatione temporis debitori facta ad ſoluendum.

SI debitori, qui iurauit ſe ad certum tempus ſoluturum, tempus prorogetur, an ipſum etiam iuramentum repetitum videatur, controuerſi iuris eſt.

B Et quidem repetitum cenſeri reſponderant Bald. in c cũ venerabilem, col.penul.de elect. Bartolus licet ſub obſcure in l.cũ ſtipulatus ſim mihi Proculo, ff.de verb. oblig.& in l.2.§ & poſt operis, & ibid. Alex.col.5.& Iaſ. num.8. Cagnol.in l.lecta, nu.26.ff.ſi cert.petat. Felyn.in c.1.col.2.verſ. vtrum autem creditor, de iureiur. Capella Tholoſana deciſ 181. Boer. deciſ. 284. nu.11. nouiſſimè Seraphinus Senenſis de priuilegiis iuramenti, priuil.22. nu.88. Couar.in rub.de pactis, in princ. poſt nu 6. verſ. quinto, vt difficultatem. Non ignoro alios ab Antonio Gabrielio citati, commu.concl.ti. de dilationib.concl.1. num.11. Sed ij loquuntur in alia ſpecie, de qua dicam in ſequenti capite.

Argumenta huius ſententiæ hæc ſunt. Primum eſt ex communi quadam regula. Prorogationem factam cẽſeri cum eiſdem qualitatibus, quas habet prior obligatio l.lecta, ff.ſi cert.pet.l.ſed ex ſi manente, ff.de precario.

Secundum argumentum eſt l.item quæritur, §.qui im-

C pleto, ff.locati. vbi reconductio facta uidetur cum eiſdẽ obligationibus. Sic enim ait textus. *Qui impleto tempore conductionis, remanſit in conductione, non ſolum reconduxiſſe videbitur, ſed etiam pignorum videtur durare obligatio*, &c.

Tertium argumentum ſumitur ex doctrina Innocentij, in c.præterea requiſiuiſti, de appellatio. vbi tradit præcepto debitori facto, ut ad certum tempus ſoluat ſub pœna excommunicationis, ſi prorogetur tempus à creditore, prorogationem factam cenſeri ſub eadem pœna excommunicationis.

Contrariam ſentẽtiam ſecuti ſunt Decius in c.de cauſis, poſt nu.7.de officio deleg. Cardinalis in Clem.1 §.nos itaque, q.3. de iureiur. Berous q.100. ad finem. Eiuſdem ſententiæ commemorantur Iaſon in l.lecta, ff.ſi cert.petat. & Catellianus Cotta in memorabilibus, in verbo, iuramentum interpoſitum, qui tamen parum ab hac ſententia facere videntur.

D Fundamentum vero eſt in c.penult.de iureiur. *Clericus*, (inquit Gregorius) *qui iurauit ſe ſtatuta in Eccleſia ſua edita ſeruaturum, promittens per idem iuramentũ ſtatutum, quod poſtmodum ſecutum eſt, fideliter obſeruare, licet tranſgredi non debuerat, quod promiſit, non tenetur ad illius obſeruantiam ex debito præſtiti iuramenti.*

Ego priorem ſententiam veriorem eſſe cenſeo. Nam quod Gregorius ſtatuit in d.c.pen. ad hanc ſpeciem non pertinet, ſed ad eam, in qua de iuramento extendendo agitur ad nouam, & diuerſam rem. Aliud eſt enim ſtatutum iam editum, aliud poſtea ſecutum. Quare iuramẽtum præſtitum de ſeruandis ſtatutis iam editis, extendi non poteſt ad ſtatuta poſtea edita, que ſunt diuerſa, & non eadem cum prioribus. Sed in quæſtione noſtra licet terminus ſolutionis prorogetur debitori, manet tamen eadem obligatio, quia prorogatio nihil detrahit, nec mutat priorem obligationem, ſed duntaxat tempus addit nouum. Atque ita cenſeo.

A

CAPVT VII.

Iuramentum an cenſeatur repetitum prorogatione compromiſſi facta.

SI certum tempus compromiſſo adiectum ſit & iureiurando promiſſum ſit de ſtando & parendo arbitri ſententiæ, & poſtea cōpromiſſi tempus prorogetur, controuerti ſolet, an & iuramentum repetitum cenſeatur.

Et repetitum uideri, authores ſunt Calcaneus cōſ. 80. nu. 15. Andreas Siculus in conſi. 31. lib. 1. & alij, quos refert & ſequitur Boerius deciſ. 284. num. 13. Huic ſententiæ adſtipulantur omnia argumenta, quæ ſupra in præcedenti capite pro priori ſententia retulimus.

Cæterum, non uideri repetitum iuramentum, authores ſunt Soc. ſen. in conſi. 59. col. 2. lib. 3. Bal. in conſ. 436. lib. 1. Marſilius ſing. 300. Ruynus in conſ. 61. num. 38 & 39. lib. 5. Couar. in Rub. de pact. in princ. nu 6. verſ. octauo ſi prorogatio. Alios citat Gabr. commu. concl. ti. de dilationib. concl. 2. nu 11. verſ. contrarium in iuramento, necnon Seraph. Senenſis de priuil. iuram. priu. 22. nu. 71. B

Fundamentum eſt in d. c. pen. de iureiur. cuius verba in ſuperiori capite retulimus, & in eo, q. iuramentū verba requirat & ſcripturarum tactum.

Tertia eſt opinio diſtinguentium; aut prorogatio cōpromiſſi facta eſt ex partium conuentione, quæ ipſi compromiſſo inſerta fuerit, puta ſi arbitris certū tempus aſſignatum fuerit ad pronunciandum, poteſtate eiſdem facta illud prorogandi, & tunc prorogatione temporis facta, repetitum cenſetur iuramentum. Aut prorogatio facta eſt ex partium quidem conuentione, ſed nequaquam ipſi compromiſſo adiecta, & tunc ſecus eſt dicēdum. Ita diſtinguit Blancus de compromiſſis, q. 7. num. 15. & 16. Couar. loco annotato, verſ. ſeptimo hinc deducitur, & in verſ. ſequenti, necnon Seraphinus loco proxime citato, num. 84.

C

Prioris membri diſtinctionis fundamentum eſt, quia cum ea lege ſit compromiſſum, vt elapſo tempore ad pronunciandum dato, arbitris liceat illud prorogare, tunc iuramentum de ſtando & parendo arbitri ſententiæ eū habet ſenſum, vt compromittentes iuraſſe intelligātur, ſe arbitrorum ſententiæ parituros, quandocūque proferretur, ſiue intra tempus poſtea prorogatum.

Poſteriori vero membro diſtinctionis fundamentum eſt in d. c. pen. de iureiur. & in aliis argumentis, quibus probatur iuramentum non extendi ad alium actum; itē in eo, quod talis prorogatio videtur nouum compromiſſum inducere.

Sed non deſunt, qui & hanc diſtinctionem noua diſtinctione coarctent, vt nimirum locum habeat, vbi cōpromiſſi tempus prorogatur, antequam elapſum fuerit tempus ei præſtitutum, ſecus ſi poſtea, quia tunc videtur eſſe nouum cōpromiſſum, vti declarant Couar. loco ſupra annotato, verſ. ſexto ſi certe, & Beroius quæſt. 100. nume. 12. D

Verum iſti non reſpondent ad argumentum, quo probatur iuramenti compromiſſo adiecti eam eſſe vim, vt cōpromittentes obliget ad parendum arbitri ſententiæ, perinde ac ſi iuraſſent ſe parituros arbitri ſententiæ proferendæ tam in primo termino, quam in ſecundo.

Quare mihi tertia ſententia ſimpliciter probatur, & confirmari eiſdem fere argumentis poteſt, quibus ea ſententia nititur, quam in præcedenti capite firmauimus, nempe iuramentum repetitum cenſeri, vbi debitori prorogatum eſt tempus ad ſoluendum.

Ad cap. penult. de iureiur. ſuperius eſt reſponſum in præcedenti capite. Nec verum eſt, iuramentum requirere verba, aut tactum ſcripturarum, vt dicemus in ſequenti.

CAPVT VIII.

Vtrum iuramentum requirat neceſſario verba.

IVramentum neceſſario verba requirere cenſuerunt Bart. in l. & per iuſiurandum, ff. de acceptil. et in l. qui iuraſſe, ff. de iureiur. Alb. Fulg. & Roman. ad l. 1. ff. de verb. obl. Alios citat Tiraq. de legib connubialibus, glo. 7. nu. 18. Quibus adde Auguſtinum Beroium, q. 100. nu. 4 authoritate text. in §. ſed neque, in Authen. de mandatis Principum, vbi Iuſtinianus ita dicit: *Sed neque hæc, quæ dicuntur verba, id eſt, Iuſiurandum prompte dare feſtines*, &c. Item authoritate c. pen. de iureiur. quatenus ibi S. Pont. docet, iuramentum non obligare, quo ad ſtatuta poſtea facta, quod non alia ratione accidit, niſi quia conſenſus iurantis nō ſufficit, ſed verba etiam requiruntur.

B

Altera eſt ſententia; iuramentum non neceſſario verba requirere. Authores ſunt Petrus Iac. & Cyn. in Auth. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vendit. Panormit. in rubr. de iureiur. & Couar. in rubr. de pact. in prin. ſub nu. ne. 4.

Fundamentum eſt; quia iuramentum præſtatur Deo, Deus autem nouit hominum mentes & corda, licet nō loquantur, cap. ſi quid inueniſti, 14. quæſt. 5. cap. erubeſcant, 32. diſtin.

Tertia eſt ſententia diſtinguentium; aut in his verſamur, qui non poſſunt loqui, & tunc neceſſario verba non requiruntur, quoniam mutus iurare poteſt, quod patet, quia teſtificari poteſt, ſi ſciat ſcribere, vt not. gloſ. in cap. teſtes, in verſ. quæ nouerunt, 3. quæſtio 9. adducta l. diſcretis, C. qui teſtamen. facere poſſunt, is autem, qui teſtificatur, iurare debet, l. iuſiurandum, C. de teſtibus, cap. tuis, cap. in fraternitatis, eodem titu. Aut in his verſamur, qui poſſunt loqui, & verba requiruntur.

C

Huius diſtinctionis authores ſunt Alexan. ad l. 1. ff. de verb. obl. Caſtren. Aret. Iaſ. in l. qui iuraſſe, ff. de iureiur. Eteam eſſe iuri valde conſonam, dicit Alciatus in rub. de iureiur. nu. 23.

Mihi ea ſententia videtur probabilior, quę negat verba eſſe neceſſaria, & conſuetudine quoque recepta eſt, teſte Alciato loco proxime citato.

Nec prioris ſententiæ fundamentum obſtat, quia q. attinet ad textum in §. ſed neque, in Authent. de Mandatis Principum, nihil probat; dicit enim Imperator ibi Præſides non debere facile in longius tempus, quam triginta dierum ſecuritatis promiſſionē concedere, quē vulgo ſaluum cōductum appellamus. Sic enim Holoander tranſtulit, & recte fidem publicam, ſiue verbum & ſecuritatem publicam.

Ad tex. in cap. penult. de iureiur. reſponſio patet: quia iuramentum ibi Clericum non obligat ad ſeruanda ſtatuta poſtea facta, non verborum defectu: ſed quoniam iuramentum is præſtiterat de ſeruandis ſtatutis conditis. Quamobrem tale iuramentum extendi non poteſt ad futura, ſed nouo iuramento & conſenſu opus fuit. Afferuntur & alia quædam pro contraria ſententia, ſed leuiora ſunt, quam vt confutatione egeant. D

CAPVT IX.

Conciliatio l. puberes, 101. ff de verb. oblig. cum l. ſi curatorem, C. de in integ. reſtit. minor.

SEd vt reuertamur ad l. ſi curatorem habens, C. de in integrum reſtitut. minor. illud etiam cōtrouertitur, quomodo ſit conciliāda cum l. puberes, 101. ff. de verborum obligation. Dicit enim hæc: *Puberes abſque curatoribus ſuis ex ſtipulatu obligari poſſe*. Illa vero, minorē, qui curatorem habet, res diſtrahere non poſſe abſque curatoris authoritate.

Anti-

Antiquorum interpretum communis eſt ſententia, l.101. loqui de puberibus curatores non habentibus, unde non diſcrepat à l. ſi curatorem habens, quoniam & illa vult adultum curatore carentem contrahere poſſe.

Nō rectè, quia textus dicit, puberes ſine curatoribus ſuis poſſe ex ſtipulatu obligari. Illud verbum, *ſuis*, indicat Iuriſcon. loqui de puberibus curatores habentibus. Iacobus Cuiacius in commentarijs d.l.101. ita reſpōdet, puberes, qui curatores habent, ex ſtipulatu obligari poſſe, vt ibi, ſed res ſuas diſtrahere non poſſe, vt in d.l. ſi curatorem: quia curator datur rebus, vnde res diſtrahi non poſſunt eo non conſentiente. Sed quo minus minor ſuā perſonam obligare poſſit abſque curatoris authoritate, nihil impedire poteſt, facit quod habetur in l. ſciendum, ff. de ritu nuptiarum.

Cæterum, Franc. Duarenus contra in commentarijs d.l.101. *Nec ſententiā eorum probo*, inquit, *qui diſtinguūt alienationem rerum ab obligatione perſonæ. Cum Diocletianus in reſcripto ſuo de rerum venditione loquatur, ex qua perſonalis naſcitur obligatio, nec minus ſtipulatione, quàm venditione res alienari poſſint, ſi traditio ſequatur.*

Non rectè Duarenus; quia venditionis cōtractus non ſolum obligationem perſonæ continet, ſed rerum etiam diſtractionem, quare licet obligare ſe minor poſſit, non tamen res diſtrahere poteſt, quod fit per venditionem, & ſic argumentum Cuiacij non tollitur.

Quod vero res ex ſtipulatu poſſint alienari, ſi traditio ſequatur, nihil officit Cuiacij ſententiæ. Nam Iuriſcō. in d.l.101. non de tali ſtipulatione loquitur, quæ cum traditione transferat dominium rei, nec talem poteſtatem minori concedit abſque curatore, ſed tantum dicit obligari poſſe puberem ex ſtipulatu, quod eſt accipiendū de perſonali obligatione iuxta naturam ipſius tituli de verborum obligationibus, non autem vbi ſtipulatio rerum cōtinet alienationem, quia ſic repugnaret Diocletiani & Maximiani reſcripto, in d.l. ſi curatorem habens.

Impugnat & Cuiacij interpretationem Robertus Aurelianus, lib. 1. Animaduerſionum iuris, c.12. ſed reſpondet egregiè Antonius Mercator in notis ad illud caput. Nec illam reſponſionem euertunt, quæ idem Robertus replicat in notas Mercatoris. Videat, qui cupit, neque enim mihi omnia referre in animo eſt.

CAPVT X.

Vtrum conſtitutio Friderici Imperatoris, quæ eſt in Auth. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend. locum habeat in impubere doli capace.

QVod Imperator Fridericus ſtatuit in Auth. ſacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend. locum ſibi vindicare etiam in impuberū iuramentis, quādo ſunt doli capaces, exiſtimarunt ibi Bar. Caſtr. & Alex. in l. qui iuraſſe, ff. de iureiur. Rom. ad l. ita cui bonis, ff. de verb. obl. And. Iſernia, & Afflict. in §. item ſacramenta puberū, u. de pace iuram. firman. Affl. deciſ. 322. & ibidē Vrſillus, in addit. Pan. in conſil. 39. lib. 1. & in conſil. 108. lib. 2. Hoſt. Io. And. & Imola, in c. cum contingat, de iureiur. Arch. in c. quamuis, de pactis, lib. 6. Dec. & Cag. in l. pupillum, de reg. iur. Corn. in conſi. 240. lib. 1. Seraphinus Senenſis de priuilegijs iuramenti, priuil. 83. numero 24. & 25.

Argumenta ſunt iſta. Primum ſumitur ex eo, quod pupillus tenetur furti & periurij, c. 1. de delictis pueror. l. impuberem, ff. de furtis, l. pupillum, de reg. iur.

Secundum eſt ex c. ex litteris, 2. de ſponſalib. vbi dicitur impuberes iuramento obligari ad matrimonium cōtrahendum.

Tertium ex l. vlt. ff. de liberali cauſa, ibi: *In eum, qui impubes iurauerit, ſcilicet, qui & iurare potuerit, danda eſt vtilis actio*, &c.

Cæterum, contrariam ſententiam ſecuti fuere gloſſa,

A Petrus Cynus, Iacobus Butr. Baldus, Angelus, Fulgoſ. Alber. & Iaſ. in d. Auth. ſacramenta puberum, Alcia. in c. cum contingat, nu. 229. de iureiur. Couar. in epitome de ſponſ. par. 1. c. 5. §. 1. nu. 4.

Argumenta ſunt iſta. Primum, quia Friderici conſtitutio loquitur de pubere, ergo non eſt trahenda ad impuberem.

Secundum eſt, quia iuramentum debet habere tres comites, Veritatem, Iuſtitiam & iudicium, cap. etſi Chriſtus, de iureiu. impubes autem non videtur habere iudicium, ſaltem plenum ac integrum, ut requiritur.

Tertium eſt ex eo, ꝙ impubes voto non obligatur, c. 1. de regularibus, lib. 6. nec igitur iuramento.

Hanc ſententiam poſteriorem veriſſimam eſſe cēſeo: Eſt enim animaduertendum non ſolum eam conſtitutionem de puberibus loqui, verum etiam continere maximum rigorem, quia mandat ſacramenta puberum ſuper alienationibus rerum ſuarum inuiolabiliter obſeruari,
B cum tamen alioqui alienationes fieri non poſſint abſque decreto iudicis, ut patet ex toto tit. ff. de reb. eor. qui ſub tutela vel cura, & C. de prædiis minor. quamobrem non defuere olim, qui conſtitutionem illam damnarint, veluti Cyn. nec deſunt etiam hodie, vt patet ex Duaren. in comment. ad ti. C. de in integr. reſtit. minor. Ideo lex Friderici videtur eſſe intelligenda de ſolis puberibus, non etiam ad impuberes extendenda.

Ad argumenta facilè reſponderi poteſt: Nam etſi delinquendo impuberes obligentur, uel etiam matrimonium contrahendo, aut in alijs caſibus, non tamen rectè infertur eos etiam obligari, dum res ſuas alienant contra legis formam.

CAPVT XI.

Vtrum contractus iuramento confirmetur, cum alioqui eſt inualidus, an vero ipſum duntaxat iuramentum ſeruandum ſit.

C SEd hic controuertitur, an contractus minoris ſuper alienatione rerum, & aliorum, qui eſt alioqui inualidus, iuramento confirmentur.

Et ſunt qui negent confirmari, ſicuti Iaſ. in Auth. ſacramenta puberum, nu. 37. C. ſi aduerſus vend. Alcia. in c. cum contingat, num. 116. de iureiu. vbi alios citat; quorum fundamentum illud eſt, quod Leges & Canones dicunt iuramenta obſeruari debere, non autem cōtractus iuramento firmari, vt patet ex d. Authen. ſacramenta puberum, & ex dicto c. cum contingat.

Cæterum, contraria ſententia, quæ talea cōtractus iuramento confirmari docet, mihi videtur & communior & probabilior. Primum ex c. quamuis, de pactis, lib. 6. in illis verbis: *Si tamen iuramento, &c. firmatum fuerit, omnino ſeruari debebit.* Hæc verba referuntur ad ipſum pactum, & indicant illud iuramento firmari.

D Secundo ex l. 1. C. ſi aduerſus vend. in illis verbis: *Neque perfidia, neque periurij me authorem ſperare debuiſti.* illud verbum (*Perfidiæ*) refertur ad contractum, vnde ſi iuramento non confirmaretur, nulla eſſet perfidiæ deteſtatio, quia contractus minorum quinque & viginti annis ſuper alienationibus bonorum, ex legibus & conſtitutionibus infirmantur, daturq; minoribus ea poteſtas, vt eos infringant, ut in l. 1. & toto tit. ff. de reb. eorū, &c. & C. de prædijs minorum.

Tertio hoc argumento moueor, quia ſi duntaxat iuramentum ſeruandum eſſet, & non etiam contractus cōfirmaretur, videretur eſſe cogendus is, cui iuramentum præſtatur, ad relaxandum tale iuramentum, veluti præſtitum in contractu nullo, & inualido, ac proinde illicito, ac non ſeruando, argumento, c. 1. de iureiur. quod tamen nullibi vel canones, vel leges inſinuant.

Atque hanc ſententiam ſecuti fuere Bart. in l. ſi quis pro eo, nu. 9. ff. de fideiuſſor. Cur. in conſil. 47. num. 4. &

 alij,

alij, quos refert, & ſequitur Couar. in c. quamuis, in 2. par. A releċt. §. 1. nu. 7. de paċt. lib. 6. & Seraph. Senenſis alijs adductis de priuilegijs iuramenti, priuil 61.

Ad argumentum reſpondeo, vtrunque caueri, vt uidelicet & iuramentum ſeruandum ſit, & contractus ipſe tã quam iuramento firmatus.

CAPVT XII.

Vtrum ex iuramento promiſſorio oriatur actio.

CElebris eſt controuerſia; vtrum ex iuramẽto, quod promiſſorium vocatur à doctoribus noſtris, oriatur actio & obligatio. Quę res vt melius intelligatur, prius diſſerendum eſt, quid ſecundum ius Canonicum.

Quod attinet ad ius ciuile, duæ ſunt doctorum ſententiæ; altera ex iuramento actionem & obligationẽ oriri: altera vero non oriri actionem, neque obligationẽ, ſed officium iudicis implorandum, quo is, qui iurat, compellatur ad obſeruandum iuramentum. B

Prioris ſententiæ authores fuere quidam Vltramontani doctores, vt refert Bald. in l. 1. C. de operis libertor. Item Ludou. Romanus ad l. ſi quis maior, C. de tranſac. & Io. Franc. Purpuratus, ibid. nu. 21. Fortunius ad c. 1. de paċt. nu. 23. Io. Coraſius ad l. admonendi, nu. 12. ff. de iureiuran. Didacus Couar. in relec. rub. de paċt. par. 1. §. 2. poſt nu. 4. & 5. Seraph. Senenſis, alios citans, de priuil. iuramenti priuil. 19. His addi poſſunt Zaſius in rub. ff. de ver. obl. nu. 12. Sarmientus, lib. 1. Selectarum interpretationum, cap. 3. & Petrus Calephatus, ad l. iuriſgentium, §. igitur nuda, nu. 56. ff. de paċt.

Poſterioris autem ſententiæ authores ſunt Bart. ad l. ſi quis pro eo col. 2. ff. de fideiuſſ. Imol. in c. cum contingat, nu 30. de iureiur. Corneus in auth. Sacramenta puberum, ante nu. 39. C. ſi aduerſus vend. Alex. in l. ſi quis maior, col. vlt. C. de tranſac. & ibid. Alc. nu. 64. & Cagn. nu. 130. Iaſ. in l. iuſiurandum, nu. 7. ff. de iureiu. Cuiacius in Paratitlis ad ti. C. de reb. creditis & iureiur. C

Prioris ſententiæ argumẽta ſunt iſta. Primum ex l. vt iuriſiurandi, ff. de operis lib. & ex l. vlt. ff. de liberali cauſa, quibus ex legibus apparet, ex iureiurando liberti obligationem oriri.

Secundum eſt ex d. Authen. ſacramenta puberum, & l. 1. C. ſi aduer. vend. & alijs ſimilib. locis, quibus ſtatuitur iuſiurandum eſſe inuiolabiliter obſeruanda, & eis confirmari contractus & pactiones. Videtur enim in conſequentiá dicendum, ex eis oriri actionem & obligationem.

Tertium ex l. ſi quis maior, C. de tranſac. quatenus ibi dicitur, agi poſſe ad pœnam conſequendam, quæ tranſactioni eſt adiecta. Nam cum ex tranſactione non oriatur actio, l. cum proponas, C. de paċt. cur in ea ſpecie agi poſſit, iuramentum, quo tranſactio eſt firmata, in cauſa eſſe poteſt.

Quartum argum. eſt ex l. quæ ſub conditione, §. quoties, ff. de cond. inſtit. & in l. hæc ſcriptura, ff. de condit. & demonſt. quibus in locis habetur, hæredem, qui iurauit ſe daturum vel facturum, compellendum eſſe ad dandum vel faciendum. D

Poſtremum eſt l. ſeruum, ff. de manumiſſis teſta. in fi. ibi: *Quia niſi poſt manumiſſionem iuret, non obligatur*, & l. ſi quis decedens, §. codicillis, de leg. 3. ibi. *Reſpondi ex his quæ proponerentur, ſcilicet cum iuſiurandum dediſſe ſuper hoc teſtator affirmauit, credendum eſſe ſcripturæ.* Citantur hæ leges à Sarmiento loco annot.

Poſterioris autem ſententiæ præcipuum fundamentũ eſt in l. ſi quis pro eo, ff. de fideiuſſor. *Si quis pro eo*, inquit *qui libertus non eſſet, & operas præſtaturum ſe iuraſſet, fideiuſſerit, non tenebitur.* Nam ſi obligatio naſceretur ex iureiurando, fideiuſſor teneretur.

Poſterior hæc ſententia mihi verior videtur, non quidem eo argumento, quod iam allatũ eſt. Illud enim egregiè confutant Couar. & Sarmientus locis annotatis, ſed eo argumento, quod nullibi cautum reperitur, ex iureiurando actionem oriri, ſeu obligationem, præterquam in liberto, qui operas promittit, l. ut iuriſiurandi, ff. de ope. lib. Vlp. *Vt iuriſiurandi*, inquit, *obligatio contrahatur, libertum eſſe oportet, qui iuret, & libertatis cauſa iurare.* Vnde & Caius lib. 1. Inſtitutionum, ti. 9. *Item & alio caſu*, inquit, *vno loquente & ſine interrogatione alio promittente, contrahitur obligatio. Id eſt, ſi libertus patrono aut donũ, aut munus, aut operas ſe daturum eſſe iurauerit. In quo ſupradictis liberti non tam verborum ſolemnitate, quam iuriſiurandi religione tenentur, ſed nulla altera perſona hoc ordine obligari poteſt.*

Ex his patet reſponſio ad primum argumentum, eſt enim ita ſpecialiter in liberto conſtitutum, ex quo ſequitur, ut in alijs perſonis ſecus ſit dicendum.

Ad ſecundum reſpondeo, iuramento contractus confirmari, & ex eis actionem oriri, non autem ex iuramento confirmante, quia illud non eſt aptum, nec inuentum ad actionem producendam.

Ad tertium reſpondeo, pęnam peti poſſe in ſpecie d. l. ſi quis maior, quia per ſtipulationem promiſſa fuit, ſolebat enim olim adhiberi ſtipulatio pœnæ, vt declarat Alciatus, ibid. nu. 66.

Ad quartum reſpondeo, hæredem, qui iurauit ſe daturum vel facturum, compellendum eſſe, ſed non iure actionis deſcendentis ex iureiurando, ſed iure obligationis deſcendentis ex ultima voluntate defuncti.

Ad vltimum reſpondeo, illud in liberto loqui, quem diximus ex iuramento obligari. ad §. codicillis, reſpondeo, non probari ex eo, q. iuramentum actionem producat, ſed quod ſcripturæ ſit credendum, propter iuramentum teſtatoris.

Quod vero attinet ad ius canonicum, ex iuramento actionem oriri docuerunt gloſ. in c. quoties cordis oculus, 22. q. 7. Io. And. & Hoſt. in c. cum veniſſent, de inſtit. Bar. in l. ſi quis pro eo, col. 2. ff. de fideiuſſo. Fel. in c. 1. de iureiu. Fortunius in c. 1. nu. 26. de paċt. Coraſius in præelud. l. admonendi, nu. 17. ff. de iureiu. Anton. Corſetus in rub. de iureiu. nu. 11. Alc. in c. cum contingat, de iureiu. & in l. ſi quis maior, nu. 68. C. de tranſa. Sarmientus Select. interpr. c. 3. lib. 1. Couar. Seraphinus & Calefactus, in locis ſuperius annotatis.

Fundamentum eſt in c. cum contingat, de iureiu. & concordantibus, quibus dicitur contractus iuramento confirmari. Item in c. debitores, & in c. 1. eo. ti. vbi is, cui præſtatur iuramentum, illud remittere poteſt, ex quo ſequitur, quod actionem habeat. Facit tex. in cap. ecce. 22. quæſt. 1. ibi: *Non enim quando iuras, tibi, aut lapidi, ſed proximo tuo iuras.*

In contraria aũt ſententia fuere Innoc. in c. nouit. de iudic. & in c. cum veniſſent, de inſtit. Imolenſis in c. cum contingat, poſt nu. 31. verſ. ſed aduerte, de iureiur. Iaſ. in l. iuſiurandum, nu. 8. ff. eod. ti.

Fundamentum eſt, quia nullus locus proferri ex iure canonico poteſt, vbi probetur, actionẽ oriri ex iuſto, immò per cenſurã eccleſiaſticam cõpellendum eſſe, eũ, qui iurauit, ad præſtandum quod promiſit, docet S. Pont. in c. vlt. de foro comp. lib. 6. *Cum C. Laicus* (inquit S. Pon.) *pro quo ſolueſtis*, &c. *ſe ſeruare recuſet indemnem contra iuramentum*, &c. *ipſum coram Eccleſiaſtico iudice*, &c. *de iure poteris conuenire. Vt ipſum monitione præmiſſa, per cenſuram eccleſiaſticam*, &c. *prævia ratione compellas.*

Hæc ſentẽtia mihi veriſſima videtur. Ad argumẽta in contrariũ rñdeo, negando ſingulorum conſequentię, & ſi enim iuſto contractus confirmantur, non tñ ſequitur actionem ex eo naſci, quia iuramentum non eſt modus actionis inducendæ & obligationis, ex qua oriatur actio.

Rurſus non eſt bona conſequentia. Iuramentum præſtatur parti, & illa poteſt remittere, ergo actionẽ habet. Nã ius habet pars, cui præſtatur iurũ, ut poſſit per officiũ iudicis iurantem compellere ad ſeruandũ iuramentum, & illud ius remittit, cum iuramentum remittit.

CA-

CAPVT XIII.

De poteſtate ſecularis Principis relaxandi ſeu remittendi iuramentum, & de eo ſtatuendo.

INgens controuerſia eſt, an liceat Principi ſeculari iuramentum relaxare, & remittere, ac de eo ſtatuere.

Sunt enim qui affirmant, Accurſius in l. adigere, §. vlt. ff. de iure patronatus, & alij, quos commemorat Iaſon in l. vlt. ff. qui ſatiſd. cogan.

Sunt qui negant, & horum maior eſt numerus, vt refert Iaſon loco annotato, Couar. ad c. quamuis, de pactis, lib. 6. 1. par. relect. §. 3. nu. 7.

Sunt qui ex cauſis iuſtis publicam vtilitatẽ reſpicientibus id licere contendant, veluti Couar. loco annotato, poſt alios quos citat.

Sunt qui legem ſeu ſtatutum fieri poſſe dicant, vt iuramentum in certis contractibus non obliget, ſed præſumatur dolo extortum, Bart. in l. omnes populi, nu. 24. ff. de iuſtitia, & iure, alios citat Iaſon in d. l. vlt. ff. qui ſatiſd. cogant. & Seraphin. priuileg. 83. nu. 79. Nec deſunt, qui [illegible] etiam poteſtatem Principibus negent, Ruynus in [illegible] l. 51. nu. 23. lib. 1.

[illegible] ris ſententiæ fundamentum eſt in d. l. adigere §. [illegible] *Iulia*, inquit, *de maritandis* [illegible] *mittitur* [illegible] *quod liberto in hoc* [illegible] *ne* [illegible] *xercens* [illegible].

Confirmatur, quia parti eſt permiſſum iuramentum remittere, vt in c. 1. de iureiur. ergo multo magis Principi, qui eſt dominus.

Secundę opinionis fundamentum eſt in cap. nouit. de iudic. & in c. venerabilem, de electio, ibi. *Vtrum verò iuramentum ſit licitum vel illicitum, & ideo ſeruandum, an non ſeruandum extiterit, nemo ſanæ mentis ignorat ad noſtrum iudicium pertinere.*

Tertiæ opinionis fundamentum eſt ex l. quæ ſub conditione, §. ſi quis ſub iuriſiurandi, ff. de condit. inſtit. ibi: *Et magis eſt, vt remitti iuſiurandi religio debeat*, & in l. 2. C. de indicta vidui. toll. ibi: *Nullum concedimus fieri iuramentum, ſecundum prædictam legem.* Et in l. non dubium, C. de legib. ibi in fine. *Nec Sacramentum admitti.*

Quartæ opinionis fundamentum eſt, quia iuramentum dolo extortum, ſeu vt, non obligat, c. quamuis, de pactis, lib. 6. c. cum contingat, de iureiur.

Quin autem poſſit lex ciuilis preſumere iuramentum dolo extortum, ex iuſta cauſa, dubium non eſt; vt, ſi contractus fiat abſque ſolemnibus neceſſarijs, l. quemadmodum, C. de agricolis, & cenſitis, lib. 11.

Poſtremæ ſententiæ fundamentũ eſt, quòd iuramentum ſit res ſpiritualis, de quo proinde ſtatuere, ac diſponere nõ poſſit Princeps ſecularis, ſed Eccleſiaſticus duntaxat; quoniam illa poteſtas: *Quicquid ligaueris ſuper terram, & quicquid ſolueris*, data fuit Petro Apoſtolorum Principi & ſucceſſoribus, non autem laicis hominibus.

Ego diſtinguenda eſſe arbitror iura vetera à nouis? nam ſecundum leges veteres, Principibus abſque dubio poteſtas de facto fuit remittendi iuramentum, & de eo diſponendi, ac ſtatuendi: ſicuti probant leges pro priore ſententia allatę, & præclarè probat l. vlt. ff. ad Municipalem. ibi: *Imperatores Antoninus, & Verus ſcripſerunt gratiam ſe facere iuriſiurandi ei, qui iurauerat ſe ordine non receſſurum.*

Cæterum ſecundum canones, ſolus Eccleſiaſticus iudex iuramentum relaxare poteſt, vt in c. nouit, de iudicijs, quòd vt ſeruetur æquum eſt, quicquid obloquatur Duar. in comment. C. ſi aduerſus vend. quia iuramẽtum præſtatur Deo, & res ſpiritualis eſt; quam tractare, & de ea diſponere ad eum ſpectat, qui poteſtatẽ habet à Deo. Is autem eſt iudex Eccleſiaſticus.

Nec obſtat, ꝙ pars, cui præſtitum eſt iuramentũ, illud remittere poſſit, quia illi eſt ius quæſitum ex iuram. promiſſorio, ꝙ ius proinde remittere poteſt; & aliquando ét

A debet, vt in d. c. 1. de iureiur. Ex quo non ſequitur, Principem ſecularem illud remittere poſſe. Nam neq; illi iuramentum eſt præſtitum, neque ius quęſitum eſt ex eo.

Nullam itaque conſtitutionẽ laici Principis valere iudico de iuramento quomodo relaxando ſeu infirmãdo pręcipientẽ, niſi ab Eccleſ. authoritate robur accipiat.

CAPVT XIV.

Poſſitne minor grauiter læſus in integrum reſtitui aduerſus contractum iuramento firmatum, & abſolui à iuramento.

DIſputatio grauis, perplexa eſt, vtrũ minor aduerſus contractum iuramento firmatum reſtitui in integrum poſſit ob enormem læſionem?

Et quidem negant quamplurimi reſtituendum, multi affirmant. Nonnulli diſtinguunt inter læſionem enor-
B mem & enormiſſimam. Vide doctores in Authen. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend. & in c. quamuis, de pactis, lib. 6. vbi Didarus Couar. in 3. par. §. 4. nu. 3. Antonium Gabrielium commun. concl. tit. de iure donum, concl. 1. num. 8. & 9. Pancirolum, in [illegible] 1. Menoch. in conſ. 40. lib. 1. Seraphinum Senenſ. de priuileg. iuramenti, priuileg. 136.

Qui minorem reſtituendum negant, eo nituntur argumento, quòd iuramenta puberum inuiolabiliter obſeruanda eſſe cautum ſit, vt in d. Auth. Sacramenta puberum, & alibi. Nam ſi reſtituendus eſſet minor, non inuiolabiliter iuramentum ſeruaretur.

Huc accedat text. in l. 1. C. eod. tit. ibi: *Neque perfidiæ, neque periurij me authorem futurum ſperare debuiſti.* Eſt enim neceſſe affirmare in ea ſpecie minorem in integrũ reſtitutionem poſtulaſſe, ſed quia iurauit Alexander, ait ſe nolle authorem eſſe periurij.

Cæterùm, qui affirmant, eo argumento vtuntur, quòd
C vbi tàm enormis eſt læſio, videtur ibi dolus eſſe, argum. l. ſi ſuperſtite, C. de dolo, l. ſi quis eum aliter, ff. de verbo. oblig. At vbi dolus interuenit, iuramentum non eſt ſeruandum, vt in c. cum cõtingat, de iureiur. ibi: *Neque vi, neque dolo*, &c. Et in d. c. quamuis, de pactis in 6.

Ego ſanè procliuior in hanc poſteriorem ſententiam ſum, quia iuramentum non debet eſſe vinculum iniquitatis, & iura ſubuenire ſolere enormiter læſis, ac deceptis, notius eſt, quàm vt probatione indigeat, vt patet ex l. ſi ſuperſtite, C. de dolo, ex l. maioribus, C. cõmu. vtriuſque iud. ex l. ſi quis cum aliter, ff. de verb. obli. & ex alijs locis. Quare vt maximè iuramenta puberum contractũ firment, ac corroborent, non tamen efficitur, aduerſus talia iuramenta negandam eſſe minoribus reſtitutionẽ, ſi læſi fuerint. Nam ſic argumentari licet. Minoribus læſis, ac deceptis iura ſubueniunt, ac in integrum reſtitutionem concedunt l. 1. l. minoribus, & toto ferè tit. ff. de minoribus, & ff. de in integ. reſtit. ergo & minoribus ita
D deceptis ſubueniendum erit, licet iuramento contractũ confirmauerint.

Non obſtat iuramentum, quia illud facit, vt minori non liceat contractum inualidũ reſcindere; veluti quando abſque curatore ſuo rem diſtraxit, l. ſi curatorem habens, C. de in integrum reſtit. Vel ſi cum curatore rem immobilem diſtraxit. Neque enim valet alienatio abſq; decreto iudicis, vt dictum eſt ſupra hoc eod. lib. c. 1. ſed iuramentum operatur vt valeat, & ſeruandus ſit contractus. Quare ad argumentum ſumptum ex l. 1. & ex Authen. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend. reſpondetur, iuramenta quidem puberum eſſe inuiolabiliter ſeruanda, nec legem eſſe cauſam perfidię, aut periurij, ad hoc ſcilicet, vt contractus reſcindatur tanquam nullus; non autem, quo minus in integrum reſtituatur pubes grauiter læſus: Iuramenti ſcilicet abſolutione obtenta, ad effectũ (vt vocant) in integrũ reſtitutionẽ petendi.

Sic enim ſtatuo, non eam fuiſſe mentem Friderici in

d. Auth. Sacramenta puberum, & Alex. in d. l. 1. vt vno A verbo vniuerſum in integrum reſtitutionis beneficium minoribus, qui læſi ſunt, conceſſum tollerent.

Quòd ſi quis ſecus eſſe dicendum putet, eam ob cām, quòd Imperator Alexander de in integrum reſtitutione loquatur, ſicuti & natura tituli oſtendit; huic reſpondetur, nullum eſſe verbum in d. l. 1. quo ſignificetur minorem illum, qui iurauerat, læſum fuiſſe, aut ſaltem enormiter læſum. Nam ſi læſus grauiter fuiſſet, non dixiſſet Imperator, ſe authorem illi perfidiæ non futurum; minorib. enim ita deceptis, legibus eſt permiſſum, nō exequi promiſſa, & aduerſus ea reſtitutionem poſtulare.

Non me latet controuerſiam eſſe non exiguam, an à tali iuramento peti poſſit abſolutio, vt videre licet ex Iaſone in d. Auth. Sacramenta puberum, nu. 42. & ſequentibus alijs num.

Cæterum, eorum ſententia magis probatur, qui affirmant peti poſſe, ea ratione, qua & aliàs argumentatus ſum lib. 1. c. 16. nempe iuramētum eſſe relaxandum, vbi B ſeruari nō poteſt abſque peccato eius, cui præſtitum eſt, vt in c. 1. & in c. debitores, de iureiur. Neque enim debet eſſe iniquitatis vinculum, ſed tres comites habere, veritatem, iuſtitiam & iudicium.

Porrò eum iniuſtè facere, & grauiter peccare, qui alterum contrahendo decipit, late docet Couar. variar. reſol. lib. 2. cap. 4. num. 11.

Fundamentum contrariæ ſententiæ in eo eſt poſitū, quòd leges, & canones iubeant iuramenta inuiolabiliter ſeruari; quid ni? Sed non ſequitur inde, quod ſubdunt; nempe abſolutionem peti non poſſe, quia etiam iuramētum de præſtandis vſuris eſt ſeruandum, vt in c. debitores, de iureiur. & tamen nemo negat, quin abſolutio peti, & impetrari poſſit, vt in c. 1. eod. tit.

CAPVT XV.

Vtrum fideiuſſor beneficium habeat excuſſionis, vbi iureiurando ſe obligauit. C

FIdeiuſſorem, qui iureiurando ſe obſtrinxit, excuſſionis exceptionem non habere, cenſuerunt Baldus in c. ex reſcripto, de iureiur. & Anchar. ibidē in ſexto notabili. Alex. in conſ. 32. col. vlt. verſ. quarto principali fundamento, lib. 4. Capella Tholoſana deciſ. 130. Marſilius in rub. de fideiuſſorib. nu. 9. Gozadin. in conſi. 52. nu. 24. Ronchegallus ad l. 3. §. vb. duo, nu. 127. ff. de duob. reis. Oſaſcus deciſ. 43. nu. 4. & alij, vt per Seraphinum Senenſ. priuileg. 88.

Horum fundamentum eſt præcipuum in d. c. ex reſcripto, vbi ſummus Pontifex debitori, ac fideiuſſori mandat vt ſoluat, & quidem ſimpliciter & abſolutè, non autem adhibita vlla diſtinctione, an principalis debitor excuſſus fuerit necne: *Ideoque mandamus*, inquit, *quatenus tam Abbatem, &c. monere curetis, vt ſicut iurarunt, eandem conuentionem faciant adimplere.* D

Cæterum contrariā ſententiam habuere idem Bald. ſibi non conſtans in c. cum contingat, col. 10. de iureiur. Alexand. ſibi contrarius in l. vlt. ff. ſi certum petatur, & ibidem Decius, & Iaſon, Felyn. in d. c. ex reſcripto. Grāmaticus, conſ. 170. Alciatus in d. c. cum contingat, num. 174. de iureiur. Couar. in relect. cap. quamuis, in 2. parte, §. 4. num. 4.

Fundamentum eſt, quia iuramentum ſequitur naturā actus, ſuper quo interponitur, l. vlt. C. de non num. pec. Sed natura obligationis fideiuſſoriæ eſt, vt conueniri nō poſſit ante principalem debitorem, ergo, &c.

Et hanc ſententiam ego arbitror probabiliorem eſſe. Nec obſtat tex. in d. c. ex reſcripto, quia nō dicit ibi ſummus Pontifex, fideiuſſorem amittere beneficiū legis, vt ſcilicet principalis debitor imprimis cōueniendus ſit; & licet fideiuſſori mandet, vt ſoluat, id mandat ēt debitori. Nec tollit legis beneficium. Quod ſi iuramentum id efficeret, neceſſe erat id exprimere. Sicuti aliàs ſummus A Pontifex ſolet, cùm aliquid ſtatuit propter iuramētum, quod legibus repugnat, vt patet ex c. cum contingat, de iureiur. ex c. quamuis, de pactis, lib. 6. & alibi.

Huc accedat, quòd excuſſionis beneficium, & exceptio ſumma nititur æquitate, adeo, vt pium eſſe dicat Imperator in Nouella 4. *Fideiuſſoribus, & id genus hominib. auxilium ferre.* Conſequenter cum ius canonicum æquitate potiſſimum nitatur, haudquaquam veriſimile eſt, illud auferre iuranti beneficium, de quo agitur.

Alia quædam à Seraphino in medium afferuntur, ſed leuiora quàm vt confutatione egeant.

CAPVT XVI.

Vtrum emphyteuta, qui canonem emphyteuticum ſe ſoluturum iureiurando promiſit, cadat iure ſuo, ſi vno duntaxat anno ceſſauerit in ſolutione. B

COntrouertitur, & illud inter doctores circa vim & efficaciam iuramenti, vtrum emphyteuta, qui iuramento promiſit ſe canonem ſoluturum, & primo anno non ſoluit, ſtatim expelli poſſit, etiam triennio non expectato, quod tempus à lege conſtitutum eſt, vt expelli poſſit, ſi ceſſauerit, l. 2. C. de iure emphyt.

Et ſunt multi qui affirmant, non pauci etiam qui negant.

Affirmant Baldus in c. querelam, de iureiur. Alexan. in conſ. 85. lib. 1. Ripa in c. 2. col. 5. de reſcrip. Marſil. ſingul. 226. Caſtellanus Cotta in verbo *emphyteuta*. Rota pro maiori parte duorum apud Caſſiodorū deciſ. 2. titu. de iureiur. Alios citat Seraphinus de priuileg. iuram. priuileg. 84. quibus adde Aurel. Corbulum de iure emphyteutico, cap. 15. amplia. 40.

Fundamentū eſt in d. c. querelam, de iureiur. vbi priuatur Eccleſia, quam obtinebat regimine, is, qui iurauit C ſoluere, & non ſoluit. Item in l. ſi quis maior, C. de tranſact. vbi is, qui iuramentum non ſeruat, priuatur omni commodo & emolumento contractus.

Negant autem Curtius ſenior, in d. l. ſi quis maior, nume. 30. addentes ad Alexand. in conſ. 85. lib. 1. Couar. in relect. c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 1. par. §. 4. num. 5. & alij à Seraphino relati loco proximè citato.

Horum fundamentum eſt, quia lege conſtitutum eſt, vt emphyteuta ita demum à iure ſuo cadat, ſi per trienniū in ſolutione ceſſauerit, l. 2. C. de iure emphyt. Quod autem ſi iurauerit, & non ſoluerit, ſtatim priuetur, nulla lege cautum eſt. Vnde iuramentum ſequi debet naturā contractus, argumento l. vlt. C. de non num. pecun.

Hæc poſterior ſententia mihi ſanè æquior, & probabilior videtur. Non obſtat c. querelam, quia periurus excluditur ibi ab Eccleſiæ adminiſtratione, nos verò loquimur in contractu, in quo non ita cautum eſt, vt periurus in plus teneatur, quàm lex & natura contractus poſtu- D let, vel vt ius ſuum amittat aliter, quàm lege cauetur.

Nec quicquam facit l. ſi quis maior, tum quia de tranſactione ſpecialiter loquitur, ac intelligenda eſt, vt aliàs diſputatum eſt, tum quia nihil aliud vult, quàm iurantē carere commodo contractus, id eſt, actione, quam habebat ex contractu. Eſt enim iniquum, vt quis velit ſibi ſeruari fidem, quam ipſe violauit. Sed in propoſito, ita lege cautum eſt, vt emphyteuta non obſeruans fidem, & ſic in ſolutione ceſſans, non ſtatim ius ſuum amittat, ſed ita demum, ſi per triennium ceſſauerit, ergo non poteſt hoc iure priuari propter periurium; quia illud facit quidem, vt magis peccet, & ideo etiam Deum, quem offendit, vltorem habeat, iuxta l. 2. C. de reb. cred. non autem, vt ante triennium, contra legis decreta, expellatur. Quæ enim erat difficultas legumlatori ita decernere, ſi voluiſſet? non igitur nobis licet interpretatione noſtra nouam legem condere, qua vetus abrogetur in aliquo caſu, de quo nulla ſit mentio in iure ciuili, vel canonico.

CAPVT XVII.

An iuramentum efficiat, vt obligatus ad factum, præciſe compelli poſſit.

COmmuniter receptum eſt, eum, qui ad factum obligatus eſt, præciſe compelli non poſſe: Sed ſoluendo id, quod intereſt aduerſarii, liberari: quam ſententiam deducunt, ac probant doctores ex l. ſtipulationes non diuiduntur, ver. Celſus, ff. de verbor. oblig. & ex aliis locis, de quibus nunc non diſputo.

Cæterum eſt controuerſia, an ſi promiſſioni iuramentum acceſſerit, idem ſtatuendum ſit, an vero propter iuramẽtum is, qui promiſit, compelli præciſe poſſit. Et quidem compelli poſſe docuerunt gloſſa in l. ſi pecunia. ff. de condi. cauſa data. Iaſon & alii eo loco, & plures alij quos commemorant Couar. in relect. c. quamuis, in 1. parte. §. 4. nu. 6. de pactis, lib. 6. & Seraphinus Senenſis de priuileg. iuramenti, priuileg. 74.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Corneus in conſ. 246. lib. 4. Io. de Anan. in c. querelam. Ne prælati vices ſuas, &c. Decius in cap. primo. nu. 23. de iud. Afflict. deciſ. 195.

Quorum illud eſt fundamentum, quod iuramentum ſequitur naturam contractus, ſeu obligationis, cui adjicitur l. vlt. C. de non num. pec. cum ſimilibus.

Sed mihi magis probatur prior ſentẽtia, quæ communior, æquior & tutior eſt. Nam is, qui iurauit, tenetur ſeruare iuramentum. Nemo autem negat, quin magis dicatur ſeruare iuramentum is, qui præciſe facit, quod promiſit. Cum poteſt id facere, quam is, qui nõ facit, ſed præſtat, quanti ſtipulatoris intereſt. Vt ergo iuramẽtum aliquid operetur, quod alioqui robur maius addere obligationi conſueuit, exiſtimarem promiſſorem eſſe præciſe compellendum ad factum: Præſertim cum & alias fauore libertatis ſpecialiter ſit conſtitutum, vt obligatio facti ſit præciſa. l. qui Romæ. §. Flauius, ff. de verb. oblig. Item & fauore Reipublicæ, vt in l. fideicõmiſſa, §. vlti. de leg. 3. Cur ergo non idem ſit ſtatuendum fauore religionis iuriſiurandi.

Quod autem obiicitur ex l. vlt. C. de non num. pecun. nihil obſtat, quia iuramentum non obligat eum, qui iurauit, præter eius conſenſum, vt ibi, ſed hic conſenſus adeſt, exceptio nulla eſt, iuris tantum quædam ſubtilitas obiicitur, quæ cauſa religionis cedere debet. Atque ita puto.

CAPVT XVIII.

Vtrum fideiuſſores dotium iureiurando obligentur.

NE fideiuſſores dotium reſtituendarum dentur, cautum eſt l. 1. & 2. C. ne fideiuſſores dotium dẽtur: Sed vtrum, ſi fuerit datus fideiuſſor, & is iureiurando ſe obligauerit, teneatur, non vſq; adeo exploratum eſt.

Et quidem non teneri, neque conueniri poſſe, atque hac in parte iuramentum nihil derogare legibus. docent Bart. in l. ſi quis pro eo, nu. 9. ff. de fideiuſſ. Alciatus in c. cum contingat. nu. 312. de iureiur. & alii vt per Seraphinum, priuileg. 69.

Argumẽtũ illud eſt, quod cũ lex prohibeat dari fideiuſſores, is peccare videatur, qui aduerſus legem facit, iuxta illud: *Qui Principi non obedierit, morte moriatur.* c. 1. de maior. & obed. Item quia videtur eſſe contra bonos mores, quo caſu iuramentum non eſt obligatorium. ca. non eſt obligatorium, de reg. iu. lib. 6.

Eſſe contra bonos mores ex eo patet, quod lex fideiuſſores dari vetuit, ne inter coniuges perfidiæ occaſio oriatur, abſurdum enim cenſuit dotem datam ei non tuto credi, cui perſona committitur & creditur.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Baldus Nouellus

A de dote, parte 6. priuileg. 21. limitatione 12. & Couar. alios citans in relect. c. quamuis, in 2. par. §. 2. circa finẽ, de pactis lib. 6.

Et hæc ſententia mihi probabilior videtur. Nam iuramentum hoc in caſu non repugnat iuri diuino aut naturali, nec vllum continet peccatum, & licet iuſtas ob cauſas lex vetuerit dari fideiuſſores, non tamen efficitur, quin iuramento accedente, illud ſeruandum ſit; vt in ſimili docet ſummus Pontifex d. c. quamuis, & in ca. cum contingat, de iureiurando.

Non obſtat quod dicitur eum peccare, qui contra legum prohibitionem facit. Nam etſi contra legem faciat, qui fideiuſſorem exigit, iuramento tamen obligatur fideiuſſor, qui promittit: Sic & qui vſuras promittit, obligatur iuramento, licet contra legem faciat, vt in ca. debitores, de iureiur. Sic lex vetat fundum dotalem alienari, & tamen iuramentum alienationem confirmat, vt in d. ca. cum contingat.

B Non obſtat, quod dicitur, eſſe contra bonos mores, quia id negatur. Neque enim quicquid iuſtas ob cauſas lege ciuili eſt prohibitum, ſtatim contra bonos mores factum dici poteſt. Exemplum ſit in ſpecie d. c. quamuis, & d. c. cum contingat.

CAPVT XIX.

An ſtipulatio alteri facta iure canonico ſit efficax, & quid ſi iuramento vallata ſit.

ALteri ſtipulari nemo poteſt, l. ſtipulatio iſta, §. alteri, ff. de verbor. oblig. ſed vtrum id etiam iure canonico procedat, controuertitur. Nam iure canonico ſtipulationem alteri factam eſſe efficacem, cenſuerunt gloſ. in c. quoties cordis oculus. 1. q. 8. Ant. Butr. in c. ſi cautio. de fide inſtrum. Bald. in l. illud, C. de ſacroſanct. Eccleſ. Couar. in c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 2.
C part. §. 4. nu. 9. verſ. decimò vt ad propoſitum.

Fundamentum eſt, quoniam iure ciuili ideo non valet ſtipulatio alteri facta, quia inuẽtæ ſunt ſtipulationes, vt vnuſquiſquis ſibi acquirat id, quod ſua intereſt: vt in d. §. alteri. Hęc aũt ratio iure canonico nõ inſpicitur, ſed illa tantum, vt quis fidem ſeruet, quia ita ratio naturalis docet: Vnde & communis eſt ſententia canoniſtarum, in c. 1. de pactis, ex pacto nudo actionem oriri ſecundum ius canonicum.

Contrariam ſententiam ſecuti fuere Felyn. in procemio Gregoriano nu. 23. Abbas in d. c. ſi cautio. col. 3. de fide inſtrum. Io. Faber. in §. alteri, in inſtit. de inut. ſtip. Imola, Romanus, Alexander, Iaſ. & Alc. in d. l. ſtipulatio iſta, §. alteri, quibus & ipſe aſſentior.

Probatur primo, quia non eſt inducendum aliquod diſcrimen inter ius canonicum & ciuile, niſi expreſſum ſit, ut in c. 1. de op. no. nunc. ſed nullibi iure canonico eſt expreſſum, alteri ſtipulationem factam valere cõtra iu-
D ris ciuilis regulas, ergo non valet.

Secundum argumẽtum ſumi poteſt, ex cap. quanquã de vſuris, lib. 6. quatenus ibi exigetur perſona publica, vt ſtipulatio alteri fiat.

Tertium eſt ex eo, quod etiam iure canonico valet exceptio illa; *Tua non intereſt*, cap. cum inter, de elect. cap. non ſolent. 2. q. 7. ſed vt alteri detur, ſtipulantis non intereſt, vt ait text. in d. §. alteri, ergo ſtipulatio alteri facta etiam iure canonico non valet.

Ad contrariæ ſententiæ argumentum reſpondeo, illud non obſtare, quia etiam iure ciuili proditum eſt, ſeruandam eſſe fidem, & tamen alteri ſtipulari nemo poteſt. Sunt enim certi modi, quibus aliquis obligetur. Alioquin ſi generalis illa regula inſpiciatur, fidem ſeruandam eſſe, etiam minorum, & pupillorum, & Eccleſiarum contractus & promiſſiones erunt efficaces abſque ſolemnibus iure neceſſariis, quod tamen eſt abſurdum.

Quòd

Quod vero dicitur: In pacto nudo actionem oriri, iure canonico verum non eſt, vt eſt dictū ſupra lib. 1. c. 99.

Cæterum ſi iuramentum acceſſerit, ſtipulationi, eam eſſe efficacem docuere Bar. in l. ſi quis pro eo. ff. de fideiuſſo. glo. in d. c. quoties cordis oculus. 1. q. 7. Bald. in l. nam poſtea, §. iuſiurandum, ff. de iureiur. Iaſon in d. l. ſtipulatio, §. alteri, ff. de verb. oblig. Couar. in d. ca. quamuis, in 2. part. §. 4. num. 11. Seraphinus de priuileg. iuramenti. priuileg. 24.

Argumenta ſunt iſta. Primum. ſtipulatio alteri facta valet, ſi pœna adiiciatur, d. §. alteri, ergo multo magis, ſi iuramentum acceſſerit.

Secundum. Ex ſtipulatione alteri facta naſcitur ſaltē naturalis obligatio, quia promiſſio ineſt, l. 1. ff. de pactis. Ergo ſi iuramentum acceſſerit, efficacem producet obligationem.

Tertium. Iuramentum præſtatur Deo cap. debitores. de iureiur. Deus autem partis præſentiam ſupplet, l. properandum, §. cum autem, C. de iudiciis.

Quartum. Iuramentum confirmat contractus, & pacta alioqui iure ciuili inualida, c. quamuis, de pactis, lib. 6. c. cum contingat, de iureiu. ergo confirmabit etiā ſtipulationem alteri factam, quamuis iure ciuili nullam & efficacem.

Quintum. Vbi iuramentum obligationi adiicitur, ibi non inſpicitur an interſit ſtipulantis, quia ſeruandum eſt iuramentum, vt patet ex c. debitores, de iureiur.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, ꝙ iuramentum ſequatur naturam principalis obligationis, quod ſi illa non valeat, nec iuramentum aliquid operetur, l. non dubium, C. de legib. l. vlt. C. de non num. pec.

Huc accedat quod illa exceptio, *Tua non intereſt*, etiā iure canonico recte obiicitur, vt dictum eſt ſupra ex ca. cum inter, de elect.

Sed mihi probabilior videtur prior ſententia. Licet enim nullus textus iuris canonici de ſtipulatione alteri facta, cui iuramentum acceſſerit, loquatur; tamen cum illa non valeat ex ſolis iuris ciuilis regulis, certe iuramento accedentē, valere debet, ſicut & aliæ obligationes & cōuentiones iuramento firmantur, quæ tamen iuris ciuilis regulis improbātur. Nec enim vlla ratio diuerſitatis afferri poteſt.

Ad argumenta reſpondeo. Non prohiberi lege Cæſarea ſtipulationem alteri factam, ſed efficaciam denegari. Ideo non ad rem pertinet regula. l. non dubium, C. de legib. Et licet iuramentum regulariter ſequatur naturam actus, tamen id non procedit, vbi agitur de cōtractus iurati efficacia, quia licet abſq; iuramento reprobetur, iuramento tamen adhibito valet, & ſeruandum eſt.

Quod vero dicitur exceptionem illam, *tua nō intereſt*, etiam iure canonico obſtare, nihil obſtat, quin iuramētum erit ſeruandum, & ſalua nihilominus debitori, ſeu promiſſori exceptio erit ſeu repetitio, poſtquam iuramētum obſeruauerit, vt in ſimili habetur in d. c. debitores, de iureiuran.

CAPVT XX.

Qui promiſit alienum factum ſub pœna, vtrum excuſetur ſi fecit quicquid potuit, & is, qui facere poterat, noluit facere.

EXcuſandum omnino, neque pœnæ obnoxium eſſe debere eum, qui omnem adhibuit diligentiam, vt alter faceret, ſi is noluit facere, licet factū alienum promiſerit ſub pœna, docuerunt glo. in c. ex reſcripto, de iureiur. & ibidem Felyn. Bart. in conſ. 236. Martinus promiſit. Federicus Senenſ. in conſ. 122. Dec. in l. impoſſibilium, de reg. iur. & in conſ. 313. Afflictus deciſ. 295. alios citans. Couar. in c. quamuis, in 2. par. §. 4. nu. 3. de pactis, lib. 6. & Menochius in conſ. 239. nu. 13 lib. 3.

Fundamentum eſt in l. ſi vehenda, §. vlt. ff. ad l. Rhodiam de iactu, ibi. *Idem iuris erit, ſi cum ea conditione à te* A *conduxiſſet, vt certam pœnam tibi præſtaret niſi ante conſtitutum diem merces tuas eo loci expoſuiſſet, in quem devehēdas eas merces locaſſes, nec per eum ſtaret, quo minus remiſſa ſibi ea pœna ſpectaret*, &c. Et quia difficultas excuſat à pœna periurii, vt in cap. breui, de iureiur. & in c. ſignificāte, de pignoribus.

Contrariam ſententiam amplexi fuere in l. ſi ita ſtipulatus fuero te ſiſti, §. poſſum, col. 2. ff. de verb. oblig. Iaſ. in l. ſtipulatio iſta, non procul a principio, ff. eod. & Zaſius ibid. nu. 16. 17. Soc. ſen. in conſ. 288. lib. 2.

Argumenta ſunt iſta. Primum ſumitur ex d. l. ſtipulatio iſta, ff. de verb. oblig. ibi. *At ſi quis velit factum alienū promittere, pœnam, vel quanti ea res ſit, promittere poteſt*, &c. Si pœnam promittere debet, ergo ſi non fiat, quod promiſſum eſt præſtanda erit: alioqui inutilis erit pœnæ promiſſio: etſi enim factum alienum non ſit in poteſtate promittentis, eſt tamen in eius potēſtate pœnæ ſolutio.

Secundum argumentum eſt ex l. qui autem, §. ſed etſi B quis, ff. de conſtit. pecun. vbi Vlpianus: *Sed etſi quis*, inqt, *certam perſonam fideiuſſuram pro ſe conſtituerit, nihilominus tenetur, vt Pōponius ſcribit*. Quid tn̄ *ſi ea perſona nolit fideiubere? Puto teneri, eum qui promiſit, niſi aliud actū eſt*.

Tertium ſumitur ex l. ſancimus, C. de fideiuſſorib. *Sācimus*, inquit, *ſi quis pro alio ſpopōderit, quatenus eum intra certum tempus tradat*, &c. *Et tempore ſtatuto iam effluente non poterit eum repræſentare, non ſtatim pecunias pro eo ſtipulatas inferre: ſed competere quidem poſt tempus elapſum omnimodo pœnalem actionem*, &c.

Quartum ſumitur ex regula. Subueniendum nō eſſe ei, qui propria volūtate ſe in neceſſitatem coniecit, l. ſi fideiuſſor, §. ſi neceſſaria, ff. qui ſatiſd. cogantur.

Quintum eſt huiuſmodi. Nam ſi promittens excuſaretur, ille poſſet colludere cum eo, cuius factum promiſiſſet, vt nempe diceret ſe nolle facere, vnde ſtipulatio eluderetur. Malitiis autem hominum aditus patefieri non debet, l. in fundo, ff. de rei vendic.

C Nonnulli diſtinguunt, vtrum aliquis ſub pœna promittat ſe facturū & curaturum, vt aliquis faciat: an vero directe promittat alienum factum. Vide Alciatum & Ruynum in l. 4. §. Cato ff. de verb. oblig. ille nu. 113. iſte nu. 52. & Couar. loco proxime citato, poſt num. 4. verſ. ſecundo eſt in hac controuerſia. & nu. 5. verſ. ſeptimo exiſtimo.

Alij denique perpendunt, an quis promiſerit ſe facturum, & curaturum vt aliquis faciat cum effectu, an vero ſimpliciter ſe facturum, & curaturum promiſerit, ſicuti authoritatibus adductis explicat ibi Couar. nu. 6.

Ego, diſtinctionibus omiſſis, exiſtimò eam ſententiā veriorem eſſe, quæ affirmat pœnā cōmitti, negatq; excuſationi locum eſſe. Nam ut dicebat Seraphinus Senenſis de hac cōtrouerſia diſputans, de priuilegiis iuramēti, priuilegio 77. num. 15. duo ſunt genera difficultatum conſideranda.

Vnum eſt illud, ꝙ promiſſor ipſo promiſſionis tempo D pore videre poteſt, ꝙ ſi videat: & nihilominus ſe in obligationem coniiciat, certa pœna adiecta, nihil proponitur cur excuſari debeat propter difficultatem, quam præuidit: vt in propoſita quæſtione; nam promiſſionis tempore promiſſor præuidere potuit, ac præuidit futurum forſan, vt is, cuius factum promiſit, nollet facere. Quare ſi illud ſub pœna promiſerit, non debet excuſari eā ob cauſam, ꝙ ille nolit facere. Quam ſentētiam plane euincūt argumenta ſuperius allata.

Alterum difficultatis genus eſt, quod poſtea caſu, vel aliam ob cauſam ſuperuenit, nec à promiſſore præuideri potuit, ut in ſpecie d. l. ſi vehenda, §. vlt. ff. ad l. Rhod. de iactu. tunc excuſatur quis à pœna propter eiuſmodi difficultatem. Sic etiam canones loquuntur, ac intelligi debent quibus probatur, difficultatem efficere, vt quis in periurii pœnam non incidat, ex quibus fundamentum prioris ſententiæ corruit, & hanc, quam diximus, ſententiam probabiliorem eſſe, conſtare poteſt.

CA-

CAPVT XXI.

Tranſactio de alimentis futuris, an valeat abſque decreto Prætoris, ſi fuerit iuramento firmata.

NOn ualere tranſactionem de alimentis teſtamento relictis, abſq; decreto Prætoris, iuſtis ſanè ob cauſas conſtitutum eſt, ut in l. cum hi, ff. de tranſact. ſed an idem ſtatuendum ſit, vbi iuramento fuerit a tranſigentibus firmata, controuerſi iuris eſt.

Affirmant idem eſſe ſtatuendum Bartolus in d. l. cum hi. Baldus in l. pactum, q. pen. C. de collation. & quidem alii, eo argumento, quod cum lex ciuilis eam tranſactionem improbet, abſque decreto Prætoria non poſſit iuramentum efficere, vt valeat, argumento l. non dubium, C. de legibus.

Iſtis ego non aſſentior, ſed contrariæ ſententiæ, quæ & verior, & communior eſt, eo argumento, quo in huiuſcemodi quæſtionibus perpetuo vtor, quod ſcilicet iuramentum facit, vt iuris ciuilis rationes ceſſent, cum religio præponenda ſit his regulis, vt in c. quamuis, de pactis, lib. 6. in c. cum contingat, de iureiu. & ſimilibus, qui quidem canones legibus hac de re ſtatuentibus præferendi ſunt, cum de re ſpirituali agatur hoc in caſu. Ita docet Imola, in c. cum contingat. nu. 95. de iureiur. Couar. alios citans in c. quamuis, in d. 2. par. §. 6. nu. 4. Seraphinus priuileg. 101. quibus lubens ſubſcribo.

CAPVT XXII.

Vtrum conſtitutio cap. quamuis de pactis lib. 6. locum habeat filia renunciante, & Monaſterium ingreſſura.

REnunciatio hæreditatis paternæ facta a filia nuptui tradenda, ſi iuramento firmata fuerit, valet, vt in cap. quamuis de pactis, lib. 6. ſed an idem reſpondendum, ſi hæc fiat ab ea, quæ velit ingredi monaſterium, non vſque adeo exploratum eſt.

Etenim nequaquam idem ſtatuendum de filia ingreſſura monaſterium ex facto interrogati reſponderunt Felynus Sãderus, Bartholomæus Socinus, Philippus Corneus, & Carolus Ruynus, quorum reſponſa extant apud Ruynum in 1. vol. conſ. 204. 205. 206. 207. eandem ſententiam ſecutus eſt Franc. Becius, in conſ. 74. nu. 12.

Argumenta vero ſunt iſta. Primum ex eo ſumitur, quod non valeat vlla conditio, pactum, aut aliud quiduis, quo animus a propoſito ingrediendæ religionis abducatur, vt in Nouella 123. §. ſi quis ſub conditione; uel ſecundũ veterem translationem, in §. ſed & hoc præſenti, in authen. de Sanctiſſimis Epiſcopis. Sed talis renunciatio poteſt ex cauſa animum abducendi a propoſito ingrediendi Monaſterium, ergo non ualet.

Aſſumptũ probatur, quia ſi filia non ingrediatur monaſterium, vel in eo non maneat, ſuccedet patri in hæreditate, ſi uero ingrediatur, non ſuccedet patri in hæreditatem conſequatur, euenire poteſt, vt ſententiam mutet, & ab ingreſſu religionis.

Secundum argumentum eſt ex eo, quod talis renunciatio locum habere intelligitur, ſi hæreditas fuerit renuncianti delata. Fruſtra enim quis hæreditati renunciauerit, quam habiturus non eſt. Sed hæreditas hoc in caſu non defertur filiæ, ſed monaſterio, ſecundum cõmunem Doctorum ſententiam, in c. in præſentia, de probatio. & per Alex. in l. 1. n. 26 de vulgari, & pupill. ergo fruſtra ſit talis renunciatio, & nihil impedit, quo minus monaſterium, cui defertur hæreditas, ſuccedere poſſit, ſicut renunciationem maternæ hæreditatis a filio facta patri, non obeſſe patri, in cuius poteſtate eſt filius, tradit Caſtren. in l. vlt. nu. 1. C. de bonis quæ liberis.

Sed contrariam ſententiam veriorem eſſe puto, quam amplexus eſt Couar. in d. c. quamuis, in 3. par. §. 2. n. 2. &

A ſequent. Bartoli, & aliorum authoritate nixus, qui in cõmentarijs l. vlt. C. de pactis, cenſuerunt, talem renunciationem a filia ingrediente monaſterium factam, valere, ſi iuramento fuerit confirmata.

Fundamentum eſt firmiſſimum, in deciſione d. c. quãuis, licet enim de filia matrimonio collocanda loquatur ea tamen ratione nititur, quod iuramentum ſit ſeruandum: *Si nec ui, nec dolo præſtitum ſit, nec uergat in diſpendium ſalutis æternæ, aut tertij præiudicium.* Quę quidem ratio, quin & in propoſita ſpecie locum habeat, negari non poteſt. Quare cum monaſterium hoc in caſu ſuccedere non poſſit, niſi ex perſona monialis, & illa iam excluſa fuerit renunciatione iurata, non uideo quo iure monaſterium eam hæreditatem uendicare poſſit.

Ad primum argumentum reſpõdeo, fruſtra hic timeri, ne animus a religione deterreatur, quoniam ea renunciatio argumento eſt animi planè deliberati, qui uidelicet omnibus bonis temporalibus ualere iuſſis, Deo inſeB ruire decreuerit.

Ad alterum argumentum patet reſponſio, quia hæreditas defertur quidem monaſterio, ſed ex perſona monialis. Ita enim fecit filia renuncians, vt nec ipſa ſuccederet, nec monaſterium, ſed hæreditas paterna, quæ alioqui ad ſe pertinuiſſet, ſi non ingreſſa eſſet monaſterium, vel ad monaſterium, ex perſona ſua, ſi non renunciaſſet, iam ad alios proximiores pertineat, qui a legibus poſt eã ad ſucceſſionem uocantur.

Nec valet Caſtrenſis traditio, quia filius patri ſuo, cuius in poteſtate conſtitutus eſt, præiudicare non poteſt, vt in d. l. vlt. ſed filia monaſterio quin præiudicare poſſit, nulla eſſe poteſt dubitatio. Facit enim renunciando, ut hæreditas ei non deferatur, ſed alijs a lege vocatis, ut dictum eſt.

CAPVT XXIII.

C *Vtrum matris renunciatio iuxta formam c. quamuis, de pactis, li. 5. noceat filijs præmoriente matre quo minus ſuccedant in hæreditate aui.*

MAtris renunciationem præiudicare filijs, quo minus ex perſona propria ſuccedant auo, reſponderunt Ludou. Rom. in l. qui ſuperſtitis, ff. de acquir. hæred. Philippus Dec. in conſil. 182. & in l. pactum dotali, C. de collation. Gulielmus de benedictis in cap. Raynutius, in uerbo, duas habens filias, nu. 181. de teſtamen. Bellonus in conſ. 15. nu. 5. Eugenius in conſ. 98. nu. 6. Caſſanæus in cõſ. 47. nu. 33. Surdus in conſ. 133. num. 11. & 12. lib. 1.

Fundamentum eſt, quia mater dote accepta renuncians, conſecuta eſſe uidetur hæreditatis partem ſibi debitam, quia dos eſt loco hæreditatis. Satisfactio enim pro ſolutione habetur, l. ſatisfactio. ff. de ſolutio. Sed ſi mater ſucceſſiſſet patri: proculdubio ſuccedere non poſD ſent filij eius, quia mater eos pręceſſiſſet in gradu. Igitur idem ſtatuendum uidetur, vbi mater loco ſucceſſionis dote fuit contenta, & ſatisfacta, quia eſt perinde, ac ſi hæreditatem habuiſſet. Præſertim vero ſi filij ſint hæredes matris & dotem maternam conſecuti fuerint. Neque enim contra eius factum uenire poſſunt, l. cum a matre, C. de rei vend. aut bis idem exigere, vel tantundem, l. bona fides, de reg. iur.

Sed contrariam ſententiam ſecuti fuere Bart. in d. l. qui ſuperſtitis, ff. de acqu. hæred. Bal. in l. pactum dotali. in 2. quæſtio. C. de collation. & ibidem Alexander, & alij quos refert, & ſequitur Couar. in dicto cap. quamuis, parte 3. §. 2. nume. 4. Crauetta, alios citans in conſil. 703. lib. 4.

Fundamentum eſt, quia licet mater ſit excluſa ob renunciationem, non tamen excluſi eſſe debent filii eius, qui ex perſona propria ſuccedunt, ut in ſimili habetur in l. ſi quis filio. ff. de iniuſto rupto, & irr. teſt. Itã quia tacitã

habet

habet conditionis matris renunciatio, ſi hæreditas fuerit ei delata, d. l. qui ſuperſtitis. Cum itaque non mater præmorienti delata fuerit hæreditas: ſed filius, nil eis obeſſe debet matris renunciatio.

Hæc poſterior ſententia videtur mihi veriſſima, quia vbi filia renunciat hæreditati paternæ, & dotem accipit, non dicitur accipere dotem hæreditatis loco, ſed dote cõtenta, dicitur hæreditati adhuc ſibi debitæ renunciare. Nam pater dotem filiæ tenetur dare, l. vlt. C. de dotis promiſſ. Et nihilominus filia patri ſuccedit, conferendo tamen dotem, iuxta l. illam, C. de collation. ergo non videtur hæreditatem conſecuta, ſeu loco hæreditatis dotem accepiſſe. Sed accepta dote nõ amplius ſuccedere poteſt, quia renunciauit. Filij ergo eius, quibus hæreditas aui, ex perſona matris, ſed ex iure proprio defertur, eam vindicare poſſunt, cum neque renunciauerit, neque veniant ex perſona renunciantis.

Et ideo ad argumentum reſpõderunt, nec eſſe veram aſſumptionem, nec perinde ſtatuendum eſſe, ac ſi mater ſucceſſiſſet, quia dotem non accepit hæreditatis loco, ſed dotem accepit ſibi debitam a patre, hęreditatem vero repudiauit, quam ultra dotem petere potuiſſet.

CAPVT XXIV.

Vtrum conſtitutio d. c. quamuis, de pactis li. 6. locum habeat in eo caſu, quo filia renuncians hæreditatis patris nulla accepta dote.

CÆterum, ſi filia ſit diues, & maternam hæreditatẽ conſecuta fuerit, uel alia bona, & gratis nulla dote accepta, renunciauerit paternæ ſucceſſioni: controuertitur, an ſit locus conſtitutioni d. c. quamuis: & locum non eſſe reſpõderunt Salicetus in l. pactum quod dotali, col. pen. C. de pactis, & Decius alios citans in l. pactum dotali, nu 7. C. de collatio.

Fundamentum vero eſt, quod dicta conſtitutio ſit cõtra ius, & ideo reſtringenda ad eum caſum, de quo loquitur. De eo autem caſu loquitur, quo filia dotem accepit a patre, quando renunciauit.

Sed contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, vna cum alijs pluribus, quia ſemper illa ratio conſtitutionis viget. Seruandum eſſe iuramentum, quod abſque diſpendio ſalutis ęternę ſeruari poteſt, neque vergit in alterius detrimentum, & neque vi, neque dolo extortũ eſt, vt in ea conſtitutione habetur; Etenim & in propoſita ſpecie, in qua filia nullam dotem accepit, negari non poteſt, quin hęc ratio ex iuramenti religione petita, locum habeat.

Igitur communiorem ſniam ſequi placet, ita docent, Imola in l. qui ſuperſtitis, ff. de acquir. hęred. Alex. in l. ſtipulatio hoc modo, nu. 9. ff. de uerb. oblig. Couar. in cap. quamuis, in 3. par. § 2. nu. 9. Ruynus in conſ. 204. nu 6. li. 1. Seraphinus priuileg. 20. poſt. nu. 29. verſ. Sed contra ſupradictam limitationem.

Non obſtat argum. contrariæ ſententię, quia licet uerba conſtitutionis ſpeciem iſtam non comprehendant, ratio tamen, quæ eſt anima, vt dicitur, ipſius legis, eam comprehendit, & hoc ſufficit, vt locum habeat ipſa conſtitutio, argumẽto l. cum mulier, ff. de ſoluto matrim. Ripa ad l. ſi conſtante, nu. 63. 64.

CAPVT XXV.

Vtrum filia ſucceſſioni paternæ renuncians, iuxta formam c. quamuis. de pactis, lib. 6. excludatur a legitima.

FIliam renunciantem paternæ ſucceſſioni iuxta formam dicti, c. quamuis de pactis, l. 6. a legitima non excludi reſpõderunt Bal. ad Rubr. ff. de iureiu. col. pen. verſ. non tamen credo. Romanus in l. qui ſuperſtitis, in 3. lim. ff. de acquir. hæred. Aret. in l. 1. ſi quis ita, col. 5.

A ff. de verb. oblig. Afflictus in c. ſi quis inueſtierit, n. 26. de feudo dato inuicem legis commiſſariæ. Boetius deciſ. 3. nu. 6. Grammaticus deciſ. 57. nu. 26. & deciſ. 181. num. 6. Alios commemorat Gabrielius con mu. concl. tit. de legitima, concl. 8. nu. 9. Menoch. conſ. 71. lib. 1.

Fundamentum eſt præcipuum in l. ſi quando, §. & generaliter, C. de inoffi. teſtam. per quam legem probatur, per renunciationem generalem non cenſeri legitimæ renunciatum.

Sed contrariam ſententiam magis probo, quam ſecuti fuere Caſtren. & Alexand. in l. in ratione, ff. ad leg. Falcid. Bald. & Iaſon, in d. l. ſi quando §. & generaliter, C. de inoffic. teſtam. Decius in conſ. 26. Alexand. in conſil. 181. libr. 5. & alij quos refert, & ſequitur Didacus Couar. in relect. d. ca. quamuis, par 3. §. 3. poſt nu. 3. Seraph. priuileg. 70. nu. 10. & nu. 16. uerſ. ego tamen.

Probatur hęc ſententia ſolido hoc fundamento. Nam legitima eſt pars ſucceſſionis ab inteſtato, l. Papinianus,

B §. ſi quis mortis, ff. de inoff. teſtam. l. cum quęritur, C. eo. tit. In toto autem pars continetur, reg. in toto, de regul. iur. lib. 6. ergo in renunciatione ſucceſſionis totius, continetur etiam hęc pars, nempe legitima.

Non obſtat textus in d. §. Et generaliter, quia nihil aliud probat, niſi legitimę non videri renunciatum a filio, quamuis legatum, quod erat minus legitima, ſimpliciter agnouerit, quę res longe diſtat a propoſita ſpecie, in qua filia ſucceſſioni in vniuerſum renunciant. Verba textus hæc ſunt: *Et generaliter definimus, quando pater minus legitima portione filio reliquerit, uel aliquid dederit, uel mortis cauſa donatione, vel inter viuos, ſub ea conditione, vt hæc inter viuos donatio in quartam ei computetur. Si filius poſt obitum patris hoc, quod donatum, uel relictum eſt, ſimpliciter agnouerit, forte & ſecuritatem heredibus fecerit, quod ei datum vel relictum eſt accepiſſe, non adijciens nullam ſibi ſupereſſe de repletione quæſtionem, nullum ſibi filium facere præiudicium, ſed legitimam partem repleri,*

C *niſi hoc ſpecialiter ſiue in apocha, ſiue in tranſactione ſcripſerit, uel pactus fuerit, quod contentus relicta, vel data parte nullam de eo, quod deeſt, habeat quæſtionem.* Hactenus Imperator.

CAPVT XXVI.

Sequuntur matrimoniales controuerſiæ, quarum prima eſt de ætate contrahendi ſponſalia, an debeat eſſe annorum ſeptem.

SI malitia ætatem ſuppleat etiam ante ſeptimum annum contrahi ſponſalia poſſe, authores ſunt glo. in c. iuuenis, de ſponſalibus, & ibidem Prępoſitus. Io. Andr. Dominicus, & Franchus, in c. vno, de ſponſalibus lib. 6. Bal. in conſ. 44. li. 4. & Didacus Couar. in Epitome de ſponſalib. c. 4.

Horum fundamentum eſt; Quod nulla ſit ætas ſponſalibus contrahendis definita, ideoq; effici poſſint, ſi modo id fieri ab vtraque parte intelligatur, ut dicebat Modeſtinus in l. in ſponſalibus, 14. ff. de ſponſalibus. Et licet annorum ſeptem fiat mentio, illud eſt, quia ante ſeptem annos uix aliquod homines intelligunt, quod ſi quid agant, intellexerint, nihil prohibet, quin & ante dictum tempus contrahi poſſint. Nam & matrimonia ante annum duodecimum contrahi non poſſe conſtitutum eſt in fœmina, & decimumquartum in maſculo, vt in c. cõtinebatur, & in c. atteſtationes, de deſponſat. impub & tamen ſi malitia ætatem ſuppleat, etiam ante dictum tempus contrahi poſſunt, vt in ca. de illis, & in c. vlt. eod. tit.

Sed contraria ſententia mihi probabilior videtur, nullo modo ante ſeptennium effici poſſe ſponſalia, hanc ſecuti ſunt Panor. in c. iuuenis, de ſponſalibus Frãchus in Rubr. de teſtam. in 6. verſ. primo prohibetur, Brunellus de ſponſalib. concluſ. 4.

Fundamentum eſt firmum, quia Leges, & Canones requi-

requirunt ſeptennium, nec antè exiſtimant quenquã intelligere, quid agat. Quòd ſi antè quiſpiam intelligat, id ratum eſt, & vix credibile, ideoque ad eum caſum non reſpiciunt, l. nam ad ea, ff. de legibus. A

Tempus annorum ſeptem, ad ſponſalia contrahenda legibus canonibusque requiri patet. Primum ex d. l. in ſponſalibus, 14. ff. de ſponſalibus, vbi Modeſtinus dicit: *Quapropter & à primordio ætatis ſponſalia effici poſſunt, ſi modo id fieri ab vtraque perſona intelligatur, id eſt, ſi non ſint minores, quàm ſeptem annis.*

Secundò id probatur ex c. litteris, ex c. acceſſit, & ex c. ad diſſoluendam, de deſponſatio. impub. in illis verbis. *Quia deſponſationes, & matrimonia ante ſeptem annos fieri non poſſunt.* Et rurſus ibi: *Pronunciamus inter iuuenem, & puellam, nec matrimonium, nec ſponſalia, fuiſſe contracta; Cum conſtet puellam nondum ad ſeptennium perueniſſe.*

Ex his patet reſponſum ad argumentum contrariæ ſententiæ.

CAPVT XXVII.

Secunda controuerſia. Cum matrimonium præſumatur ex copula carnali, vbi ſponſalia præceſſerunt: Vtrum probatio in contrarium admittatur per confeſſionem partis.

CVm ſponſalia præceſſerunt, & ſubſequitur carnalis coniunctio, matrimonium præſumitur, cap. is qui fidem, de ſponſalibus. Sed cõtrouerſi iuris eſt, an contra talem præſumptionem, probatio in contrariũ admittatur ex confeſſione ipſarum partium: Et admitti exiſtimarunt Panormitanus in d. c. is qui fidem, Fely. in c. quanto, nu. 3. de præſumpt. Alciatus de præſumptionibus in ſecundo præmiſſo, nu. 8.

Fundamentum eſt illud, quòd contra præſumptionẽ iuris, probatio in contrarium admittatur, ex doctrina gloſ. in l. in contractibus, in verbo, *Nullo modo*, C. de nõ nu. pecun. & in c. atteſtationes, in ver. Eu filie, de deſpõſatio. impub. C

Sed contrariam ſniam ſequor, quam ſecuti fuere Conar. in Epitome de ſponſalib. in 1. par. c. 4. §. 1. num. 4. & Menochius de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 1. nu. 12.

Probatur hæc ſnia duobus argumentis. Primum eſt ex d. c. is qui fidem, de ſponſalibus, vbi ſummus Pontifex ita dicit: *Is qui fidem dedit mulieri ſuper matrimonio contrahendo, inſuper carnali copula ſubſecuta, etſi in facie Eccleſiæ ducat aliam, & cognoſcat, ad primam redire tenetur: Quia licet præſumptum primum matrimonium videatur, contra præſumptionem tamen huiuſmodi non eſt probatio admittenda.*

Quibus verbis patet ita matrimonium ex copula præſumi, vt in contrarium probatio non admittatur. Quòd autem admittatur probatio ex confeſſione partis, nõ habetur in eo textu, nec alibi.

Et quatenus gloſſę iuris, & alij ẽt doctores velint probationem admitti, quæ prouenit ex confeſſione partis, non tñ in hac ſpecie loquuntur, ſed in alia longè diuerſa. D

Cur autem in hac ſpecie non idem ſit dicẽdum, ea eſt ratio, quòd confeſſio coniugum, quatenus ad matrimonium infirmandum ſpectat, non valet, vt ſtatim dicam in ſequenti argumento.

Alterum igitur eſt argumentum, q in matrimoniali cã confeſſioni coniugum non creditur, vt in c. ſuper eo, de eo qui cognouit conſanguineam vxoris ſuæ. ibi. *Tuæ fraternitati reſpondemus, quod propter eorum confeſſionem tantum, vel rumorem viciniæ, ſeparari non debent, cum & quandoque nonnulli inter ſe contra matrimonium velint colludere,* &c. Etſi. n. Pontifex loquatur, vbi matrimonium iam eſt contractum, & de eo diſſoluendo agatur, tñ & in propoſita ſpecie cõtractũ eſſe dr, quia ita lex pręſumit, & credit, quare talis cõfeſſio ipſum matrimoniũ infirmaret.

Ad argumentũ ſententiæ diuerſæ iam reſponſum eſt.

CAPVT XXVIII.

Vtrum ſponſalibus præcedentibus, & ſecuta copula carnali per metum mortis illatum, præſumendum ſit matrimonium.

TErtia eſt controuerſia, vtrum ex carnali copula ſubſecuta præſumatur matrimonium, ſponſalibus contractis: ſi ſponſus, & ſponſa metu mortis illato, coacti ſint coire. Et matrimonium eſſe præſumendum, Hoſtienſis cenſuit, in c. is qui fidem, de ſponſalib. Petrus de Palude, in 4. ſent. diſt. 29. q. 1. art. 4. & ibid. Dominicus Sotus, art. 3. col. pen. verſ. Sed quia, Didacus Conar. in epitome de ſponſalib. part. 1. c. 4 §. 1. nu. 11.

Contrarium reſponderunt Abbas, & præpoſitus in c. conſultationi, de ſponſal. Antonius Butrius, & Hentic. Boie. in d. c. is qui fidem, eod. tit. Parisius in conſ. 58. nu. 69 lib. 4. D. Antoninus in ſumma, in 3. part. tit. 1. c. 7. ad
B finem, Durandus in 4. ſentent. diſt. 29. quæſt. 2. & Martinus Nauarrus in Manuali Confeſſariorum, c. 22. num. 51. verſ. tertium.

Tertia eſt ſententia Menochij, lib. 3. de præſumpt. præſumpt. 4. nu. 31. diſtinguendum eſſe inter ſponſum, & ſponſam. Nam ſi ſponſus coactus fuerit coire cum ſponſa, matrimonium erit præſumendum, ſecus autem ſi ſponſa fuerit coacta.

Prioris ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum, quia ſi matrimonium hoc in caſu non præſumeretur, fornicatio eſſet præſumenda, & ſic mortale peccatum. Sed peccatum non eſt præſumendum, ergo matrimonium præſumi debet. Minor patet. Maior autem probatur, quia metus illatus à peccato non excuſat, c. ſactis, de his quæ vi, vel metus cauſa fiunt.

Secundum argumentum. Voluntas coacta, aliquò modo eſt voluntas, c. merito is, quæſt. 1. l. ſi mulier, §. ſi metu, ff. de eo quod metus cauſa, ergo etſi metus inter-
C ceſſerit, matrimonium tamen erit præſumendum.

Tertium argumentum. Nam talis non eſt metus cadens in conſtantem virum, qui matrimonium impedire ſolet, c. veniens, & c. Conſultationi, de ſponſalib. Nam ſi ſponſus dicat, ſe fornicandi animo coiuiſſe, peccat. Debet autem quis mortem potius eligere, quàm vt peccato mortali conſentiat.

Secundæ opinionis fundamentum eſt, quia matrimonium debet eſſe liberum, & ſi metu cõtrahatur, nullius eſt momenti, c. cum locum, de ſponſalib. Cum igitur hic metus interueniat, quo ad coniunctionem impelluntur ſponſus, & ſponſa, matrimonium non videtur præſumendum.

Tertiæ autem ſententiæ fundamentum eſt, quòd in ſponſo metus conſiderari non poſſit, quia is impediret deſiderium, ſine quo fruſtra eſt conatus.

Ego eorum ſententiam amplector, qui negant matrimonium eſſe præſumendum, & moueor authoritate tex-
D tus in c. cum locum, de ſponſalib. vbi ſummus Pontifex ita dicit. *Cum locum non habeat conſenſus, vbi metus, vel coactio intercedit, neceſſe eſt, vt vbi aſſenſus cuiuſque requiritur, coactionis materia repellatur. Matrimonium autem ſolo conſenſu contrahitur, & vbi de ipſo quæritur, plena debet ſecuritate ille gaudere, cuius eſt animus indagandus; ne per timorem dicat, ſibi placere, quod odit, & ſequatur exitus, qui de inuitis ſolet nuptijs prouenire.*

Ad primum argumentum reſpondeo; illud locum habere, cum res eſt in obſcuro, vel ſi ſponſus, & ſponſa fateantur, ſe animo contrahendi, matrimonij coiuiſſe, at ſecus, ubi conſtat metum illatum, & is, qui metum paſſus eſt contrarium aſſerit.

Ad ſecundum reſpondeo. Eſſe quidem aliquã voluntatem eam, quæ coacta eſt, ſed non talem, qualis in matrimonio contrahendo requiritur, quia debet eſſe prorſus libera, & plena ſecuritate gaudere.

Ad tertium reſpondeo, metum mortis eſſe talem, qui

in

in conſtantem virum cadat.l.7.& 8.ff.de eo quod metus cauſa, & licet nō debeat quis peccare mortaliter propter mortis periculum, non tamen hic directè ad peccādum inducitur, ſed ad copulam carnalem matrimonij cauſa. Cum autem matrimonium pendeat ex libera hominis voluntate, non poteſt ex copula per vim & metum ſubſecuta induci.

Ad argumentum poſtremæ opinionis reſpondetur, accidere poſſe, vt poſt illatum metum prouocetur copulæ deſiderium, ac in id potius conſentiat ſponſus, quàm vt occidatur.

CAPVT XXIX.

Vtrum matrimonium præſumatur ex copula ſecuta cum ſponſa incerta, puta ſi vnam ex tribus puellis quis promiſerit ſe accepturum in coniugem, & alteram carnaliter cognouerit.

QVarta eſt cōtrouerſia, vtrum matrimonium pręſumatur ex copula carnali cum incerta ſpōſa. Vt puta, ſi quis ex tribus puellis iurauerit, ſe vnam vxorē ducturū, & vnam ex eis cognouerit.

Duplex eſt doctorum ſententia, altera matrimoniū non præſumi. Authores ſunt Ioan. Andr. Ant. Butr. Henric. Boic. & Cardinalis in c. ex litteris, 2. de ſponſalibus poſt gloſ. ibi.

Et fundamentum eſt, quòd talia ſponſalia, tanquam incerta, nullius eſſe momenti videantur, argum. textus in cap. 1. §. vlt. de ſponſalib. lib. 6. ibi. *Cum ex ſponſalibus conditionalibus ante conditionem extantem, ſicuti conſenſum non habentibus, & incertis, nulla publicæ honeſtatis iuſtitia oriatur.*

Altera eſt ſententia matrimonium præſumi. Authores ſunt Hoſtienſis, & Abbas, in d. c. ex litteris D. Antoninus in ſumma, par. 3. tit. 1. c. 18. col. 2. Pierius in ſumma, in verbo, Matrimonium, 2. quæſt. 11. Couar. in epitome de ſponſalib. par. 1. c. 4. §. 1. nu. 17. & Menochius de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 1. nu. 13.

Fundamentum eſt: quoniam is, qui ſic promiſit, vnam ex dictis puellis in vxorem ducere tenetur: Eam ergo, quam cognouit, præſumitur vxorio, & maritali affectu cognouiſſe, ad tollendam fornicationis pręſumptionem, vt in c. is qui fidem, de ſponſalib.

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior. Nec obſtat textus in argumento allatus, quia loquitur de ſponſalib. ſub conditione factis, nec prorſus negat eſſe valida, ſed non oriri ex eis publicæ honeſtatis iuſtitiam.

CAPVT XXX.

Vtrum, ſi poſt contracta ſponſalia, non ſequatur copula carnalis; ſed nixus ad copulam, matrimonium præſumatur.

QVinta controuerſia, vtrum matrimonium præſumatur, ſi poſt ſponſalia contracta, non ſequatur copula carnalis, ſed tantum nixus ad ipſam.

Et præſumendum eſſe cenſuerunt Io. Calderinus, & Præpoſitus, in c. vlt. de ſponſalib.

Quorum fundamentum eſt, quia nixus ille præſumēdus eſt maritali affectu ſecutus, vt ſic mala peccati ſuſpicio euitetur. Vnde, quemadmodum ſecuta copula, matrimonium præſumitur, vt in c. is qui fidem, de ſponſalibus ita præſumendum videtur ex tali nixu ad copulam.

Altera eſt ſententia, vera & cōmunis, nō eſſe matrimonium præſumendum, ex tali conatu. Ita docuerunt Abbas, in c. vlt. de ſponſalib. Io. Andr. Dominicus, & Franchus, in c. 1. §. idem quoque, de deſponſatio. impub. lib. 6. Sylueſter Pierius, in verbo, Matrimonium, 2. q. 16. Aretinus in conſ. 142. nu. 5. Alciatus de præſumpt. reg. 3. præſumpt. 38. Couar. in epitome, de ſponſalib. par. 1. cap. 4.

A §. 1. num. 19. & Menochius de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 1. num. 48.

Probatur hæc ſententia ex c. vlt. de ſpōſalib. vbi ſummus Pontifex Gregorius IX ita dicit. *Adoleſcens, qui deſponſatam ſibi per verba de futuro, licet ſæpe niſus fuerit, carnaliter non cognoſcens, cum alia poſtmodum per verba de præſenti contraxit, non primam, cum qua nec fuit verum matrimonium ex forma contractus, nec præſumptum. cum conatus non habuiſſet effectum, ſed ſecundam debet habere coniugem.*

Non obſtat, ſi dicatur in ea ſpecie conatum non habuiſſe effectum ob ætatis defectum, quia non hoc ibi dicit ſummus Pontifex, & contrarium eſt credendū, quia is adoleſcens dicitur, qui eſt pubes, l. Aurelio, §. 1. ff. de libertate legata.

Ad argumentum reſpōdetur, cum carnalis copula ſequitur, matrimonium præſumi, non tam vt ſiniſtra peccati præſumptio tollatur, quàm ex eo, quod ipſa carnalis

B copula matrimonij propria eſt, & illud maximè indicare videtur, quæ ratio in ſolo conatu non habet locum.

CAPVT XXXI.

Vtrum ex deductione in domum ſponſi, matrimonium præſumatur, vbi ſponſalia præceſſerunt.

SExta controuerſia, vtrum matrimonium ex præcedentibus ſponſalibus, & traductione in domum ſubſecuta præſumatur. Et præſumi reſponderunt Io. Andr. in c. vlt. de ſponſalib. Angel. in §. vlt. in Auth. Quibus modis naturales efficiantur legitimi. Decius in cap. iurauit, colum. 1. de probatio. Illuſtriſs. & Reuerend. Cardinalis Paleotus, in tract. de nothis, & ſpurijs, c. 19. num. 6.

Fundamentum eſt in l. mulierem, ff. de ritu nupt. ibi. *Mulierem abſenti per litteras eius, vel per nuncium poſſe nubere placuit, ſi in domum eius deduceretur*, &c. Et rurſus ibi. *Deductione enim opus eſſe*, &c. Et in l. Seia, ff. de dona-

C tio. inter vir. & vxo. quæ tamen nihil facit, & in l. cui fuerit, ff. de cond. & demonſtr.

Cæterum, non pręſumi matrimonium hac in ſpecie reſponderūt, Ioan. Calderinus, Antonius Butrius, Abbas, & Præpoſitus, in c. vlt. de ſponſalib. Aretinus in conſil. 142. nu. 6. Baldus Nouellus, de Dote, par. 12. in ſecundo membro, num. 18.

Fundamentum eſt, quod in iure canonico, quod tamen maxime inſpiciendum eſt in materia iſta matrimonij, cum ſit ſpiritualis, nullus ſit locus, quo deduci poſſit, ex traductione in domum, matrimonium præſumi, tantum enim præſumitur, ex copula ſubſecuta, vt in c. is qui fidem, de ſponſalib.

Tertia eſt ſententia Alciati, de præſumpt. reg. 3. præſumpt. 38 nu. 1. vt ſi quidem certum ſit, copulam ſecutā non eſſe, poſterior ſententia vera ſit, ſecus ſi ſit dubium, quia tunc præſumitur ipſa copula, iuxta illud:

A iuuene & cupido credatur reddita virgo?

D Quarta eſt ſententia Couar. in epitome de ſponſalibus, par. 1. cap. 4. §. 2. in principio, matrimonium induci ex traductione in domum duobus in caſibus. Primus eſt, quando eſt dubium, an ſponſalia præceſſerint per verba de præſenti, an vero per verba de futuro, tunc enim præſumuntur eſſe contracta per verba de præſenti ex traductione in domum. Secundus caſus eſt, cum ſponſa in domum ſponſi eſt deducta, cum eo apparatu, & pompa, qua mulieres vere nuptæ deduci ſolent.

Poſtrema eſt ſententia Iacobi Menochii, de præſumptio. lib. 3. præſumpt. 1. num. 55. iure ciuili matrimoniū præſumi, ex deductione in domum mariti, ſecus autem iure canonico.

Ego ſane eorum ſententiæ magis adſtipulor, qui matrimonium præſumendum ſtatuerunt, nam experientia rerum magiſtra nos docet, non ſolere domum deduci ſponſas, niſi vt matrimonium conſumetur, & ſatis hęc ſententia probatur ex d. l. mulierem, ff. de ritu nupt. &

l. quæ

l. quæſitum eſt, de ſponſalib. Nec contrarium iure canonico eſt conſtitutum, quod potiſſimum inſpiciendũ eſt, vbi de re ſpirituali agitur, veluti de matrimonio, & ſimilibus: attamen & ius ciuile, quod attinet ad ea, quæ ex facto colligi, & præſumi debent, repudiandum non eſt, vbi canones non aduerſantur.

CAPVT XXXII.

Vtrum, ſi ſponſalia præceſſerint per verba de præſenti inter impuberes, & adueniente pubertate, ſequantur actus coniugales, veluti oſcula, amplexus, & ſimilia, non tamen copula, matrimonium inducatur. Controuerſia ſeptima.

VEra & communis eſt ſententia præſumi matrimonium, ita docent gloſ. in c. 1. §. illud, de deſpon. impub. li. 6. Henric. Boich, in c. atteſtationes, eod. tit. Bal. in conſ. 194. lib. 3. & alij, quos refert, & ſequitur Menoch. de præſum. lib. 3. c. 1. nu. 64.

Fundamentum eſt firmiſſimum in d. c. 1. §. 1. de deſpõſatio. impub. lib. 6. vbi Summus Pontifex ita dicit: *Idem quoque ſi pubes, vel impubes, vel duo impuberes non proximi pubertati, & in quibus ætatem malitia non ſupplebat, per verba contraxerint de præſenti, ſponſalia enim illa, quæ iuris interpretatione tantum fuerunt ſponſalia, de futuro (licet verba conſenſum exprimentia de præſenti haberent, & matrimonium contrahere intenderent) contrahentes, per aduentum pubertatis, in matrimonium non tranſeunt, de præſenti, nec matrimonium (quod vt matrimonium ætate non tenuit prohibente) per lapſum dicti temporis conualeſcit, niſi per carnis copulam ſubſecutam, vel aliquem modum* (hæc faciunt verba ad rem noſtram) *alium contrahentes eoſdem cum eiuſdem perſeuerantia voluntatis ad pubertatis tempora perueniſſe conſtiterit euidenter.*

Huic ſententiæ refragatur Couar. in Epitome de ſponſalib. par. 1. c. 4. §. 1. nu. 3. his argumentis. Primum, quia hæc ſponſalia intelliguntur eſſe de futuro, & facilius diſſoluuntur, quàm ſponſalia, quæ re & verbis futurum cõſenſum præſeferunt, vt probatur in c. de illis, de ſponſa. impub. ergo non debent facilius hæc, quàm illa in coniugium tranſire. Illa enim in coniugium tranſeunt, per copulam duntaxat, vt in c. is qui fidem, de ſponſal.

Reſpondeo, facilius in coniugium tranſire, quia ſunt ſponſalia de præſenti, licet enim iuris interpretatione in ſponſalia de futuro reſoluantur, tamen ſi perſeuerantia voluntatis appareat, ex copula, vel aliquo alio modo, duplex conſenſus oritur. Vnde duplex funiculus magis ligat.

Secundum argumentum. Matrimonium poſt ſponſalia non datur, niſi ex conſenſu denuo expreſsè præſtito, vel tacitè præſumpto, per copulam, ſimileve ſignum, atque vrgentem coniecturam, c. vlt. de ſponſ. ergo ex amplexibus, oſculis, & ſimilibus, præſumi non debet.

Reſpondeo, immo eſt præſumendum. Nam quis negauerit oſcula, & amplexus actus eſſe coniugales, & ex quibus voluntatis in matrimoniũ conſtantia maximè apparet? Sufficit aũt voluntatis perſeuerantiam apparere, ſiue ex copula, ſiue ex alio aliquo modo, vti docet Summ. Pontifex in d. c. 1. §. 1. de ſponſ. impub. lib. 6.

Tertium argum. Summus Pontifex in c. 1. §. 1. de deſponſat. impu. li. 6. vt conſenſus hoc in caſu præſumatur, copulam requirit, vel aliud ſimile. Abſurdum autem videtur oſcula, & amplexus copulæ comparare.

Reſpondeo: Non eſſe abſurdũ in hac ſpecie, quia alius modus præter copulam, quo conſenſus demonſtretur, vix reperietur probabilior, cum tales actus non niſi inter coniuges honeſtè exerceri poſſint.

Quartum argum. Canon requirit, vt de conſenſu conſtet euidenter alio modo, quàm per copulam, vt in d. c. 1. §. 1. Nuſquam autem iure canonico probantur tales coniecturæ, quæ oriuntur ex amplexibus, & oſculis.

A Reſpondeo. Etſi non expreſsè probatæ ſint iure canonico, non tamen improbantur, aut improbabiles exiſtũt. Nam & ea coniugali affectione fieri videntur, & ita præſumendum eſt, vt peccati præſumptio euitetur.

Illud non inficior, quod Couar. docet alium eſſe modũ, quo euidenter appareat voluntatis, & conſenſus perſeuerantia, præter copulam, & actus iam dictos, nempe ſponſæ traductionem ad domum ſponſi, vel ſubarrationem.

CAPVT XXXIII.

Vtrum ſponſalia diſſoluantur propter ſponſi abſentiam, ita tamen vt iuris ciuilis diſtinctio ſit ſeruanda.

OCtaua controuerſia. Sponſalia diſſolui propter ſponſi abſentiam ſatis conſtat, ea diſtinctione adhibita, vt expectari per triennium debeat, l. 2. C.
B de repudiis. Vel per biennium, ſi in eadem ſit prouincia, l. 2. C. de ſponſalib. niſi iuſtum impedimentum illum abeſſe cogat, quia tunc expectandus eſt, donec impedimentum ceſſet, l. ſæpè, ff. eod. tit.

Iam controuerſia eſt, an hæc diſtinctio locum habeat etiam inſpecto iure canonico. Et locum habere reſponderunt Ioan. And. Hoſt. & Anto. Butr. in cap. de illis, de ſponſal. Syluester Prierias in Summa, in verbo, ſponſalia q. 10. Abbas in c. ſicut, de ſponſalib.

Fundamentum eſt, quòd ea diſtinctio iure canonico non improbetur. Quod autem iure ciuili conſtitutum eſt, etiam canones imitantur, niſi contrarium ſtatuant, c. 1. & 2. de oper. noui nunc.

Cæterum, contrariam ſententiam habuerunt, idem Abbas, Cardinalis, & Præpoſitus in d. c. de illis, Didac. Couar. in Epitome de ſponſalib. in 1. par. c. 5. nu. 7.

Et hæc ſententia mihi probabilior videtur. Nam quid ſit hac de re ſacris canonibus conſtitutum, habetur in
C d. c. de illis, in hæc verba: *De illis autem, qui præſtito iuramento promittunt ſe aliquas mulieres ducturos, & poſtea eis incognitis dimittunt terram, ſe ad partes alias transferentes, hoc tibi volumus innoteſcere, quod liberum erit mulieribus ipſis, ſi non eſt amplius in facto proceſſum, ad alia ſe vota transferre, recepta tamen de periurio pœnitentia, ſi per eas ſteterit, quò minus fuerit matrimonium conſummatum.*

Hic non adhibetur vlla temporis, aut loci diſtinctio, ſed Summus Pontifex liberum eſſe vult mulieri ad alia vota tranſire. Non ergo vlla diſtinctione opus eſſe videtur, ſi verſemur in ea ſpecie, de qua ipſe Pontifex ibi loquitur, nempe, de illis, qui poſt contracta ſponſalia ſe ad alias partes transferunt. Nam ſi in eadem prouincia reperiantur, & aliquo iuſto impedimento cogantur abeſſe non puto à iuris Cæſarei diſtinctione recedendum.

Ex his patet reſponſum ad argumentum in contrarium.

D

CAPVT XXXIV.

Si pubes ſponſalia contraxit cum impubere, per verba præſentis, an aliam ducere vxorem poſſit, poſteaquam ſciuit, impuberem, iam factum puberem, matrimonio conſenſiſſe.

NOna controuerſia. Pubes cum impubere matrimonium contraxit per verba de præſenti, poſtea impubes adulta ætate ſuperueniente, conſentit matrimonio, vtrum poſtquam id ſciuit, aliam ducere vxorem poſſit. Et non poſſe reſpondit Syluester Prierias in ſumma, verbo, matrimonium, quinto q. 8. & Gozad. in conſ. 2. nu. 11. 27. & 28.

Fundamentum eſt: quia pubes à ſponſalib. ita contractis recedere non poteſt, ut in c. de illis, 2. de deſponſatione impuber. ergo cum ſciat alterum iam factum puberẽ

de nouo conſentire, non poteſt aliam ducere in uxorem. Neque enim conſenſus nouus ex parte ipſius puberis requiritur, licet ex parte impuberis requiratur.

Sed contrariam ſententiam amplexi fuere Bald. in cõſi. 194. & 200. lib. 3. Ruyn. in conſ. 203. lib. 1. Couar. in epitome de ſponſal. in 1. par. c. 5. §. 1. nu. 7. 8. quibus & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex c. unico, §. 1. de deſponſatione impub. lib. 6. cuius hæc ſunt verba: *Idem quoque ſi pubes, & impubes, vel duo impuberes non proximi pubertati, & in quibus ætatem malitia non ſuppleat, per verba contraxerint de præſenti. Sponſalia enim illa, quæ iuris interpretatione tantum fuerunt ſponſalia de futuro, licet verba conſenſum exprimentia de præſenti haberent, & matrimonium contrahere intenderent contrahentes, per aduentum pubertatis in matrimonium non transeunt de præſenti. Nec matrimonium, quod in matrimonium, ætate non tenuit, prohibente, per lapſum dicti temporis conualeſcit niſi per carnis copulam ſubſecutam, vel aliquem alium modum contrahentes eoſdem cum eiuſdem perſeuerantia voluntatis ac pubertatis tempora perueniſſe conſtiterit euidenter.*

Reſpondet Pierius illa verba, *Contrahentes eoſdem*, intelligenda eſſe eo in caſu, quo ambo contrahentes impuberes exiſtant. Nam ſi unus ſit pubes, eius nouus conſenſus non exigitur.

Confirmatur hæc interpretatio ex verbis ſequentibus textus: *Contrahentes eoſdem cum eiuſdem perſeuerantia voluntatis ad pubertatem perueniſſe*, quæ quidem verba locum ſibi vendicant in duobus impuberibus, ut patet.

Sed durum eſt contra ſtimulum calcitrare. Ait enim tex. in princ. *Idem quoque, ſi pubes & impubes, vel duo impuberes*, &c. Et ſic loquitur expreſsè ac diſertè, cũ pubes contrahit matrimonium cum impubere, & tandem in fine requirit, ut ambo in eadẽ voluntate perſeuerent, ibi: *Eoſdem cum eiuſdem perſeuerantia voluntatis*, &c.

Non obſtant illa verba, *ad pubertatis tẽpora perueniſſe*, quia non excludunt alium caſum, cum ſcilicet alter tantum ad pubertatem peruenit quoniam & hunc caſum in princ. S. Pont. inſeruit. Itaque illa verba: *Eoſdem ad pubertatis tempora perueniſſe*, intelligenda ſunt de ambobus, ſi ambo fuerint impuberes, vel de altero tantum, ſi alter eorum tantum impubes extiterit.

Ad argumentum Pierij reſpondeo, illud hoc in caſu locum non habere, cũ ſcilicet pubes contrahit ſponſalia cum impubere. Nam cum ex parte impuberis neceſſaria ſit perſeuerantia, videtur etiam neceſſaria, ex parte puberis, quia ſolus ille conſenſus ex parte puberis, qui primo interuenit, non ſufficit ad inducendum matrimonium, neq. n. matrimoniũ contrahitur ex conſenſu unius tm̃.

Vt ergo matrimonium contrahatur, perſeuerantia requiritur ex vtriuſque parte. Neque enim licet puberi effecto allegare alterum ex antiqua promiſſione obligatũ ſibi fuiſſe, cum ipſe illi non eſſet obligatus. Et quoniam iuris interpretatione, quæ geſta ſunt, ſponſalia de futuro intelliguntur, vt docet Summus Pontifex neceſſario inde efficitur nouo vtriuſque conſenſu opus eſſe.

CAPVT XXXV.

Vtrum ex cohabitatione viri, & mulieris matrimonium præſumatur, ad hunc effectum, vt filij habeantur pro legitimis, vbi diſcutitur: an filius in dubio præſumatur legitimus, nec ne.

DEcima controuerſia. Vtrum ex cohabitatione viri & mulieris matrimoniũ præſumatur, quoad hũc effectum, vt filij nati legitimi ſint cenſendi.

Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententię. Altera affirmans. Altera negans.

Affirmantis authores ſunt Panorm. in c. lator, qui filij ſint legitimi. Felyn. in c. per tuas, de probatio. Dec. in c. eccleſia, nu. 39. de conſtit. Curt. iun. in conſ. 52. col. 1. Iaſon in conſ. 168. lib. 4. Alc. de præſum. reg. 2. præſumpt. 5. Menoch. de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 1. nu. 77.

A

Negantis autem ſententiæ authores ſunt Henr. Boic. in d. c. lator, qui filij ſunt legit. Aleiat. de præſump. reg. 3. præſump. 1. nu. 12.

In eandem ſententiam propendet Couar. in epitome de ſponſ. in 2. par. c. 1. poſt nu. 5.

Atq; eidẽ ſententię adſtipulantur tacitè oẽs, qui docẽt filiũ in dubio nõ præſumi legitimũ, ſed ſpuriũ ita Natta in conſ. 421. nu. 9. & 473. nu. 33. Dec. ad l. ſi emancipati, nu. 9. C. de collat. Ruyn. in cõſ. 63. n. 5. li. 2. D. Cephal. in conſ. 595. nu. 2. lib. 4. Menoch. in conſ. 60. nu. 12. lib. 1.

Quemadmodum & priori ſnīæ tacitè adſtipulatur, qui putarunt filium in dubio legitimum præſumi. ita Bald. in conſ. 437. Titius lib. 5. Ioan. Faber in §. vlt. in Inſtit. de adoptio. Cępolla cautela 118. quis in dubio. Ruyn. in conſil. 109. nu. 37. lib. 3. Marian. Soc. ſen. in conſ. 23. nu. 19. lib. 1. Berous in conſ. 19. nu. 10. lib. 2. Cotta in memorial.

B in verbo, *Filius præſumitur*. Illuſt. & Reueren. Card. Paleottus in tract. de nothis, & ſpurijs, c. 10. nu. 3. Menoch. de præſumpt. lib. 6. præſump. 54. nu. 20.

Prioris ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum, cum neceſſe ſit aliquem naſci ex licito, aut ex illicito concubitu, præſumendus eſt potius natus ex licito, quàm ex illicito. Nam vbi duæ tales præſumptiones oriri poſſunt, illa, quæ delictum excludit, obtinere potius debet, quam contraria, ex traditis per Bar. in l. non ſolum, §. ſed ut probari, nu. 5. ff. de oper. no. nunc.

Secundum eſt ex c. lator, qui filij ſunt legitimi, vbi patet illi onus probandi incubuiſſe, qui obiecit filium non eſſe natum ex legitimo matrimonio.

Tertium eſt ex l. miles, §. defuncto, ff. ad legem Iuliã, de adult. vbi patet filium ex viro, & vxore natum præſumi, licet vxor adulterium aliquando commiſiſſet.

Quartum eſt ex c. accedens, de purgatione canonica, vbi Innocentius reſpondit, eum, qui ad ſacros ordines

C promoueri cupit, ſe legitimè natum probare debere, ſi fama ſit eum non fuiſſe ex legitimo matrimonio natum. Ergo ceſſante tali fama, præſumi videtur natus ex legitimo matrimonio, nec tenetur id probare.

Quintum. Spurij dicuntur eſſe manci, & imperfecti, c. 3. ſapientiæ, ergo nullus talis eſt præſumendus.

Poſtremum argum. illud eſt, quod ſpurij videntur eſſe infames, tanquam nati ex concubitu illicito, quare in dubio nemo eſt ſpurius præſumendus, quia nec in dubio delictum præſumendum, l. merito, ff. pro ſocio.

Poſterioris ſnīę argum. duo ſunt præcipua. Primũ eſt, quia vt filius ſit legitimus, neceſſe eſt eũ ex legitimo matrimonio natum eſſe, l. filium definimus, ff. de his qui ſui, vel alieni iuris ſunt. Matrimonium ergo eſt probãdum, quia ex facto procedit, ꝙ quidem factum non præſumitur, l. in bello, §. factæ, ff. de capt. & poſtlim. reuer ſ. ſi ergo non probetur, filius pręſumitur illegitimè natus.

Alterum argum. eſt ex c. aliter, 30. q. 5. in illis verbis:

D *Ita peracta, legitima ſcitote eſſe cõnubia, aliter verò præſumpta, non connubia, ſed adulteria, vel cõtubernia, vel ſtupra, aut fornicationes potius, q̃ legit. coniugia eſſe, non dubitatur.*

Reſpõdent contrariæ ſnīæ authores; matrimoniũ quidem non pręſumi, quoad ipſos cohabitantes, ſed præſumi quoad filios. Contra Henric. Boic, id fieri non poſſe, contendit, quia vt filius legitimus eſſe pręſumatur, debet etiam præſumi legitimum matrimonium.

Ego priorem ſententiam probabiliorem eſſe iudico. Et ad argumenta contrariæ opinionis ſic reſpondeo.

Ad primum reſpondeo, matrimonium quidẽ eſſe facti, ſed tñ & concubitum illicitum eſſe facti. Cum ergo alterutrũ ſit præſumendũ, nempe aliquẽ eſſe natũ ex legitimo matrimonio, vel ex illegitimo cõcubitu, exiſtimo benigniorem ſnīam amplectendam potius, quam cõtrariam, cum in dubio delictum præſumẽdũ non ſit, & illa præſumpt. ſit potior quę delictum ipſum excludit.

Ad ſecundum argumentum reſpõdeo, textum in d. c.

aliter.

aliter, 30.q.5.nó illud velle, vt filius preſumatur ſpurius, vel turpis ac illicitus concubitus, in dubio, ſed hoc tantum, vel legitimum ſit cóiugium, ſi vxor petatur, & à parentibus & proximioribus ſponſetur, & dotetur, & ſuo tempore à Sacerdote benedicatur, aliter vero, ſi quis audeat, ſeu preſumat, nó illud eſſe legitimum coniugium.

Cæterum, ſi nec primum nobis conſtet: nempe, ita legitime peractum eſſe, nec ſecundum; nempe, ſi nec conſtet, ea nó fuiſſe peracta, quę Summus Pontifex commemorat, vtrum in obſcurio ſit à nobis potius præſumendú eum, qui dicitur eſſe natus ex Titio & Seia, natum fuiſſe ex illicito concubitu, quam ex licito, in eo loco Summus Pontifex non decidit. Pręſumit quidem in deteriorem partem, vt gloſ. ibi dicit, ſed non in dubio.

Verum eo in caſu, de quo loquitur; nempe, vbi ſolemnia, quę recenſet, non interuenerunt. Et ſic in caſu certo. Si enim non appareat, matrimonium fuiſſe celebratum ijs, quæ ſæpius adhibentur, & à lege exiguntur modis, non illud legitimum eſſe coniugium Pontifex exiſtimat; Et recte. Sed noſtra diſputatio eſt, cum verſamur in dubio, ita vt neutrum appareat, vel adhibita ſcilicet, vel nó adhibita fuiſſe ſolénia, & dicimus potius legitimum cóiugium, quam contra, præſumendum; quia hæc præſumptio malum excludit, & filiis fauet, altera vero contraria, odium & delictum continet, & filiis nocet.

CAPVT XXXVI.

Si matrimonium contrahatur inter eos, inter quos canonicum ſubeſt impedimentum ſub conditione ſi ſummus Pontifex diſpenſauerit; an diſpenſatione ſecuta, ſtatim ſit verum matrimonium abſque nouo conſenſu?

VNdecima controuerſia. Si matrimonium inter duos contrahatur, inter quos legitimum ſit impedimentum, ſub ea conditione, ſi ſummus Pontifex diſpenſauerit; an obtenta diſpenſatione ſtatim matrimonium eſſe dicatur abſque nouo conſenſu?

Affirmant Io. Calderinus, Antonius Butrius & Prępoſitus, in c. ſuper eo, de cond. appoſ. quorum ſententiá conſuetudine receptá eſſe teſtatur Boerius deciſ. 264. nu. 27.

Fundamentum eſt in communi doctorum ſententia, quæ dictat, matrimonium ſub conditione contractum, eueniente conditione, ſtatim perfici abſque nouo cóſenſu; vt tradunt Innocent. & Abbas, in c. de illis, de conditio. appoſ. & alii, quos commemorat Couar. in epitome, de ſponſal. in 2. par. c. 3. nu. 5. Quę quidem ſententia probatur ex ea iuris regula; contractum ſub conditione factum eueniente conditione perinde habendum, ac ſi pure factus eſſet, l. vlt. §. 1. ff. de vulg. & ibi Angelus notat, Decius in l. pecuniam, in 2. notabili, ff. ſi cert. pet. Tiraq. de retractu conſang. §. 1. gloſ. 2. nu. 27.

Contrariam ſententiam habuerunt Innocentius, Cardinalis, et Abbas in d. c. ſuper eo, de cód. appoſ. Sylueſter in ſumma, in verbo, matrimonium, 3. q. 9. Henricus in c. vlt. de cond. appoſ. Aretinus in conſ. 142. col. 4. alios citat Couar. loco proxime citato, nu. 7. & videtur ipſe in hanc ſententiam propendere.

Fundamentum eſt; quia conditio impoſſibilis matrimonio adiecta, pró non ſcripta habetur, ipſaque vitiatur, & non vitiat: & ideo matrimonium pure cóttactum intelligitur, c. vlt. de cond. appoſ. ſed iſta conditio: Si ſummus Pontifex diſpenſauerit, impoſſibilis reputatur, quia conſenſum Principis requirit, argumétó l. inter ſtipulantem, §. ſacram, ff. de verb. oblig. & l. continuus, §. cú qui, ff. eod. tit. & l. apud Iulianum, §. conſtat, de leg. 1.

Mihi hæc poſterior ſententia prima ſpecie videbatur probabilior, non quidem eo argumento, quod proxime retuli, illud enim confutat Couar. loco annotato, quia non impoſſibile reputatur illud, ad quod obtinendum conſenſus Principis requiritur, niſi quando id concedere Princeps nó ſolet, vt probatur in d. §. cóſtat, & in l. inter cedit, ff. de cond. & demonſt. & in l. quidam relegatus, ff.

A de reb. dub. Pontifex autem ſolet diſpenſare in eiuſmodi impedimentis matrimonii, vbi iuſta ſubeſt cauſa, vt notum eſt.

Sed alio argumento verior mihi videbatur poſterior ſententia, nempe, ex c. ſuper eo, de códit. appoſ. vbi Summus Pontifex declarat matrimonium ſub conditione contractum, etiam per verba de pręſenti, habendum nó eſſe pro matrimonio de præſenti. *Cum huiuſmodi conſenſus*, inquit, *non ſit de præſenti habendus, licet per verba de præſenti euidentius exprimatur, qui in alieno arbitrio non habito, ſed habendo, conſiſtit.* (erat enim ea in ſpecie ita matrimonium contractum, ſi pater conſentiret) Itaque patre conſentiente, is, qui promiſit, cogi poteſt ad contrahendum matrimonium, vt ibi dicit textus. Conſequéter matrimonium eueniente conditione noviter eſt contrahendum per verba de præſenti, & conſequenter nouo conſenſu eſt opus.

Nec obſtare videbatur illa communis ſententia, qua

B prior ſententia nititur, quia reprobatur à Theologis, vt demonſtrat Couar. loco annotato paulo ante num. 6.

Quod verò dicebatur; iuris regulam hoc velle, vt códitionalis contractus eueniente conditione pro puro habeatur, locum habere poſſe videbatur, quátum ad hunc effectum, vt non ſit locus pęnitentiæ, non autem quoad hoc, vt contractus habeatur pro perfecto, ita vt nouus conſenſus non requiratur, vt in d. c. ſuper eo.

Sed tamen penitus re conſiderata, prior ſententia verior videtur. Nam communis illa ſententia, ex qua fundamentum habet, veriſſima eſt, quicquid obijciat Couar. ex d. c. ſuper eo, neque enim illius canonis ſenſus eſt, matrimonium per verba de præſenti ſub conditione contractum, non intelligi eſſe de præſenti, ſed de futuro, ſed ſenſus eſt, matrimonium ſub ea conditione contractum, conſumandum non eſſe, niſi pater conſentiat: Ita dicit ibi Summus pontifex.

Poſtea tacitę obiectioni reſpondet. Nam ſponſalia ſub

C conditione facta, firmiter obſeruanda ſunt, etiam conditione deficiente, ſi alterú interuenerit, conſenſus de pręſenti, vel carnalis copula, vt in c. de illis, eo. tit. ſed in propoſita ſpecie adeſt conſenſus de præſenti, quia contractú fuit matrimonium per verba de præſenti, ergo licet conditio deficiat, cogendus eſt ad matrimonium conſumandum ille, qui conſenſit.

Reſpondet Summus pontifex, negando aſſumptionem, ſcilicet, in ea ſpecie cóſenſum eſſe de præſenti, *quia in alieno arbitrio*, inquit, *non habito, ſed habendo, conſiſtit.*

Sed reddamus verba ſummi pontificis, quo res clarior exiſtat. Sic aút ait: *Super eo vero quod poſtulaſti, vtrum ille qui in quandam mulierem conſenſit, ſi pater eius ſuum præſtaret aſſenſum, ſit ad conſummandum matrimonium compellendus: Reſpondemus, quod cum conſenſus liber dici non poſſit, qui alieno arbitrio reſeruatur, ac conditionem ipſam Canonica non improbent inſtituta, niſi voluntas patris poſtmodum intercedat nequaquam cogendus eſt ad matri-*

D *monium contrahendum. nam licet Alexander Papa reſpóderit, quod Sponſalia interpoſita conditione contracta ipſa non impleta, ſi conſenſus de præſenti intercedat, vel carnalis copula ſubſequatur, diſſolui non debent, ſed firmiter obſeruari, nequaquam eſt noſtra definitioni aduerſum, cum huiuſmodi conſenſus non ſit de præſenti habendus, licet per verba de præſenti euidentius exprimatur, qui in alieno arbitrio non habito, ſed habendo conſiſtit.* Hactenus ille.

Hoc igitur vult Summus pontifex: In ſua ſpecie, non eſſe cóſenſum de præſenti, quemadmodum in ſpecie, de qua reſpondit Alexander Papa, ſed quia matrimonium ſit abſq; nouo conſenſu, ſi conſenſus patris accedat, non negat ibi pontifex, qui propterea quærit, an conſenſu patris accedente, is, qui ſic contraxit, ad conſummandú matrimonium ſit cogendus? Et cogendum eſſe reſpondet: Et licet dicat, niſi voluntas patris poſtmodú accedat, nequaquam cogendus erit ad matrimonium contrahendú, tamen illud verbú, *Contrahendú*, eſt idem S. Pontifici,

ci, ac verbum, *Conſummandum*, quod in quæſtione vſus eſt, vt ſic reſponſum congruat quæſtioni propoſitæ. A

At Couar. ſic argumẽtatur. Matrimonium ſine conſenſu non contrahitur, hic autem conſenſus non eſt: Ergo nec matrimonium eſt. Probatur minor, quia non eſt à principio talis cõſenſus, qui ad matrimonium ſufficiat, cùm ſit conditionalis. *Nec oberit*, inquit, *conditionis euentus. Nam ſi diſſenſerit contrahentes ante euentum conditionis, euentus conditionis nihil operatur.*

Reſpondeo, Id nego: nempe, ſi ante conditionis euentum contrahentes diſſentiant, nihil operari euẽtum cõditionis. Nam vbi ſub conditione contractus geritus, nõ licet conditione pendente, alteri pœnitere, l. hæc venditio, ff. de contrah. empt. Alex. in conſil 40. in principio, lib. 5. nec contrarium probat Couar.

Non obſtat id, quod dicit, cõditionem de futuro id efficere, vt conſenſus expreſſus per verba de præſenti, dicatur eſſe pendens de futuro, & ideo ante impletam conditionem non ſit ſufficiens. Etenim id concedo. Sed dum B ſubdit. *Conſenſum autem pendere in futurum, in virtute eſt eſſe de futuro*, id nego, niſi intelligatur in virtute eſſe de futuro, quatenus conditionis euẽtus expectatur, vt conſenſus effectum habeat. Sed conditione impleta iam cõſenſus effectum obtinet, non aliter, atque ſi ab initio nulla fuiſſet adiecta conditio.

Cæterum, cum hodie ex Sacroſancti Cõcilij Trid. Decretis Seſſ. 24. multa fuerint ordinata, quę huic ſententię noſtræ forſitan aduerſentur, conſultum fuit conſtitutioni ſacroſanctæ inhærere, nulla ratione habita huius noſtræ opinionis. Video enim opus eſſe nouo conſenſu ob formam introductam ab eodem Concilio circa matrimonia contrahenda, propter ſolemnitates ab eo requiſitas; & ob pœnam conſtitutam in eos qui intra gradus prohibitos ſcienter contraxerint, vt in d. ſeſſ. 24. c. 5. quãob rem ſeruanda erit dicta forma; nec præter eam coniugari licebit.

CAPVT XXXVII.

Vtrum matrimonium ea lege contrahi poſſit, vt non intercedat copula carnalis.

DVodecima controuerſia, vtrum matrimonium ea lege contrahi poſſit, vt non intercedat copula carnalis?

Contrahi poſſe affirmãt Paludanus in 4. ſent. diſtinct. 30. q. 2. concl. 2. Io. Imolenſis in l. vbi ita donatur, ff. de donatio. cauſa mortis. Andr. Siculus, in cap. vlt. de precario.

Fundamentum: quia matrimonium non vitiat perpetua continentia, qualis etiam fuit inter beatam Virginem & Ioſephum, inter quos tamen perfectum fuit ac perpetuum coniugium, c. coniunx, 27. q. 2.

Sed contraria ſententia videtur mihi probabilior, quã ſecuti ſunt D. Thomas, in 4. ſentent. diſtinct. 28. q. vlt. in fine. Adrianus q. 9. de matrimonio. Syluester, in verbo, D matrimonium, 4. q. 6. Abbas in c. commiſſum, de ſponſalib. Couar. in epitome, in 2. parte, c. 3. §. 1. nu. 4. & 5.

Probatur hæc ſententia ex c. vlt. de conditionibus appoſ. vbi Gregorius IX. ita dicit: *Si conditiones contra ſubſtantiam coniugij inferantur: Puta ſi alter dicat alteri. Contraho tecum ſi generationem prolis euites, vel donec inueniã aliam honore & facultatibus digniorem, aut ſi pro quæſtu adulterandam te tradas matrimonialis contractus quantumcunque ſit fauorabilis, caret effectu.* Hactenus Gregorius.

Ad contrariæ ſententiæ argumentum reſpondetur. Conſiſtere quidem matrimonium poſſe, licet coniuges perpetuam ſeruent caſtitatem, ſed tamen id in pactum deduci non poſſe, quia eſt contra ſubſtantiam matrimonii. Neque vero pactum tale fuit inter beatiſſimam Virginem & S. Patriarcham. Nec eſt nouum, vt aliquid impediat matrimonium contrahi, quod non dirimat contractum, c. ſuſos, qui clerici vel vouentes, &c.

CAPVT XXXVIII.

Quid ſi non ambo contrahentes matrimonium, in eam conditionem conſenſerint, quæ contra ſubſtantiam matrimonij eſt, ſed vnus tantum, deinde copula carnalis intercedat an matrimonium præſumatur?

DEcimatertia controuerſia. Cum matrimonium non valeat, vbi conditio adiicitur, quę contra ſubſtantiam eius eſt, vt in d. c. vlt. de condit. appoſ. Si non contrahentes ambo in eam conditionem conſenſerint, ſed alter tantum, deinde copula carnalis intercedat, vtrum in vim ſponſaliorum, quæ per copulam ſubſecutam matrimonium inducant, contractus valeat, controuerti ſolet.

Nam id affirmant Hoſtienſis, Innocentius, Abbas, & Præpoſitus, in cap. vlt. de cond appoſ. Rubeus, Alex. ad l. B non ſolum, §. morte, nu. 590. ff. de oper. noui nunt. Syluester, in verbo, matrimonium, 4. q. 5.

Fundamentum eſt in c. aliquando, 32. quæſt. 2. in illis verbis: *Si ambo tales ſint, coniuges non ſunt, & ſi ab initio tales fuerint, non ſibi per connubium, ſed per ſtuprum potius conuenerunt. Sin autem ambo non ſint tales, audeo dicere, aut illa quodam modo eſt mariti meretrix, aut ille adulter vxoris.*

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Adrianus, in 4. ſenten. quæſt. 9. de matrimonio. Imola, in l. vbi ita donatur, ff. de donatio. cau. mor. Aretin. in l. 1. §. ſed ſi mihi. col. 3. ff. de verbor. oblig. & Couar. in epitome de ſponſalibus parte 2. c. 3. §. 1. nu. 11.

Fundamentum eſt, quia is, qui conditionem adiecit matrimonio, non ſimpliciter conſenſit, ſed ſub cõditione. Sponſalibus autẽ nullo modo conſenſit. Quoties autem ex contrahentibus alter ſub conditione, alter pure cõſenſit, nulla inter eos oritur obligatio, l. 1. §. ſi quis ſimC pliciter, ff. de verb. obligat.

Sed mihi prior ſententia videtur longe probabilior, non quidem eo argumento, quod proxime relatum eſt, quia textus in d. c. aliquando, de alia ſpecie longe diuerſa loquitur: Sed eo argumẽto, quod cum intercedit copula carnalis, is, qui conditionem illam adiecerat, ab ea receſſiſſe videtur, cum intelligat alteram non conſenſiſſe in eam conditionem. Hoc probari poteſt argumento ſumpto ex c. per tuas, de cond appoſ. in illis verbis: *Conſultationi tuæ taliter reſpondemus quod cum liquido conſtet, quod poſt contracta ſponſalia carnalis eſt inter eos copula ſubſecuta, pro matrimonio eſt præſumendum, quia videtur à conditione appoſita receſſiſſe.* Sic igitur & in propoſita quæſtione dicendum videtur.

Non obſtat argumẽtum in contrarium, quia licet diuerſitas obligationis à principio fuerit inter contrahentes, poſtea tamen ex interuallo præſumuntur prorſus cõſenſiſſe, propter copulam carnalem, ad tollẽdam peccati D præſumptionem. Et quando diuerſitas reſponſionis ſtipulatori placet, alia ſtipulatio contracta eſſe intelligitur, vt in d. l. 1. §. ſi qs ſimpliciter, ff. de verb. obl. Et licet tex. ibi requirat, vt *illico placeat*, tamen in ſtipulatione loquitur, quę nõ admittit temporis interuallum: at in contractu matrimonii, nihil obſtat temporis interuallum, dummodo adſit conſenſus, vt patet ex d. c. per tuas, de cond. appo. & ex c. is qui fidem, de ſponſalib.

CAPVT XXXIX.

Vtrum matrimonium ſub conditione contractum, quæ omnino extitura eſt, valeat, perinde ac ſi pure contractum eſſet.

DEcimaquarta controuerſia. Si matrimonium ſub conditione fiat, quæ omnino extitura ſit, vtrum ſtatim valeat, an vero expectanda ſit conditio?

Non ſtatim valere, ſed cõditionis euentum expectandum,

dum,ſenſit gloſ.in c.per tuas,in verbo, præſumendum, in fine, de conditio. appoſ. Ioan. Andreas, & Antonius Butrius ibidem.

Quorum illud fundamentum puto, quòd regulariter ita ſit conſtitutum, vt matrimonium ſub conditione factum, non valeat, antequam conditio eueniat, vt in c.ſuper eo, de cond. appoſ.

Iaſ. autem in l.impoſſibilis, col. vlt. ff. de verb. obligat. ita diſtinguit, vt ſi quidem ſit certum, conditionem extituram, & ſimul etiam tempus, quo extitura ſit, tunc matrimonium purè contractum intelligatur, ſecus vero, ſi tempus, quo extitura eſt, incertum ſit, quia tempus incertum, pro conditione habetur, l.1. l.dies incertus, l.quibus diebus, §.quidam Titio, ff. de condit. & demonſtr. gloſ. in l.in omnibus obligationibus, de reg. iu. Bar. in l.ita ſtipulatus, in 2.q. ff. de uerb. oblig.

Sed mihi eorum ſententia probabilior videtur, qui exiſtimant hoc in caſu matrimonium purè contractum videri, ita docuerunt Hoſtienſis Cardinalis, Abbas & Præpoſitus, in d.c.per tuas, de cond. appoſ. Sylueſter, in verbo, matrimonium, 3.q.2. & alij, quos refert & ſequitur Couar. in Epitome de ſponſalibus, in 2. parte, cap.3. §.2. nume. 10.

Probatur hæc ſententia. Nam qui ſub conditione ſtipulatur, quæ omnino extitura eſt, purè videtur ſtipulari, l.pupillus, §.1. ff. de nouation. l.quod ſi ea, ff. de condit. indebita.

Non obſtat id, quod dicitur; Diem incertum pro conditione haberi, quia id procedit in teſtamentis & vltimis voluntatibus, l.dies incertus, ff. de cond. & demon. Ratio eſt, vti declarat optimè Caſtrenſis, in l.1. nu.6. ff. eod. titu. quia non eſt certum, debitum iri. Nam ſi legatarius decederet, non tranſmittere, quod in cõtractibus & alijs actibus inter viuos dici non poteſt, quare ſi tempus ſit incertum in ſpecie, de qua agitur, moram potius matrimonio quàm conditionem iniectam eſſe exiſtimo, ſicuti alibi Iuriſconſultus docet, in l.hæres meus, ff. de cond. & demonſtra. ibi: *Non conditione, ſed mora ſuſpenditur*, &c.

CAPVT XL.

Vtrum valeat matrimonium, vbi quis metu coactus fuit illud contrahere cum vna ex pluribus fœminis, puta cum vna ex filiabus Sempronij.

DEcimaquinta controuerſia. Contraxit quis matrimonium metu coactus cum vna ex filiabus Sempronij, vtrum valeat?

Et valere docuerunt Abbas in c.cum terra, de electio. Zochus, & Præpoſitus, in c.cum locum, de ſponſal. Fel. in c.in præſentia, nu.37. de probatio. Iaſ. in l.Titia, nu.6. ff. de verb. obli. Ioannes Lup. in c.per veſtras, in 3. notab. §.2. de donatio. Sylua nuptialis, lib.2. nu.119.

Fundamentum eſt: quia non videtur ſublata libertas hoc in caſu, quod probatur à ſimili. Nam conſuetudo nõ valet, quæ libertatem aufert electionis, c.cum terra, de electio. Et tamen illa valet conſuetudo, quæ facit, vt ex certo perſonarum genere electio fiat, cap.cum dilectus, de conſuet.

Contrariam ſententiam probabiliorem eſſe puto, quã ſecuti fuere Baldus in conſil. ſchiſmatis, col.4. Fortunius in tract. de vltimo fine, illatione 21. Decius in c.licet, col. pen. de elect. & alij, quos refert & ſequitur Couar. in epitome de ſponſ. in 2. par. cap.3. §.5. poſt num.7. verſ. ſecundo procedit.

Fundamentum eſt firmiſſimum: quia ad matrimoniũ contrahendum libertas ſumma requiritur, c.cum locũ, de ſponſalib. nec valet ubi metus intercedit, c.veniens, 2. eod. tit. c.ſignificauit, de eo qui duxit uxorem, &c. Sed in hac ſpecie libertas non eſt, quia metus interuenit, ergo matrimonium nullius eſt momenti. Aſſumptio patet: quia quis cogitur accipere unam ex illis mulieribus in vxorem, cum tamen vel nullam accipere vellet, vel for-

A tè etiam vxorem non ducere.

Ad argumentum à ſimili reſpondeo, magnam eſſe diſſimilitudinem, quia conſuetudo illa ut electio fiat ex certo perſonarum genere, ſumma ratione introduci potuit; quare debet eius vigore quis vnam eligere ex dictis perſonis, ſed vt quis unam ex certis fœminis vxorem ducere compellatur, id perquam iniquum eſt, cum ſummam libertatem matrimonialis contractus exigat, nec vlla ratio ſuppetere poſſit, qua quis cogi ad illud contrahendum poſſit, vel cum certo perſonarum genere. Sed res mihi videtur longè clarior, quàm vt maiori egeat diſputatione.

CAPVT XLI.

Sitne matrimonium contractum illis verbis: habebo te in vxorem: vel, iuro ac promitto me in legitimam vxorem te habiturum.

B DEcimaſexta controuerſia. Promiſit quiſpiam in hunc modum mulieri. Habebo te in uxorem, vel, promitto ac iuro me in vxorem te habiturum. Vtrum matrimonium contractum eſſe intelligatur, an vero ſponſalia de futuro?

Et matrimonium contractum videri reſponderunt gloſ. in c.ex parte, de ſponſalibus, & in c.ſi quis diuinis, 30.q.5. Abbas & Dec. in c.iurauit, de probat. Præpoſitus in d.c.ex parte, & alij magis communiter.

Argumenta ſunt tria. Primum ex c.ex parte, de ſponſalibus in illis verbis. *Andreas iuramentum præſtitit quod eam ab eo tempore pro coniuge teneret*, &c. quibus verbis Pontifex præſupponit matrimonium contractum.

Secundum eſt ex d.c.ſi quis diuinis, 30.q.5. *Si quis diuinis*, inquit textus, *tactis ſcripturis, iurauit mulieri, legitimam ſe eam vxorem habiturum*, &c. *Fit illa legitima vxor quamuis nulla dos, nulla ſcriptura alia interpoſita ſit.*

C Tertium eſt huiuſmodi. Qui vult antecedens, velle intelligitur & conſequens, l.illud, ff. de acquir. hæred. Igitur ſi vult eam in futurum vxorem habere, necne eſt, ut illis verbis matrimonium contraxiſſe intelligatur. Vide pro eadem ſententia Iacob. Menoch. de præſump. lib.3. cap.3. num.3.

Cæterùm, non matrimonium contractum videri, ſed ſponſalia de futuro, reſponderunt quidam doctores antiqui, quorum facit mentionem gloſ. in d.c.ex parte, Magiſter ſententiarum, & alij quos refert & ſequitur Couar. in epitome de ſponſal. par.2. c.4. §.1. nu.5.

Fundamentum eſt: quod illa verba futurum tempus reſpiciunt, vt patet, nec neceſſariò conſenſum importãt de præſenti, quare potius ſponſalia de futuro contracta eſſe intelliguntur, quam matrimonium de præſenti.

Ad textum in d.cap.ex parte, reſpondent; verba contrahentium in ea ſpecie tẽpus præſens reſpicere: *Iurauit*, inquit textus, *quod eam ab eo tempore pro coniuge teneret.*

D Ergo quidem in hanc poſteriorem ſententiam eſſem procliuior, ſed vt illi non adhæream, illud facit, quod illa verba ita poſſunt intelligi, vt conſenſum in matrimoniũ de præſenti contineant: & licet etiam ita poſſint intelligi, vt importent ſponſalia de futuro, tamen illa interpretatio prævalere dẽt, quæ matrimonio fauet, authoritate textus in d.c.ſi quis diuinis, 30. quæſt.5. Ait enim textus: *Si quis iurauit mulieri ſe eam vxorem legitimam habiturum, fit illa legitima uxor.* Ego intelligo; fieri ex ea promiſſione ſeu iuramento, non autem ex futuro conſenſu & contractu.

Ad contrarium argumentum reſponſio patet, quia etiã ſi ad futurum tempus illa verba referantur, includunt tamen conſenſum de præſenti in matrimonium, quaſi is, qui ſic promiſit, eam mulierem iam duxerit in vxorem, & ideo illam pro tali ſe habiturum dixerit, ſeu iurauerit.

CAPVT LXII.

Sed quid ſi dixerit: non habebo aliam vxorem niſi te: Sitne contractum matrimonium, vel ſponſalia.

DEcimaſeptima controuerſia. Sed quid ſi dixerit: Non habebo aliam vxorem, niſi te, an intelligatur matrimonium contractum, vel ſponſalia?

Et matrimonium contractum videri reſponderunt Card. Abbas, & Præpoſitus in cap. ex parte, de ſponſalib. Alex. in conſ. 152 lib. 5. Syluester in verbo Matrimoniũ 2. q. 10. Iaſon & Curtius iunior, in l. actione, C. de tranſact. Menoch. de præſump. lib. 3. cap. 3. nu. 8.

Fundamentũ eſt, quia dictio, *Niſi*, negationi, poſtpoſita, affirmat. Quamobrem eſt perinde, ac ſi dicatur, Non habebo aliam vxorem, quàm te, & habebo te in uxorem, ergo matrimonium inducitur.

Sed contrariam ſententiam amplector una cum Calderino, Butrio, & Zocho, in d. c. ex parte, Cępolla in conſil. 1. ciuilium, in 3. col. Alcia. in d. l. actione, C. de tranſact. & Couar. in epitome de ſponſalibus, in 2. parte, c. 4. §. 1. num. 1.

Fundamentum mihi videtur ſolidiſſimum, quia talis oratio ita eſt accipienda, vt ſi quis vxorem ducere voluerit, illam, & non aliam ducere teneatur, non autem vt ſe obliget ad illam vxorem ducendam. Quid enim, ſi uitá cælibem ducere maluerit? Veluti, ſi quis dixerit, promitto me non alienaturum extra familiam prædium, non idcirco promittere videtur, ſe intra familiam alienaturum, ſed ſenſus eſt, vt ſi alienare voluerit, non extra familiam alienet.

Huic interpretationi fauet text. in l. ſi ſterili, §. pen. ff. de act. empt. *Sed etſi fundum*, inquit, *ita vendidero, ut nulli alij quàm mihi eum venderes, actio eo nomine ex vendito eſt, ſi alij vendideris.* Et ſic non dicit Iuriſconſultus, agi poſſe, vt mihi vendas, ſimpliciter & abſolutè, quamuis fortè uelis alicui vendere.

Adſtipulatur etiam textus in l. Titia, §. vlt. ff. de manumiſſis teſta. in illis verbis: *Oneſiphore, niſi rationes reddideris, liber ne eſto. Potius adimi libertatem, quàm dari.*

Ergo dictio illa, Niſi, affirmationis vim habet, ſed in eũ ſenſum, de quo dictum eſt, id eſt, Non habebo aliam vxorem, quàm te, Et te habebo in vxorem, ſi vxorem ducere in animum induxero, no autem ſimpliciter & abſolutè.

CAPVT LXIII.

Filius an in dubio præſumendus ſit naturalis, hoc eſt, natus ex concubina, an verò ſpurius, hoc eſt, natus damnato & punibili.

FIlium in dubio naturalem eſſe præſumendum, nõ autem ſpurium, reſponderunt Bald. in conſil. 448. nu. 4. lib. 1. Crauetta in conſ. 158. nu. 1. & 166. nu. 1. Alciatus in conſ. 58. nu. 13. lib. 9. & 158. nu. 3. eod. lib. Simon Petrus in conſ. 127. nu. 6. Dominus meus Cephal. in conſ. 608. nu. 10. lib. 4. Hippol. Rimin. in conſ. 157. nu. 109. lib. 2. Couar. in epitome de ſponſalibus, in 2. parte, c. 8. §. 3. in princ.

Fundamentum eſt: quia delictum non eſt præſumendum, l. meritò, ff. pro ſocio. Eſt autẽ maius delictum ex coitu damnato & punibili, quàm ex concubinatu lege ciuili non prohibito.

Sed contrarium reſponderunt; Nempe ſpurium potius eſſe præſumendum. Natta in conſ. 421. nu. 10. Alcia. de præſum. reg. 2. præſump. 5. nu. 4. & reſpon. 123. nu. 10. & 268. nu. 2. & 269. nu. 1. Menoc. de præſum. lib. 6. præſum. 54. nu. 2. & in conſ. 60. nu. 12. lib. 1.

Fundamentũ eſt, quia vt iuſtus ſit concubinatus, multa requiruntur. Primum, vt mulier non ſit vilis conditionis. Deinde, vt in ſchemate concubinæ retineatur. Tertio, vt ſit ſola, nec cum alio rem habuerit. Poſtremò, ut

A proteſtatio præceſſerit, ut per Grammaticum omnia diligenter explicantem, voto 4. Omnis autem, qui nec ex legitimo matrimonio naſcitur, nec ex tali concubinatu, appellatur ſpurius, vt declarat Bar. ad l. vlt. ff. de his quib. ut indig. Cagn. in l. ſi qua illuſtris, C. ad Orfic. nu. 3. Hęc igitur omnia probanda ſunt, non præſumenda, ergo filius non præſumitur in dubio naturalis, ſed ſpurius.

Ego vero priorem ſententiam æquiorem ac benigniorẽ eſſe iudico & amplector, vt ſcilicet minus malum ſit præſumendum, & quod leuiorem infamiæ maculam aſpergit, argumento, l. ſi præſes, ff. de pœnis. & pręſertim, quia nouiſſimè Rota Romana hanc ſententiam eſt ſecuta, vt patet ex deciſ. 808. in 1. parte.

Confirmari poteſt ex c. 2. de filijs presbyter. & ex c. veniens, de accuſatio. quibus in locis dicitur, non præſumi quempiam genitum eſſe in ſacerdotio, licet ſacerdotis filius exiſtat. Idem habetur in c. inter cæteras, eodem tit. de filijs presbyter.

B Ex hoc argumentum ſumitur, iuris præſumptionem eſſe procliuiorem in eam partem, quæ benignior eſt, & grauioris criminis tollit ſuſpicionem.

Huc accedat, quod loquendi vſum ſpectemus, & ſententiam iure canonico receptam, vt filius ſit naturalis, ſufficit eum natum ex his, inter quos matrimonium contrahi poterat. vide Couar. de ſponſalib. in 2. parte cap. 8. §. 4. in principio. Et Sarmientum ſelectar. interpr. lib. 1. cap. 7. num. 2.

Vnde argumentum contrariæ ſententię facilè refellitur, pręterquam quòd, vt ſtupro vel adulterio, aut aliàs dãnato coitu quis præſumatur natus, multa etiam in facto requiruntur, quæ quo grauiora & turpiora ſunt, eo minus præſumenda videntur.

Nec obſtat, ſi dicatur; mulierem in dubio virginẽ pręſumi, ex traditis per Abbatem, in c. 1. de adul. & Clarum in §. ſtuprum, verſ. ſed pone. & conſequenter præſumitur ſtuprata, & ſic ex ſtupro natus filius; quia Panorm.
C & Clarus loquũtur, vbi mulier ſe virginem fuiſſe aduerſus ſtupratorem allegat, tunc enim in odium & præiudicium delinquentis, præſumitur eſſe virgo. ſed de huc ſpecie noſtra non eſt diſputatio.

CAPVT LXIIII.

Vtrum filius exhæredari à patre poſſit, ſi vxorem ducat abſque eius conſenſu.

FIliumfamilias abſque patris conſenſu matrimoniũ contrahere poſſe, certi ac indubitati iuris nunc eſt ex Concilio Trid. ſeſſ. 24. in decreto de matrimonijs clandeſtinis. vide Cardin. Robertum Bellarminum, in 2. tomo controuerſiarum fidei, de matrimonij ſacramento, lib. 1. c. 19.

Illud nonnihil controuerſum eſt, an filius eam ob cauſam exhæredari à parente poſſit.

D Affirmat enim Caſtrenſis in l. ſi filiam, C. de inoff. teſt. authoritate textus in Auth. ſed ſi poſt, eod. tit. verba hæc ſunt: *Sed ſi poſt viginti quinque annos te differente filiam marito copulare, in ſuum corpus peccauerit, vel ſine conſenſu tuo, marito ſe, libero tamen, copulauit, eam exhæredare non potes.* Ex his verbis patet à contrario ſenſu filiam exhæredari poſſe, ſi marito ſe copulauerit abſque conſenſu patris, quando non eam diſtulit parens marito copulare.

Secundo, authoritate tex. in l. 3. §. ſi emancipatus, ff. de bonor. poſſeſ. contra tab. in illis verbis: *Nam etſi tàm ignominioſam duxerit vxorem filius, vt dedecori ſit tàm ipſi, quàm patri talem mulierem habere, dicemus & ex ca namque ad bonorum poſſeſſionem aut admitti, cum poſſit animo iure ſuo uti, eumque exhæredare.*

Et licet iure canonico inſpecto matrimoniũ a filiofa. contractum abſq; conſenſu patris valeat, nihil tamẽ hoc obſtat, quia ius canonicum diſponit de matrimonio, non autem de iniuria illata parenti. Sic & mulier ſecun-

cundo nubendi liberam habet iure Canonico poteſtatem, c. cum ſecundum, de ſecund. nupt. & tamen legum pœnis eſt obnoxia, excepta infamiæ pœna, quoniam ex communi ſententia non ſunt illa ſublata, quæ in fauorē prolis ex primo matrimonio ſuſceptæ aduerſus ſecundo nubentes mulieres ſunt conſtitutæ.

Cæterum diuerſam alij multi ſententiam habuerunt nempe, eo duntaxat in caſu exhæredari poſſe filium vel filiam, quo indigno nubit. Ita glo. in c. de raptoribus, 36. q. 1. Baldus in l. nec filium, C. de nupt. & in l. ſi pater, C. de ſponſalibus Ant. Burr. in c. accedens, de procur. Anchar. in conſ. 21. Pariſius in conſ. 29. libr. 3. Bald. Nouell. de dote in 6. par. priuileg. 16. nu. 6.

Fundamentum eſt in d. l. 3. §. ſi emancipatus, ff. de bonor. poſſeſſ. contratab. ibi: *Nam etſi tam ignominioſam duxerit vxorem, &c.*

Tertia eſt ſententia vera & communis, filios nubentes abſque conſenſu patris, licet grauiter peccent, exhæredari tamen non poſſe. Ita docent Abbas & Hoſt. in ca. 1. de ſponſalib. & in conſ. 12. lib. 1. Ioan. Lupus, in ca. per veſtras, de donat. in 3. not. §. 9. Dec. ad l. nuptias, de regu. iur. & in conſ. 231. Iaſ. in auth. ſed ſi poſt, C. de inoff. teſtam. Felyn. in c. Eccleſia, n. 59. de conſt. Vaſquius de ſucceſſ. creat. lib. 1. §. 10. nu. 628. Couar. in epito. de ſponſa. in 2. par. c. 3. §. 8. nu. 5. Hypp. Rimin. in conſ. 133. li. 2.

Probatur hæc ſententia regula generali. Quod ſit iure permittente, pęnam non meretur, l. 4. C. de adult. c. cum ſecundum, de ſecun. nupt. item, quia matrimonium debet eſſe liberum, c. cum locum, de ſponſalib. c. Gēma, eo. tit. & habetur in Concilio Tridentino, Seſſ. 24. cap. 9. Ergo neque directè, neque indirectè impediri debet. Videretur autem impediri, ſi filius exhæredari poſſet, quoniam exhæredationis metu non eam, quam vellet, vxorem duceret.

Et quidem quod ad filium attinet, etſi olim exhæredari potuit, iuxta l. 3. §. ſi emancipatus, ff. de bonor. poſſeſſ. contratab. tamen Iuſtinianus inter iuſtas exhæredationis cauſas hanc non recenſuit in Nouella 115. Et certum eſt, eas tātummodo cauſas, quas Iuſtinianus commemorat, iuſtas eſſe, & iam obtinere, omnibus alijs, quæ in antiquis legibus continebantur reiectis, ut ipſe ſtatuit.

Quod verò attinet ad filiam nubentem abſq; conſenſu patris, nihil mirū videri debet, ſi olim exhęredari potuerit. Nam cum iure ciuili matrimonium non valeret abſq; patris conſenſu, filia nubendo ſine patris conſenſu videbatur ſtuprum admittere, non autem matrimoniū contrahere. Stuprum vero iuſtam eſſe exhęredationis cauſam ex eo manifeſtū eſt, ꝙ Iuſtinianus dicit in d. Nouella 115. *Filiam ſcilicet in corpus ſuum peccantem exhæredari poſſe, niſi pater eam elocare diſtulerit.* vt ibi. Cum autem, iure canonico inſpecto (eſt autem in hac materia & ſimilibus præcipuum) matrimonium abſq; patris conſenſu valeat, iam ceſſat illa ratio ſtupri, & dum puella nubit etiam abſque patris conſenſu, verum contrahit matrimonium.

Ex quibus ad argumentum Paul. Caſtr. reſponſio patet, quod nitebatur authoritate d. auth. ſed ſi poſt, & d. l. 3. §. ſi emancipatus, quibus eſt reſponſum. Vide etiā hac de re Cuiac. lib. 3. Obſeru. c. 5. & Duaren. ad tit. ſol. matr. & ad tit. de inoff. teſt. c. 3.

CAPVT XLV.

Vtrum pater dotem dare teneatur filiæ, quæ nupſit abſque eius conſenſu.

SEd & non leuis eſt controuerſia, vtrū pater filiæ nubenti abſque eius conſenſu, dote dare teneatur. Negant. n. aart. in l. obligamur, ff. de act. & oblig. Bald. & Salic. in l. q liberos, ff. de ritu nupt. Alc. in cōſ. 33. li. 4.

Argumenta ſunt iſta. Pater dotem dare tenetur ſuæ filiæ, vt poſſit nubere. Nam abſque dote non facile mari-A tum inueniret. Sed talis filia iam nupſit, & maritum inuenit, ergo dotem ei dare non tenetur.

Secundo. Dos eſt loco alimentorum, vnde ſicut ei debentur alimenta, qui non habet aliūde, l. ſi quis a liberis, ff. de lib. agnoſc. ita & dos. hic autem filia iam nupſit, vnde videtur habere vnde ſe alat, nec dote indigere.

Tertio, matrimonium valet abſq; dote, nec poteſt vxorem is, qui eam duxit, expellere ob eam cauſam, ꝙ dotem non habeat, §. ſic itaque, in auth. de nuptijs. Ergo ſibi imputet & filia & maritus eius, ſi non procurarūt dotem a patre habere.

Poſtremo, filia nubens abſque conſenſu patris, facit illi maximam iniuriam, vt patet, ergo pater non tenetur ei dotem dare.

Contrariam ſententiam habuerunt Abbas, in ca. 1. de deſponſ. impub. & in conſ. 12. li. 1. Campegius de dote, in 1. par. q. 13. Iaſ. in auth. res quæ, C. commu. de leg. & ibi. Bal. Ang. & Caſtrenſ. Dec. ad l. nuptias, de reg. iur. alios B commemorat Ripa, in l. 1. nu. 55. ff. ſol. matr.

Fundamentum eſt, quia pater ad hæc duo eſt obligatus, vt nubat filiam, & vt ei dotem det, l. qui liberos, ff. de ritu nuptiar. ibi: *Coguntur in matrimonium collocare & dotare*. Si ergo filia nupſit, vna obligatione ſolutus eſt, ſed non alteram, dotem dandi.

Tertia eſt ſententia ſic diſtinguens: aut filia nupſit digno, & pater tenetur eam dotare, aut indigno, & non tenetur. ubi tamen maritus eſt ita diues, ut poſſit eam alere. Ita Couar. in Epitome de ſponſalib. in 2. parte, cap. 3. §. 8. nu. 7. vbi alios citat.

Quarta eſt ſententia patrem teneri, licet nubat indigno, ita Imolenſis, in c. accedens, de procur. Alex. ad l. 1. nu. 32. ff. de ſol. matr.

Et ego in eam ſententiam ſum procliuior, quæ patrē indiſtinctè ad dotandum obligat, etſi enim olim exhæredari filia potuerit, eā ob cauſam, ꝙ indigno nupſiſſet, vt in l. 3. §. ſi emancipatus, ff. de bon. poſſ. contratab. tamen C hæc inter alias veras & legitimas cauſas a Iuſtiniano nō connumeratur in Nouella 115. Et merito, præſertim vero iure Canonico inſpecto, ex quo matrimonium valet, & plena dēt libertate gaudere, adeo, vt filius, qui cōceſſa ſibi a lege poteſtate vtit᷑, nulla pęna dignus eſſe videat᷑.

Et ideo ſic argumētor: pater filiam dotare tenetur, & ſi diues ſit, & bona propria habeat, l. vlt. C. de dotis promiſſ. Nulla vero eſt lex, quæ dote debita illam priuet eā ob cauſam, de qua agitur, ergo non eſt priuanda; Argumento text. in §. Optimè, in Auth. de non elig. ſecundo nub. ibi: *Nec eſt lex tale quid dicens*, &c. Quam ob rem occurrit, quod Iuriſconſultus dicebat in l. etſi quis, §. Diuus ff. de relig. & ſumpt. funer. *Non rectè facere*, inquit, *pœnā tamen in eum ſtatutam non eſſe*.

Ad primum, ſecundum ac tertium argumentum contrariæ opinionis reſpondeo, locum habere, ſi filia nubēs dotem non promittat, & maritus eam acceperit abſq; dote, tunc enim dotem petere non poteſt, alias ſecus, quia licet D maritum inuenerit, & ab eo alatur, non tamen dotē ſibi debitam amiſit, nec ab ea eſt excludenda, ſed pater ſuo tenetur officio ſatisfacere, l. vlt. C. de dotis promiſſ.

Ad vltimum argum. reſpondeo, filiam non rectè facere, & peccare grauiter, ſed non rectè colligi eam dote priuandam eſſe, quam ex legibus pater ei dare tenetur.

CAPVT XLVI.

De confiſcatione bonorum raptoris, vtrum mulieri raptæ ſint applicanda ſi matrimonium cum eo contraxerit.

IVſtinianus ſtatuit eū, qui mulierē rapuit, bonis mulctandum, eaq; mulieri raptæ applicanda l. 1. C. de raptu virginum. Cęterū ſi matrimoniū cū raptore contraxerit alia cōſtit. decreuit, bona non eſſe mulieri applicanda, vt in auth. de rapta muliere, quæ raptori nupſit.

Iam

Iam controuerſia oritur, quia iure canonico ualet matrimonium inter raptorem & raptam, c. ult. de raptorib. niſi eo tempore ſit contractum, quo mulier rapta, eſt in poteſtate raptoris, vt in Concilio Tridentino, Seſſ. 24. Oritur inquam controuerſia; vtrum nihilominus bona raptoris mulieri ſint applicanda.

Et applicanda eſſe cenſuerunt gloſſ. in c. de puellis, 36. q. 2. Ioā. Lup. in cap. per ueſtras. 3. uol. §. 20. nu. 8. de donatio. inter vir. & vxor. Abbas, Aret. Felyn. & Dec. num. 34. in c. Eccleſia, de conſtit. Federic. Senenſis. in conſ. 36. Couar. in Epitome de ſponſalib. in 2. p. c. 3. §. 9. n. 1. & 2.

Fundamentum eſt, quia Iuſtinianus Imperator ideo lucrum ademit mulieri nubenti bonorum ipſius raptoris, qui illi prohibuit, ne raptori nuberet, ut in authē. de rapta muliere, quæ raptori nubat, verſic. quia enim tale ſtare matrimonium, & c. cum ergo iuris Canonici authoritate (quod quidem in hac materia iuri Cæſareo anteponendum eſt) nubere raptori poſſit, inde videtur inferri poſſe, tale lucrum bonorum raptoris iam ordinatum, illi auferendum non eſſe.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Anton. Butr. in c. 1. de Sponſalib. Felynus, ibid. nu. 15. Io. Andr. Anchar. & Dominicus, in c. cum ſecundum, de hæreticis, li. 6. Ioan. de Anania, in c. pen. de Raptorib. Salicet. in l. vnica, num. 13. C. de raptu virginum.

Fundamentum eſt: quia bona raptoris a lege deferuntur mulieri raptæ ea conditione, ſi raptori non nupſerit; Igitur ſi nupſerit, lucrum delatum non obtinebit. Et licet canones matrimonium permittant, nihil tamen amplius, quod tale lucrum attinet, diſponunt.

Hæc videtur mihi probabilior ſententia. Aut enim ex iure Ciuili ſibi tale lucrum mulier vendicat, & non poteſt, quia non defertur, vbi matrimonium inter raptam, & raptorem contrahitur: aut ex iure Canonico, & multo minus, quia canones non illud deferunt.

At inquiunt, matrimonij libertatem impediri, ſi mulier tale lucrum nubendo amittat, quia ſic non libenter nubet raptori, ne illud amittat. Non rectè: quia non defertur illud lucrum abſolute mulieri, ſed ea lege, ne nubat. Poterit ergo nubere raptori, ſi voluerit, ſed lucrum non habebit. Hinc aūt matrimonij libertas non impeditur magis, quam ſi quis dixerit, quia mulieribus nubentibus præmium non eſt a lege conſtitutum, matrimonium impediri, ſeu libertatem matrimonii.

At, inquit Couar. lucrum iam abſque conditione vlla conſtitutum fuerat a lege, quia illa abſolutè bona raptoris mulieri raptæ applicauit ſine illa conditione. Nō rectè: quia Imperator ipſe miratus eſt aliquos ita legem ſuam fuiſſe interpretatos, *Sed mirati ſumus*, inquit, *quod conati ſunt aliqui dicere, raptam mulierem, ſiue volentem, ſiue nolentem, etſi raptoris ſit amplexa matrimonium contra noſtra conſtitutionis tenorem, debere tamen eam raptoris habere ſubſtantiam, uel quaſi legis præmium*, &c. Et ſtatim ſubdit: *Qui enim talia dicere præſumpſerunt, ij prædictæ legis ſeriem intelligere non potuerunt, quia enim tale ſtare matrimonium, etſi rapta voluerit, prohibuimus*, &c. *Quomodo raptas mulieres raptorum eligentes connubium præmijs honorabimus rapta datis mulieri;* Hactenus Imperator, qui apertè indicat, ſe nunquam illud præmium ſimpliciter & abſolutè detuliſſe mulieri, ſed ita demum, ſi raptori non nuberet.

CAPVT XLVII.

Vtrum fructus rerum mobilium dotis, ſoluto matrimonio ſtatim ad mulierem pertineant, an vero intra annum ad hæredes mariti.

SOluto matrimonio ad reſtituendam dotem, in rebus mobilibus conſiſtat, anni tempus viri hæredibus eſt conceſſum, l. vnica, §. exactio, C. de vxor. act. tum an fructus, qui ex rebus mobilibus percipiuntur, ſeu

A acceſſiones, lucrentur etiam ipſi hæredes, eius videlicet anni, controuerſia eſt nonnulla.

Antiquiores interpretes affirmant, nempe, Bartolus, Caſtrenſis, Aretinus, Albericus, & alij, Iaſone teſte, in l. diuortio, nu. 18. ff. ſol. matr.

Argumento ſunt iſta. Hæres videtur eſſe eadem perſona cum defuncto, nec ex eius perſona conditio obligationis immutatur, l. 2. §. ex his, ff. de verb. oblig. ſed maritus viuens fructus lucratur anni a lege conſtituti, ad reſtituēdam dotem, l. ſi conſtante, ff. ſol. matr. l. ſi mulier, §. rerū, ff. rer. amot. ergo & hæredes illius.

Secundo, hæredes tenentur alere mulierem viduam intra annum, vt docet gloſſ. in l. vnica, §. exactio, C. de rei vxor. actio. ergo & commodum habere debent ipſorum fructuum, qui ex rebus mobilibus percipiuntur, intra illud tempus.

Tertio, mulier vidua intra annum videtur eſſe in primo matrimonio, l. vlt. C. de bonis matern. ergo ſicut maritus fructus rerum dotalium haberet, ſi uiueret, ita & eius hæredes habebunt.

B Sed contrariam ſentētiam ueriorem cenſeo vna cum Zaſio, lib. 2. ſingularium reſponſorum, cap. 3. ad quem videtur ſe remittere Couar. de ſponſalib. par. 2. cap. 3. §. 9. ante num. 9.

Probatur ſatis clarè ex d. l. vnica, §. exactio, in illis uerbis: *Fructibus videlicet immobilium rerum paris mulieris ex tempore diſſoluti matrimonij præſtandis. Similique modo penſionibus, vel vecturis nauium, ſiue iumentorum, vel operis ſeruorum, vel quaſi ciuilium annonarum, & alijs, quæ ſunt ei ſimilia paris mulieris reſtituendis.*

His verbis Imperator idem ſtatuit de fructibus rerū immobilium, quod de fructibus mobilium, vt nimirum ex tempore ſoluti matrimonij ad mulierem pertineant, Idem probatur in l. diuortio, §. non ſolum, ff. ſol. mat.

Confirmatur hæc ſententia. Nam ad eum fructus ſpectant, qui rei eſt dominus, l. & ex diuerſo, §. 2. ff. de rei

C vend. Et qui ſciens alienam rem poſſidet, fructus reſtituere tenetur, l. certum. C. de rei vend. l. 3. C. de cond. ex lege. Si mulier ſoluto matrimonio eſt domina rerum dotaliū, vnde & eas vendicat, l. in rebus, C. de iure dot. Et id ſciunt hæredes viri, vel ſcire debent, l. leges ſacratiſſimæ, C. de legib. ergo fructus ei ſunt reſtituendi.

Ad primum argumentum, nego maritus fructus lucrari eius anni, qui ad dotis reſtitutionem indulgetur. Neque id leges in argumento allatæ dicunt.

Ad ſecundum reſpondeo gloſſam in d. §. exactio, non ita dicere, ſed ita, ſi mulier aliundè non habeat vnde ſe alat, alendam eſſe apud hæredes mariti, qui dotem habent, quod ſummam habet æquitatem.

Ex fructibus ergo alenda erit, vel ei dos reſtituenda, ſi quid præter alimenta ex fructibus ſupererit, id ad ipſam, non autem ad hæredes mariti pertinebit.

Ad tertium nego conſequentiam, dum enim vidua eſt mulier, videtur quo ad aliquid eſſe in eodem matrimo-

D nio, & tamen abſurdum eſſet affirmare toto viduitatis tempore eam eſſe priuandam fructibus rerum dotalium & hæredum lucro cedere.

CAPVT XLVIII.

Vtrum maritus expellere uxorem poſſit, ſi non ſoluatur dos promiſſa.

VXorē expelli poſſe a marito, ſi non ei dos promiſſa præſtetur, cenſuerunt Abbas, in c. per veſtras, de donat. inter vi. & vxor. & ibidem Io. Lup. in 3. notab. Paulus Caſtr. & Alex. ad l. inſulam, §. vſuras, ff. ſolut. matr. Sal. in l. quod in vxorem, C. de negot. geſt.

Fundamentum eſt in d. cap. per veſtras in illis verbis: *Ne occaſione dotis detentæ, vxor a viro dimiſſa, ſeu vir, qui dimiſit vxorem, adulterij reatum incurrat.* Et in l. vlt. C. ad Vellei. in illis uerbis: *Neque enim ferendū eſt, quaſi*

forum-

fortuito caſu interueniente, mulierem fieri indotatam, & ſic à viro forſan repelli, & diſtrahi matrimonium, &c. A

Sed contrariam ſententiam habuit Couar. quam & ipſe ſequor ac probo, in epitome de ſponſalib. in ſecunda parte c.7.n.2. *Si Chriſtus*, inquit, *ſummus humani generis redemptor, prohibet vxorem dimitti, excepta fornicationis cauſa. & tunc iudicio Eccleſiæ dimittenda vxor eſt, cur doctores ita liberè ob non ſolutam dotem maritis dimittere propria authoritate vxores permittimus? quod lege diuina prohibitum eſt. Rurſus lege quidem naturali, & diuina vir tenetur cohabitare cũ vxore, cur ergo ab hac obligatione eximitur dote non ſoluta?*

Ad textum in c.per veſtras, reſpondetur, Pontificem eo in loco id nõ permittere, vt vir expellat vxorem propter dotem non ſolutam, ſed tãtum dicit, periculum eſſe, ne vir eam expellat, intellige de facto, & inde adulterij committendi oriatur occaſio.

Et hæc reſponſio valet ad l.vlt. C. ad Velleian. potius enim ibi periculum Imperator indicat, ne matrimoniũ B diſtrahatur, quam diſtrahi permittat.

CAPVT XLIX.

Vtrum pater duodecim liberorum, immunis exiſtat ab oneribus patrimonialibus.

PAtrem duodecim liberorum ab oneribus patrimonialibus immunem eſſe docuerunt. Bart. Ioan. de Platea, & Lucas de Penna, in l. ſi quis Decurio, C. de decurion.lib.10.Guido Papæ, quæſtio.301. Aret.in inſtit.de excuſatio.tutor.in princ. num.4. Ioan. de Anania, in conſ.vlt. col.1.& 2. Viuius, communium opinionum, verbo, Pater habens duodecim liberos. Rolandus à Valle, in conſ.52.lib.2.

Fundamentum eſt in d.l ſi quis Decurio, C.de decurionibus.lib.10. vbi text.ita dicit: *Si quis Decurio pater ſit duodecim liberorum, honeſtiſſima munerũ quiete donetur.* C

Sed contrariam ſententiam amplexi fuere Bald.& Rebuff.ad dictam l.ſi quis Decurio,& alij,quos refert & ſequitur Couar.in epitome de ſponſalib. in 2.par.c.8. non procul à principio.

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior. Probatur enim primò ex l.2.ff.de vacat.munei. *Quæ patrimoniorũ* (ait tex.) *onera ſunt, numero liberorum non excuſantur.*

Secundò ex l.ſunt munera,ff.eo.tit. *Sunt munera* (inquit text.) *quæ rei propriæ cohærent, de quibus neque liberi, neque ætas, neque merita militiæ, neque vllum aliud priuilegium iure tribuit excuſationem.*

Tertiò ex l.reſcripto,§.quæ munera, ff.de muneribus & honor. *Quæ munera* (inquit text.) *patrimonijs iniunguntur*, &c. *talia ſunt, vt neque ætas ea excuſet, nec numerus liberorum, nec alia prærogatiua.*

Quartò ex l.5. C. de munerib. patrim. lib.10. *Neque tempore ætatis*, inquit, *neque numero liberorum à munerib. quæ patrimoniorum ſunt, excuſationem quis habere poteſt.* D

Quintò ex l.1.C.de his,qui numero liberorũ,&c. lib.10. *Numerus liberorũ* (ait Imperator) *ab onerib. nõ excuſat.*

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, has leges accipiendas eſſe de numero quinque liberorum, non autem duodecim, ne pugnent cum d.l.ſi quis Decurio. Nõ rectè, quia abſolutè loquuntur de numero liberorum. Deinde, quod ineptum eſſet dicere: Numerum liberorum non excuſare, ſi excuſaret numerus duodecim liberorum; deberet enim excipi in ipſis legibus dictus numerus duodecim liberorum.

Tertiò, quia nulla eſt repugnantia inter dictas leges, & l.ſi quis Decurio, nam ad l.ſi quis Decurio, reſpondetur primum, eam loqui de decurionib. deinde non loqui de muneribus patrimonialibus, id patet: nam in Codice Theodoſiano ſic legitur. *Qui pater ſit duodecim liberorũ, non modo ad Curiam non vocetur, verum etiam, ſi ſit Decurio, honoratiſſima quiete donetur.* Illa verba *honoratiſſima* A *quiete*, conueniunt oneribus perſonalibus, & ſenſus eſt, vt Decurio, & pater duodecim liberorum quieſcant ab oneribus, quæ perſonæ iniunguntur, vt liberorum educationi operam dare valeat, vt non ſolum non vocetur, ſed etſi vocetur, non teneatur ire, ſi ſit ſimul Decurio & pater duodecim liberorũ. Neq; enim rectè dicitur, eũ quieſcere, quia à ſolutione iniuncta patrimonio eſt immunis.

Confirmatur hæc interpretatio ex loco ſimili Iuriſconſulti in l.ſemper,§.demonſtrauit, ff.de iure immun. vbi, loquẽs de patre ſexdecim liberorum, ait, talem numerũ filiorum ad excuſationem municipalium munerum prodeſſe, vt filiorũ educationi vacare poſſit. Verba ſunt iſta: *Etſi non ab omnibus muneribus dimittit patrem natorũ numerus, tamen quia ſexdecim pueros habere te per libellum notificaſti, non eſt irrationabile, vt concedamus filiorum educationi remitti tibi munera.* Ex quibus patet, ſexdecim liberorum numerum excuſare à muneribus generaliter, non autem duodecim. Videas hac de re Ferdinan. Paez. B in tract. de excuſatione parentis à muneribus ob numerum liberorum, & Anton. Teſſaurum nouiſſimè in deciſio. Pedemont.267.

CAPVT L.

De legitimatione filiorum per ſubſequens matrimonium controuerſia, an ſit neceſſe, vt matrimonium inter virum & vxorem contrahi potuerit tempore conceptionis, an verò ſufficiat, ſi natiuitatis tempore poterat contrahi.

T*Anta eſt vis matrimonij, vt qui antea ſunt geniti, poſt contractum matrimonium legitimi habeantur, ſi autem vir viuente vxore ſua aliam cognouerit, & ex ea prolem ſuſceperit, licet poſt mortem vxoris eandem duxerit, nihilominus ſpurius erit filius*, &c. vt in c. tanta, qui filij ſint legitimi.

Ex hoc loco concluſio deſumitur, per ſubſequens ma- C trimonium filios antea natos, legitimos fieri, vbi matrimoniũ inter virum & vxorẽ cõtrahi poterat, aliàs ſecus.

Controuerſia eſt in eo, an ſit neceſſe, vt conceptionis tempore matrimonium cõtrahi poſſit, an verò ſufficiat, ſi tempore natiuitatis filiorum contrahi potuiſſet.

Et quidem iſtud præcisè requiri, vt matrimonium cõceptionis tempore contrahi potuerit, reſpondetur Salicet.in l.filium,C.de ſuis & legit.hæred.& Anton.Rolellus de legitimatione, col.8.& 9.

Argumenta ſunt iſta; primum ex l.Paulus, ff. de ſtatu hom. vbi tempus conceptionis filiorum inſpicitur, quo ad eorum ſtatum, licet eis non ſit vtile. Paulus enim reſpondit: *Eum, qui viuente patre, & ignorante de conceptione filia, conceptus eſt, licet poſt mortem aut natus ſit, iuſtum filium ei, ex quo conceptus eſt, eſſe non videri.*

Secundum eſt ex l.etſi contra, & ibi gloſ. C. de nupt. Nam cum textus dicat matrimonium, quod erat inualidum, nouo conſenſu confirmari. Ideoq; liberos poſtea D ſuſceptos legitimos eſſe, quærit gloſ. quid ſi ante liberi eſſent ſuſcepti, & reſpondet non eſſe legitimos, argumento d.l. Paulus, ff.de ſtatu homin.

Tertium eſt ex l.ex libera, C. de ſuis & legit.hære. vbi dicitur, natum ex ſeruo & libera, eſſe ſpurium, quamuis poſtea patri libertas ſuperueniat, & natalium reſtitutio, quod non alia ratione fieri poteſt, niſi quia primum tempus eſt inſpiciendum.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Hoſtienſ. Io. And. Ant.Butr. & Cardin.in d.c.tanta, Couar.in epitome de ſponſalib. in 2. par. c.8.§.2. nu.2. quib. & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſententia: quia ita iure conſtitutum eſt, vt natiuitatis vel conceptionis tempus inſpiciatur, quatenus filiorũ legitimitati magis expedit. Quod patet primum ex l.qui in vtero, ff.de ſtatu homin. *Qui in vtero eſt* (inquit text.) *perinde eſt, ac ſi in rebus humanis eſſet, cuſtoditur, quandiu de commodis eius agitur.* Si ergo de incommodis eius agatur, ſecus erit, & hic eo caſu habendus erit

pro

pro non nato, & natiuitatis eius tempus inſpicietur.

Secundò ex l.5.ff.eo.tit.vbi textum dicit: *Ingenui ſunt qui ex matre libera nati ſunt. Sufficiet autem liberam fuiſſe eo tempore, quo naſcitur, licet ancilla conceperit. Et è contrario, ſi libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum, qui naſcitur, liberum naſci.* Idem habetur in §.ſufficit, in inſtit.de ingenuis.

Tertiò id patet ex l.nuper, C.de natur.lib.in illis verbis: *Et generaliter definimus, & quod ſuper huiuſmodi caſibus variabatur, definitione certa concludimus, vt ſemper in huiuſmodi quæſtionibus, in quibus de ſtatu liberorum eſt diſputatio, non conceptionis, ſed partus tempus inſpiciatur. Et hoc fauore facimus liberorum, vt editionis tempus ſtatuamus eſſe inſpectandum, exceptis ijs tantummodo caſibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis vtilitas expoſtulat.*

Ad primum argumentum reſpondeo; non inſpici tẽpus conceptionis in ſpecie d.l.Paulus, quia nec eo tempore inſpecto, filij legitimi eſſe poterant. Nam matrimoniũ fuerat contractum à filiafam. ſine conſenſu patris, quo caſu erat inualidũ, nec patre mortuo validũ efficiebatur.

Ad ſecundum reſpondeo, gloſ.in d.l.etſi contra, nihil amplius probare, quàm l.Paulus, ff.de ſtatu hom. ad quã legem ſe refert, cui iam reſponſum eſt.

Ad tertium: nil pertinere ad rem noſtram textum in d.l.ex libera, quia noſtra diſputatio eſt, an tempus conceptionis ſit inſpiciendum vel natiuitatis, eo iam ſuppoſito, quòd per matrimonium filij legitimentur, vt in d.c.tanta, at in ſpecie d.legis ſtatuitur, filios iam natos non effici legitimos, ex eo, quod pater libertatẽ & natalium reſtitutionem conſequatur.

Sed poſt hæc ſcripta vidi Franciſcum Sarmientum lib.1.ſelect.interpret.c.5.aduerſus hanc ſentẽtiam multa afferentem.

Imprimis textum in d.l.Paulus. Nec obſtat quod dicitur ibi nullo tempore matrimonium conſtitiſſe. Nam conſtituit poſt mortem patris filiæ nuptæ, licet enim contra legum præſcripta ſit contractum matrimonium, ſi tamen in eadem voluntate perſeuerent coniuges, validum efficitur.l.etſi contra, C.de nupt.l.ſi quis Senatorio, ff.de ritu nupt.

Confirmatur, quia ſi matrimonium validum effici nõ potuiſſet, fruſtra ibi quæreretur de filijs, an eſſent iuſti & legitimi.

Et cum delictum committatur in coitu, & ſic conceptionis tẽpore, ridiculum eſſe videtur inſpicere tempus natiuit. Leges verò, quæ dicunt tẽpus vel natiuit.vel cõceptionis eſſe inſpiciendum, prout filijs eſt magis commodum, loquuntur, quantum ad libertatem & ſeruitutem, non autem ad effectum legitimitatis.

Iſtis nil morantibus à priori ſententia, non recedo. Nã quod attinet ad d.l.Paulus, ita reſpondet Couar.loco annotato. Non obſtat l.Paulus, quia in eo caſu nec tempore natiuitatis matrimonium erat legitimum. Nam etſi potuit tunc contrahi, tamen contractum prius eo tempore, quo minimè licebat, non fuit nouo conſenſu legitimè confirmatum. Itaque ad Sarmientum pertinet onus probandi matrimonium in ea ſpecie fuiſſe nouo conſenſu confirmatum, neque enim id conſtat.

Nec valet illa ratio, alioqui fruſtra quæri, an filij eſſent iuſti & legitimi. Nam ratio dubitãdi fuit, quia poſt mortem patris contrahi matrimonium potuit, ſeu contractũ nouo conſenſu confirmari, qua ratione non obſtante, contrarium decidit ibi Iuriſconſultus, nimirum, filium natum legitimum nõ eſſe, quia matrimonium validum non fuit. Quid autem iuris, ſi nouo conſenſu celebratũ & confirmatum fuiſſet, non decidit eo loco Iuriſconſult.

Et licet peccatum commiſſum ſit in coitu, tamẽ inſpiciẽdum eſſe natiuitatis tempus, quoad filiorum ſtatum, probat l.nuper, C.de naturalib.lib. vbi Imperator id expreſsè ſtatuit, & loquitur nominatim quoad effectum, de quo agitur, nempe, legitimitatis filiorum. Idem docet

A Nouella 89.§.reliquum eſt, verſ. multoq; magis. Vt merito refellatur id, quod poſtremo loco Sarmientus dicit, leges ſe reſtringere ad ſtatum ſeruitutis & libertatis.

CAPVT LI.

Vtrum legitimentur filij per matrimonium ſubſequens etiam abſque dotalibus inſtrumentis.

IVre canonico filios per ſubſequens matrimonium legitimari cõſtat ex c.tanta, qui filij ſint legit. Sed quoniam iure ciuili ad hoc inſtrumenta dotalia requirũtur, l.cum quis, C.de naturalibus lib.§.vlt.in inſt. de nuptijs; controuerſia eſt an tales filij pro legitimis habeantur etiam in foro Cæſareo, vbi dotalia inſtrumenta non interuenerunt ad hoc, vt in hæreditate paterna ſuccedere poſſint.

Negant Ang.in conſ.29.Bald. in l.ſi qua illuſtris, C.ad Orficia.Luc.de Pen. in l.4.C.de his, qui ſponte munera B ſubeunt.lib.10. Socin.iun.in conſ.52.lib.1. Curt.iun.in cõſ.136.col.2. & ante hos præpoſitus, in d.c.tãta, col.15

Fundamentum eſt: quia nemo ſuccedere poteſt in locis Imperio ſubiectis, niſi Imperiali ſeu ciuili lege vocetur ad ſucceſſionem, l.Lege obuenire, ff.de verb.ſig.toto tit.de hæred.ab inteſt.veniẽt. Sed tales filij à lege non vocantur ad ſucceſſionem, intellige abſolutè, tanquam legitimi, ergo nullo modo ſuccedunt.

Si dicatur, ſunt legitimi, ergo ſuccedunt, nego conſequentiam, quia fieri poteſt, vt filius ſit legitimus, & tamen non ſuccedat. Id patet in filio deportato, & exhæredato, & ſimilibus.

Contrariam ſententiam habuerũt Alex.in l.ex facto, §.ſi quis rogatus, nu.19.ff.ad Trebel.Iaſ.in l.generaliter, §.cum autẽ, col.pen.C.de inſtit.& ſubſtit. Ruyn.in conſil.211.col.2.lib.1.Pariſius in conſ.13.num.49.lib.2. Couar.in Epit.de ſponſalib. in 2.par.c.8.§.2.nu.8.nouiſſimè alios citans Anton.Teſſaurus deciſ. pedem.83.

C Fundamentum eſt: quia ſecundum canones, (quibus in hac materia parendum eſt etiam in foro Cæſaris) filij ſunt legitimi, nec requiruntur dotalia inſtrumenta. Late Decius, in conſ.155. ergo abſolutè tanquã legitimi ſuccedere debent; eſt enim matrimonium Sacramentum, & ideò res ſpiritualis, vnde quoad ipſum, & effectus eius, ſacrorum canonum eſt diſponere ac ſtatuere, quos nõ dedignabitur Imperator ſequi, atque eis ſe ſubijcere.

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior; nam filij ſic legitimati, à lege vocantur ad ſucceſſionem, non directè, ſed per remotionem obſtaculi, in hunc modum; iure ciuili matrimonium non conſiſtit ſine dotalibus inſtrumentis hoc in caſu. Iure canonico conſiſtit, quod præualet etiam in foro Cæſareo, quia agitur de re ſpirituali, ergo filij ſunt legitimi, etiam ſine dotalibus inſtrumentis. Si ſunt legitimi, ergo ad ſucceſſionem vocãtur. Nihil enim aliud extrinſecus obſtat, ſicut ingratis & deportatis liberis, & id genus: Quare, ſi filius, ergo hæres.

D

CAPVT LII.

Vtrum filij per ſubſequens matrimonium legitimentur, ſi eorum parens fuerit clericus in minoribus ordinibus conſtitutus Eccleſiaſtica beneficia habens.

AFfirmant Io.Andr.in reg. Sine culpa, de reg. iur. lib.6.Bald. in cap.1.§.naturalis, ſi de feudo fuerit controuerſia inter dom. & agna. Præpoſitus in d.c.tanta, col.9. Couar. de ſponſalib. in 2.parte, c.8. §.2. num.5.

Fundamentum eſt: quia talis clericus poteſt vxorem ducere. Neque enim voto caſtitatis eſt adſtrictus aut aliter impeditus, conſequenter videtur inter eum, & mulierem quam cognouit, matrimonium contrahi potuiſſe quo caſu filios legitimari conſtat, ex c.tanta, qui filij ſint legitimi.

Cæterum, negant Barto.in l.penult.ff.de concubinis.

Ludouic.

Ludouicus.de Surdis de legit.in 2. par. §. de legitimatio A ne per ſubſequens matrimonium, q.3. Anton. Roſellus lib.1.de legit.col.4.Io.Lup.in c.per ueſtras, §. 21. nu.21. de donat.inter vir.& vxor. Franciſcus Sarmientus lib.1. ſelect.interpret.c.5.nu.7.

Fundamentum eſt: quoniam inſpecto præſenti ſtatu, inter Clericũ & mulierem matrimoniũ eſſe nõ poterat, Conſequenter, filij non ſunt legitimi, vt in d.c. tãta. Nec habetur ratio, quod alio tẽpore eſſe potuerit, quia huius futuri euentus ratio haberetur, etiamſi quis vxorem haberet, & mulierem cognoſceret, ex eaq; liberos ſuſciperet, illi eſſent legitimi per ſubſequens matrimonium, quia vxore mortua, poterat eſſe matrimonium inter illum & mulierem, quod tamen eſt contra textum in dicto cap. tanta.

Sed priori ſententiæ vt accedam, magis animus inclinat, quia etiam inſpecto præſenti ſtatu, Clericus in minoribus ordinibus conſtitutus, infra videlicet Subdiaconatum matrimonium poteſt contrahere, licet beneficio Ec B cleſiaſtico priuetur, vt in c.1.& in cap. quod a te, de Clericis coniugatis.

CAPVT LIII.

Quid ſi matrimonium honeſtè contrahi non poterat inter uirum & mulierem, quia uidelicet erat illa minus digna, & uir nobilis, utrum filij per ſubſequens matrimonium legitimi efficiantur.

NEgant Angelus in §. ſed & aliud in authen. quib. mod.natur.effi.leg.& ſui. Cur iun.in conſi. 136. num.9.10. Ruin.in conſ.211.num.5. lib.1.& Paulus Picus in l. Titia cum teſtamento, §. Titio cum nuberet, nu 52.de leg.2.

Fundamentum eſt in d.§.ſed & aliud, ibi: *Neque dignam eam exiſtimauit legitimo quodam nomine.*

Cæterum affirmant Nicolaus de Vbaldis, de ſucceſſ. C abinteſt.num.51. Iaſ.in conſi 234.lib 2. Couar. alios citans, de ſponſalib.2.parte, c.8.§.2.nu.9. Et huic adhæreo ſententiæ, quia matrimonium inter has perſonas ualet, licet altera ſit vilis & indigna, c.inter opera, de ſponſalib. toto tit.de coniugio ſeruorum. Si conſiſtit matrimoniũ, ſequitur filium legitimari ex eo, ut in c.tãta, qui filii ſint legitimi.

Quod vero in cõtrarium affertur, ex d. §. ſed & aliud, non magna indiget confutatione, quia canones hac in re ſunt præferendi legibus, quoniam ſpiritualis eſt, & ex matrimonio, quod eſt Sacramentum, pendet.

CAPVT LIIII.

Vtrum requiratur conſenſus ipſorum filiorum, vt per matrimonium ſubſequens efficiantur legitimi.

NOn requiri conſenſum filiorum, vt per matrimonium ſequens legitimi efficiantur, authores ſunt Angelus, in conſ.17.col.2. Salic.in diſputatione, incipiente. Mediolanenſis quidã, in 2.dub.art.3. Præpoſitus, in c.tãta, q.12.qui filij ſint legit. Io.Lupus, in c. per veſtras tertio not. §.21. nu.17.de donat.inter vir & vxor. Couar.de ſponſalib.par.2.c 8.§.2.nu.13. Fran.Sarmient. lib.1.ſelect.interpr.c.2.poſt principium.

Argumenta ſunt duo præcipua Primum. Nam publicè intereſt filios legitimari per ſubſequens matrimoniũ, c.inter cætera, 22.q.4. Ergo non poſſunt iuri ſuo renunciare, argumento c.ſi diligenti, de foro compe.

Secundum eſt argumentum: quoniam non patris voluntas, ſed lex facit, vt per ſequens matrimonium filij legitimentur, vt in d.c.tanta, qui filij ſint legitimi, ergo filij nequeunt ſuo diſſenſu hanc legis voluntatẽ impedire l.nemo poteſt, de leg.1.

A Contrarium docent Alberic. Bald.& Caſtr. in l. Scire leges, ff de legib. Boerius deciſ.160.& alij, quos Antonius Gabrielius commemorat communium concl. ti. de legitimatione, Concl.1.nu.16.uerſic.contrarium. Et his ego aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex §. generaliter, in authen. Quib.mod.nat.eff.ſui. Cuius hęc ſunt verba: *Generaliter autem in omnibus, qui per prædictum modum deducuntur ad legitimum ius, tunc id uolumus obtinere, cum & filij hoc ratum habuerint. Nam ſi ſoluere ius patriæ poteſtatis inuitis filijs nõ permiſſum eſſe, Patribus multo magis ſub poteſtatem redigere inuitum filium & nolentem ſiue per oblationem ad Curiam ſiue per inſtrumentorum celebrationem ſiue per aliam quamlibet machinationem, tanquam ſortem monumentem paternam, iuſtum non eſt, neque Imperij legiſlatoris ponimus proprium.*

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, illum textum locum habere ſecundum ius ciuile, quo inſtrumenta B dotalia requiruntur, quæ ex facto & conſenſu patris fiunt, non ex legis præſcripto. Sed nihil valet hæc reſponſio: Licet enim inſtrumenta dotalia requirantur, & ea pendeat ex facto patris, legis tamen diſpoſitio & voluntas facit filios legitimos; & matrimonium cõtrahere, ex voluntate & facto patris pendet, & tamen ſtatim intrat legis illa definitio, quia filij legitimi efficiuntur.

Et cum iure ciuili text. ſatis clarum habeamus, nec contrarium iure canonico ſit ſancitum, tacitè vel expreſſe, huic inhærendum puto, ſicut enim leges non dedignãtur ſacros canones imitari, ita & ſacrorum ſtatuta canonum Principum conſtitutionibus adiuuantur, vt in c.1. de oper.no.nunc.

Ad primum argumentum reſpondeo; negando publicè intereſſe, & quidẽ principaliter, vt filij per ſubſequens matrimonium legitimentur: neque id dicit text. qui allegatur in d.c.inter cætera, 22.q.4.

Ad ſecundum reſpondeo, ex legis quidem uoluntate C legitimationem filiorum oriri, ſed nego conſequentiam Nam quod in mei commodum lex ſtatuit, ego repudiare poſſum ſecundum antiquam iuris regulam, omnibus licere iis, quæ pro ſe introducta & conſtituta ſunt, renunciare, l.pen. C.de pactis.

CAPVT LV.

Vtrum filij per matrimonium ſequens legitimentur, ſi nati ſint ex iis, inter quos matrimonium contrahi non poterat, puta ex ſoluta & coniugato, altero tamen ignorante, & in bona fide exiſtente.

AFfirmant gloſſ. in ca. tanta, qui filii ſint legitimi in ver. aliã. Præpoſitus, in c. quod nobis, col.3 eo.ti. Ant.Roſell.de legitimatione, part.cap.1. Hoſti. in d.c.tanta, Dominicus in conſ.66. Lud. de Surdis, de legitimatione, fol.9.col.2. Curt.iun.in conſ.27.nu.8. Rota D Romana apud Caſſiodorũ, deciſ. unica, tit. de ſponſalib.

Fundamentum eſt in c. ex tenore, qui filii ſint legitimi, vbi dicitur: filium natum ex cõiugato & ſoluta, altero ignorante, & in bona fide exiſtente, legitimum eſſe.

Contrariam ſententiam habuerunt Io. And.& Anto. Butr.in d.c.tanta, & ibid.etiam Panor. Henric. Boec.in d.c.ex tenore. Soc.iun.in conſ.31.nu. 41.l.2. Couar. de ſponſalib.in 2 par.c.8.§.2.nu.17.& Franciſcus Sarmientus alios citãs, Selectar.interpretationũ li.1.c.6.

Quia ſnĩa videtur mihi probabilior. Primum, ex d.c. tanta, vbi ſummus Pontifex inter bonã & malam fidem non diſtinguit, ſic.n.ait. *Si autem uir uiuente uxore ſua aliam cognouerit, & ex ea prolem ſuſceperit, licet poſt mortẽ uxoris eandem duxerit, nihilominus ſpurius erit filius, &c.*

Deinde hac ratione. Cum quis operam dat rei illicitæ, non inſpicitur eius opinio, ſed rei ueritas, l.eum qui nocentem §. ſi iniuria, ff. de iniur. l. aut qui aliter, §. ſi quis dum putat, ff. quod vi aut clam, c.inebriauerunt. 15. q. 1.

Sed

Sed mulier ſolutæ dum patitur ſe cognoſci, dat operá rei A illicitę, vt patet, ergo eius opinio & exiſtimatio inſpicienda non eſt, ſed rei veritas, quod ſcilicet inter eam & illú, a quo fuit cognita, matrimonium eſſe non poterat.

Non obſt. text. in c. ex tenore, qui in contrarium affertur, quoniam in ea ſpecie matrimonium præceſſit bonæ fidei ex parte mulieris contractum, quæ mobrem illa putabat ſe vxorem eſſe, & conſequenter ſe cognoſci poſſe a viro. At in quæſtione noſtra mulier nouerat ſe peccare dú cognoſceretur, & ſic operam dabat rei ei illicite, licet putaret virum eſſe ſolutum, vnde latum eſt diſcrimen.

Facit pro confirmatione ſententiæ noſtræ text. in c. cú inhibitio, §. ſi quis vero, de clandeſtina deſpóſatione vbi dicitur filios natos ex clandeſtino matrimonio in gradu prohibito contracto, licet ignoranter, legitimos nó eſſe. *De parentum ignorantia* (inquit text.) *nullum habitura ſubſidium* (Proles) *cum illi taliter contrahendo nó expertes ſcientiæ, vel ſaltem affectatores ignorantiæ eſſe uideantur.* Hactenus textus ubi uides, quia coniuges ſunt in culpa, clam B matrimonium contrahendo, quod eſt iure prohibitum, eorum ignorantiam nó inſpici, ſic & in caſu noſtro, quoniam mulier ſe cognoſci permittit contra canones, eius ignorantiæ ratio habenda non eſt.

CAPVT LVI.

Vtrum filio mortuo ante matrimonium ſecutum, nepotes ex eo legitimentur per matrimonium poſtea contractum.

NEgant Alb. Bal. in l. benign. ff. de legib. Caſtr. in l. ſcire leges, ff. eo. & in l. 1. §. cęterú, ff. de acq. hær. Alex. in l. Gallus, §. ſi eius, ff. de li. & poſth. Iaſ. in l. ſi is qui pro tpe, num. 221. ff. de vſuc. Marſi. ſingu. 71.

Fundamentum eſt, ꝙ ex perſona filiorum legitimatio in nepotes deſcendat. Si ergo filius ſit ſpurius, non poſſunt ex eius perſona nepotes eſſe legitimi, quia videlicet C medium eſt inhabile. l. 1. § cæterum, ff. de acq.

Huc accedit tex. in l. ſi is qui, ff. de adopt. vbi dicitur, non poſſe quempiam adoptari ex filio iam mortuo, quia ſcilicet deficit habilitas extremi a quo, quo in caſu fictio non procedit, ex traditis in d. l. ſi is qui pro emptore.

Contrariam ſententiam habuerunt Bartho. Soc. in l. Gallus, §. ſi eius, ff. de lib. & poſtu. Alc. in 1. par. prætum. in fine, & lib. 3. Paradoxor. cap. 16. Gnliel. de Benedictis, in c. Raynut. de teſtamentis, verſ. & vxorem nume. 181. Bald. in c. innotuit. col. pen. de elect. Couar. de ſponſalib. par. 2. c. 8. §. 2. n. 19.

Et hæc ſententia mibi videtur probabilior. Primum, ex l. ſi filiú, ff. de gradibus vbi dicitur. *Si filio meo mortuo Titium adoptauero, uideri eum defuncti fratrem fuiſſe, ſi adoptatus* filius cenſetur frater filij iá mortui. Igitur & filij nati ex eo, qui iam eſt mortuus, legitimi eſſe videntur.

Probo conſequentiam. Nam ſicut in ſpecie iſta deficit habilitas extremi a quo, quia. ſ. filius eſt mortuus ante ma D trimonium contractum, ita etiam deficit in d. l. ſi filium. Et ſicut ibi adoptatus pro fratre habetur, quia, ſi tunc alter filius viueret, eius frater eſſet, ita ét hi nepotes pro legitimis habendi ſunt, quia ſi tunc viueret eorum parens, eſſet ipſe legitimus, & conſequenter ex eo nati.

Secundo probatur hæc ſententia. Nam iccirco filius per ſubſequens matrimonium legitimatur, quia lex fingit matrimonium cótractum fuiſſe antequam filij naſcerentur, & ſic matrimonium ipſum in fauorem filiorum retrotrahit, ſed ſi initio matrimonium contractum eſſet, filius mortuus iam legitimus eſſet, & nati ex eo, ergo, etſi poſtea contractum fuerit, erit idem iudicium.

Ad primum argum. reſpondeo: dato ꝙ nepotes ſuam ex filio conſequantur legitimitatem, non tamen ſequitur filio mortuo medium eſſe inhabile.

Primo, quia licet filius ſit mortuus, non eſt tamen inhabilis, iuxta l. ſi filium, ff. de gradib.

A Scdo, quia ſufficit habilitatem extare reſpectu matrimonij, quod eſt principale, ex quo deſcédit filiorum legitimatio, & nepotú. Illud aút extrem um eſt habile, quia matrimonium fingitur ab initio eſſe cótractum, vt dixi.

Ad l. ſi is qui, ff. de adopt. reſpódeo, nó dicere id quod in argumento habetur, ſed hoc dicit, non poſſe aliquem vt nepotem ex filio adoptari, niſi nominatim dicatur ex quo filio, puta eſt Luc. Tit. vt patet in text.

CAPVT LVII.

Filius ex coitu dánato, & nephario natus, ſi reſcripto Principis legitimetur: an abſolutè ac per omnia legitimus efficiatur, & ſic utrum ſit diſpéſatio, an autem vera legitimatio.

DIſpenſationem eſſe, non autem legitimationem reſponderút Bal. in l. 1. C. de natu. li. Caſtr. in cóſ. 30. li. 1. Cur. ſen. in conſi. 73. in. 4. dubio. Sylua. in B conſ. 45. nu. 43. Barbaria in conſ. 58. n. 5. li 2. Dec. in cóſ. 264. nu. 3. & 610. Soc. iun. in conſ. 120. n. 19. lib. 2. Pariſius in conſ. 2. nu. 22. Gozadinus in conſ. 85. nu. 6.

Fundamentum eſt; quia filius hoc in caſu natus eſt ex iis perſonis, inter quas matrimonium eſſe nó poteſt, vnde ea legitimatione imago eſſe non poteſt matrimonij.

Huc accedat tales filios ſpurios eſſe, & nulla Principis clementia dignos, vt in §. vlt. in Auth. quib. mod. nat. eff. ſui, ſiue iuxta Holoandri tranſlationem in Nouella 74. circa fin. *Eos enim,* inquit, *qui ſemel ex odibilibus nobis, & propterea quoque prohibitis nuptijs procedunt, neque naturales uocari neque participanda eis ulla clementia eſt.* Et ſecundum verſionem Iuliani. *Primum quidem,* inquit, *omnis qui ex complexibus aut nepharijs, aut inceſtis, aut damnatis proceſſerit, iſte neq; naturalis nominatur, neq; alendus eſt a parétib. neque hebit quoddam ad præſenté lege participium.*

Adde quod appellatur, diſpenſatio in c. per uenerabilem, qui filij ſint legitimi.

C Contrariam ſniam habuerunt Alber. in rub. de decretis ab ordin. facien. nu. 20 Soc. ad l. Gallus, §. ſi eius, col. 3. ff. de lib. & poſthum. Iaſ. in conſ. 11. col. pen. & cóſ. 40. col. 2. li. 3 Ruyn. in conſ. 87. nu. 12. lib. 3. Alc. ad Rub. de lib. & poſthum. nu. 21. Couar. in Epit. de ſponſalib. in 2. parte, c. 8. §. 8.

Fundamentum eſt, quia hæc ſunt ex iure poſitiuo, vt vocant; Hæc enim differentia inter legitimum & ſpuriú ex iure procedit, Natura enim omnes filij ſunt legitimi. Princeps igitur ius illud poteſt auferre, §. ſed naturalia, Inſt. de iure natur. gent. & Ciu.

Quod vero non poſſit eſſe matrimonium inter eos, ex quibus filius eſt procreatus, nil referre videtur, neque enim legitimus efficitur, quaſi fingatur ex legitimo natus matrimonio, ſed ex Principis clementia & gratia.

Et licet Imperator dicat tales filios eius clementia dignos non eſſe, non tamen eos legitimari poſſe negat, ex ſpeciali quadam ipſius Principis voluntate & beneficio.

D Porro ꝙ diſpenſatio appelletur in c. per venerabilem, nil mirum, cum legitimatio ſit quædam diſpenſatio, quatenus videlicet is, qui eſt alioqui ſpurius & illegitimus, efficitur legitimus & ad ſuccedendum idoneus.

Ego poſteriorem hanc ſententiam veriorem eſſe opinor; quia cum ſpurius talis a Principe ſcienter legitimatur, & natalibus reſtituitur, in conſequentiam legibus derogatur, quæ eum indignum eſſe omni clementia dicunt. Ita enim Princeps vult & veré poteſt, ex quibus duobus medijs omnis actio noſtra perfectionem ſuſcipit. Principem velle, patet ex reſcripto. Poſſe uero patet ex eo, quod hæc iuris ciuilis & poſitiui eſſe conſtat. Argumenta in contrarium iam ſunt refutata.

CA-

CAPVT LVIII.

Vtrum Princeps legitimare poſſit alterius ſubditum, ita vt ſuccedat etiam in ijs bonis, quæ ſunt in alterius territorio, ſi legitimati pater conſentiat, & alij quorum intereſt.

AFfirmant Bald. in procemio Cod. col. pen. Nicolaus de Vbaldis de ſucceſſ. ab inteſt. parte 1. num. 106. Dec. in conſ. 55. nu. 7. Roſel. de legitimatione lib. 2. c. 2. Ang. in conſ. 350. nu. 9. Crotus ad l. Gallus, §. & quid ſi tantum, col. vlt. de lib. & poſthum.

Fundamētum eſt: quia actus legitimationis pertinet ad voluntariam iuriſdictionem. §. generaliter, in Auth. quib. mod. nat. eff. ſui. Conſequenter coram quocunque iudice, & omni in loco fieri poteſt, l. 2. ff. de off. proconſ. l. 2. C. de emancipatis liberis. Præſertim, quia nemini fit B præiudicium hoc in caſu, cum pater conſentiat, is enim bona ſua vel in mare, vt dicitur, proiicere poſſet, & ſic multo magis cōſentire, vt filius legitimetur, & ſucceſſionis eius capax efficiatur.

Confirmatur hæc ſententia. Nam vel à Pontifice maximo quis legitimatur, vel ab Imperatore. Si à Summo Pontifice, valere debet legitimatio, qa is habere dicitur caſualiter iuriſdictionem in omnibus locis, vt habetur in c. per venerabilem. Qui filij ſint legitimi. Si vero ab Imperatore, idem, quia ſi non actu, at ſaltem habitu is dicitur eſſe dominus mundi, l. deprecatio, ff. ad l. Rhod. de iactu.

Negant autem magis communiter doctores Petrus Ancharan. in conſ. 120. Abb. in d. c. per venerabilem, nu. 23. & ibi. But. col. 4. Alex. in conſ. 67. lib. 1. Couar. de ſponſalibus ſecunda parte, cap. 8. §. 8. num. 14. Sylueſter Aldobrandinus, inter conſil. Iacobini Riminal. conſil. 717. nu. 12. lib. 4.

C Et hæc ſententia videtur mihi probabilior, duobus potiſſimum argumentis. Primum ex l. vlt. ff. de iuriſdict. omnium iudicum. *Extra territorium nulla eſt iuriſdictio.* Secundum eſt ex dicto capit. per venerabilem, qui filij ſint legitimi, vbi Summus Pontifex ait, legitimare ſe filios Regis Franciæ, quoniam id facit abſq; alterius iniuria, cum Rex Franciæ nemini ſit ſubiectus, ergo ſi legitimetur aliquis, qui ſit alicui Principi ſubiectus, abſque talis Principis conſenſu, iniuria illi videtur fieri, & ſic de iure non licet.

Ad primum argumentum, concedo legitimationem voluntariæ iuriſdictionis eſſe, neque enim aliquis inuitus legitimari poteſt. Sed nego eam coram quocunque iudice fieri poſſe. Ad probationem, dico illas leges loqui, quando is, qui conſentit, iuriſdictionem illam prorogare poteſt, vt quia is, cuius prorogatur iuriſdictio, eſt ſub eodem principe, & de bonis agitur, quæ ſunt in territorio eius, cuius prorogatur iuriſdictio.

D Ad alterum argumentū reſpondeo, licet nemini fiat præiudicium, non tamen infertur iuriſdictionem acquiri in eos, qui non ſunt ſubditi. Neque enim priuatorum conſenſus iudicem facit, l. priuatorum, C. de iuriſdict. omn. iud.

Ad tertium reſpondeo, legitimatum à ſummo Pontifice ſuccedere poſſe in bonis poſitis in eius ditione temporali. Licet enim iuriſdictionem vbique, etiam temporalem habere dicatur caſualiter, eam tamen ipſe profitetur, ſe nolle exercere cum alterius iniuria, vt habetur in d. c. per venerabilem.

Et quod attinet ad Imperatorem, ille dicitur eſſe mundi dominus, quo ad protectionem, actu vero multi alij ſunt Principes, qui eum in ſuis ditionibus, vti ſuperiorem, non agnoſcunt, vt notum eſt.

A

CAPVT LIX.

Vtrum filius clerici legitimari poſſit a Principe laico, vt in bonis patris ſuccedat.

FIlium clerici à laico Principe legitimari non poſſe reſpondit Dominicus à S. Geminiano, in c. vlt. de iudic. in 6. & Pariſius in conſ. 2. num. 23. lib. 2. atque ita in Senatu Pariſienſi anno 1562. cōſtitutum fuit, filium Sacerdotis Regijs Codicillis legitimum fieri non poſſe, teſte Gregorio Tholoſano lib. 10. ſyntag. cap. 4. in fine.

Fundamentum eſt illud, quia ad legitimationem filij patris conſenſus requiritur, vt in Auth. quib. modis naturales eff. ſui. & declarat optimè Decius, in conſil. 338. nu. 9. clericus autem in laicum conſentire non poteſt, c. ſi diligenti, de foro compet.

Præterea clericorum bona à laicorum iuriſdictione ſunt exempta, c. Eccleſia S. Mariæ, & ibidem Abbas, col. B pen. de conſtit. Ergo Princeps laicus aliquem ita legitimare non poteſt, vt in eis ſuccedat.

Contrariam ſententiam habuerunt Socinus ſenior, in conſ. 47. lib. 4. Calderin. in conſ. 3. tit. qui filij ſint legitimi. Cæſar Lambertinus de iure patronatus, lib. 1. in 2. parte, q. 2. art. 29 nu. 17. & alij, ut per Couar. de ſponſalib. in 2. parte, c. 8. §. 8 nu. 10. Iſti docent filium Sacerdotis poſſe legitimari à Principe laico, ad effectum vt ſuccedat in bonis patris ſui, ſcilicet temporalibus ſeu patrimonialibus, non autem Eccleſiaſticis.

Et mihi videtur ſanè probabilior ſententia. Primum ex §. illud, in Auth. quib. modis natur. eff. ſui. in illis verbis: *Quid enim, ſi ad Sacerdotium alter eorū aſcendat, &c.* His enim verbis indicat Imperator, Sacerdotis filium à ſe poſſe legitimari.

Deinde hac ratione. Nam nullum ſubeſt hic impedimentum: Non ex parte perſonæ, quia laicus eſt qui legitimatur. Non ex parte bonorum, patrimonialium quia C ſunt temporalia, non Eccleſiaſtica, vide Stephanum Aufrerium de poteſtate Principis ſecularis circa bona Eccleſiaſtica & perſonas Eccleſiaſt. & quæ tradit Andreas Geyll, lib. 1. Obſeru. 37. nu. 4.

Ad primum argumentum. Reſpondeo, nō hic vllam prorogari iuriſdictionem à clerico. Nam conſentit duntaxat, vt filius legitimetur, quod abſque Principis præſentia facere poteſt, non ideo conſentit, vt Principis iuriſdictionem prorogetur, quā ipſe Princeps iam habet in filium eius laicum, & bona eius, ſed conſentit pro ſuo iure & præiudicio, ne ſcilicet inuitus hæredem & ſucceſſorem habeat.

Ad alterum argumentum. Reſpondeo, bona quidem Eccleſiaſtica exempta eſſe à iuriſdictione laicorum, non autem temporalia, niſi quo ad hoc, vt tributis, ſeu collectis ſint obnoxia. Neque enim clericorum bona, laicorum collectis ſunt obnoxia, vt bene declarat Cardinal. Robertus Bellarminus de controuerſijs fidei, in 5. con- D trouer. lib 1. cap. 28. Propo. 4. In alijs nulla lex inuenitur, quæ illa eximat. Vide Geyll. & Aufreriū locis annotatis.

CAPVT LX.

De legitimatione filij nati ex adulterino coitu, controuerſia vna.

LEgitimationem filij ex adulterino coitu ſuſcepti, quando vterque, vir & mulier vinculo matrimoniali tenentur, non valere, ſi Principi legitimanti ſimpliciter narretur, eum, qui legitimandus eſt, ex adulterino concubitu ſuſceptum eſſe, ſed præterea illud exponendum, nempe, duplex peccatum adulterij fuiſſe cōmiſſum, tam videlicet à patre, quam à matre, eo quod ambo eſſent vinculo matrimonij obſtricti, tradit Oldrad. in conſ. 247. Alberic. ad rubr. C. de natur. lib. Præpoſ. in c. per venerabilem, qui filij ſint legit. Dec. in cōſ. 55. nu. 4. & 338. nu 7. Couar. de ſponſalib. in 2. par. c. 8. §. 9. nu. 5.

Fundamentum eſt: quia reſcriptum gratiæ videtur A
ſubreptitium, & ideo non valet, cum ea non narrantur Principi, quę eum ad gratiam cocedendam reddere poſſunt difficiliorem, c. dudum, de elect. c. ſuper litteris, cap. poſtulasti, de reſcript. Sed videtur reddi difficilior, ſi intelligat adulterium tam ex parte viri, quam ex parte mulieris admiſſum fuiſſe, longè inquam difficilius videtur conceſſurus gratiam, quam ſi ſimpliciter intelligat, filiũ ex adulterio natum eſſe, quia exiſtimare poteſt ex parte tantum vnius ex parentibus admiſſum fuiſſe, ergo talis legitimatio, vti ſubreptitia, non valet.

Contrariũ reſpondit Angelus in conſ. 204. Cuius ſententia videtur mihi probabilior: Nam certum eſt adulterium ex parte mulieris nuptæ, maius eſſe delictũ, quã ex parte viri, Grauius eſt enim crimen, *vbi celebrati coniugij iura violantur, & vxoris pudor ſoluitur*, inquit text. in c. nemo, 32. quæſt. 4. Princeps igitur intelligere poteſt ex eo, quod narratur filium ex adulterio natum eſſe, adulterium à muliere nupta commiſſum eſſe, conſequenter B
etſi neſciat virum, qui eam cognouit, ſimiliter vxorem habuiſſe, & ſic iura coniugij ſui quoque violaſſe, parum referre videtur, neque enim ex parte viri propriè adulterium dicitur, nec tanquam adulter punitur, vt notatur in l. 1. C. de adult. Guid. Papæ, in conſ. 153. & alij, vt per Rolandum à Valle, in conſ. 74. nu. 12. lib. 1.

Vnde ad argumentum contrariæ ſententiæ reſponſum patet: quia non eſt veriſimile Principem difficilius conſenſurum, etſi intellexiſſet, virum fuiſſe coniugatũ. Cum iam id, quod grauius erat, intellexerit: Nempe mulierem adulterium admiſiſſe, & ex tali adulterino coitu filium procreatum.

CAPVT LXI.

Virum valeat filii ſpurij legitimatio, vbi ipſa ſpecies ſpurietatis nominatim Principi expoſita non ſit. C

Filij ſpurij legitimationem factam valere, licet Principi legitimanti ipſa ſpecies ſpurietatis nominatim expoſita non fuerit, authores ſunt Bald. in l. ſi qua illuſtris, C. ad Orfician. & in c. 1. § naturales, ſi de feudo fuerit cõtrouerſ. inter dom. & agnat. Præpoſitus, in cap. per venerabilem, in 4. quæſt. qui filii ſint legitimi. Dec. in conſ. 55. Io. And. in c. vlt. de filiis presbyter.

Fundamentum eſt in regula vulgari, & planè brocardica, cogitatum in genere ſufficit. l. qui iure militari, ff. de teſtam. milit.

Sed contrariam ſententiam amplexi ſunt Anto. Butr. in d. c. per venerabilem, col. 15. Dec. in cõſ. 579. Cagnol. in d. l. ſi qua illuſtris, num. 25. C. ad Orfician. Couar. de ſponſalib. in 2. pat. c. 8. § 9. nu. 4.

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior, quia quanto magis turpis & damnatus eſt coitus, ex quo filius eſt D
procreatus, tanto maius eſt crimen, & filius magis odibilis, vt in §. vlt. in Auth. quib. mod. natur. effi. ſui. Ergo qualitas & ſpecies ipſius ſpurietatis exponenda eſt Principi.

Probatur hæc collectio, quia Principi exponẽda ſunt omnia, quæ ad gratiam concedendam ipſum retrahere aut reddere difficiliorem poſſunt, c. poſtulaſti, de reſcrip. Illa vero qualitas ſpurietatis poteſt eſſe tã mala, vt Princeps à gratia concedenda retardetur. Igitur exponenda eſſe videtur ea qualitas ſpurietatis.

Nec ad rem facit, quod eſt in d. l. qui iure militari, ff. de militari teſtam. Ibi enim, ſiue in genere, ſiue in ſpecie, vt loquuntur noſtri, de filio poſthumo fuerit à milite cogitatum, idem eſt effectus, vt ſcilicet teſtamentum non rumpatur.

CAPVT LXII.

Quis ſit ſenſus regulæ Cancellariæ 48. Legitimationem fieri debere ſine præiudicio venientium ab inteſtato.

Duplex eſt doctorum ſententia hac de re. Altera, hunc eſſe ſenſum dictorum verborum vt legitimatus non ab inteſtato ſuccedat, ſi liberi extent, vel collaterales, vel alii coniuncti uſque ad quartum gradum, immo etiam alij in infinitum. Ita Baldus inter cõſilia Angeli, in conſ. 265. Aretinus ad l. Gallus, §. & quid ſi tantum, nu. 26. ff. de lib. & poſtum. Corneus in conſ. 3. lib. 1. & 93. lib. 2. Socin. in d. §. & quid ſi tantum, nu. 8. & in conſ. 95. nu. 39. & 41. lib. 4. Capra in conſ. 157. Cępolla in conſ. 66. nu. 23. Curtius ſen. in cõſ. 74. nu. 27. Vbaldus de ſucceſſ. ab inteſt. nu. 117. Io. Dilectus, de arte teſtandi, lib. 3. cautela 18. Decius, in conſ. 338. & 610. Ruynus, in conſil. 19. num. 4. lib. 3. Socin. iun. in conſ. 120. num. 16. lib. 2. Couar. de ſponſalib. in 2. parte, c. 8. §. 10. Vaſquius, lib. 3. de ſucceſſio. progreſſ. §. 2. nu. 92.

Fundamentum eſt in eo, quod hæc ſit dictorum verborum ſententia: *Sine præiudicio venientium ab inteſtato*, vt nullum prorſus præiudicium venientibus ab inteſtato inferatur. Ab inteſtato autem veniũt non ſolum filij, ſed etiam fratres & cæteri cognati, vt patet ex toto tit. de hæred. ab inteſta. venien.

Altera eſt ſentẽtia ſenſum eſſe, vt filijs duntaxat non præiudicetur; cæterum, ſi alii extent proximiores, cum iis legitimatus ſuccedat. Ita reſponderunt Angelus in cõſil. 264. Anchara. in conſil. 153. Alexand. in conſil. 187. & 188. lib. 5. Socinus ſenior, in conſ. 41. num. 6. lib. 3. Iaſ. in conſ. 110. col. vlt. lib. 4. Alciatus, ad rub. ff. de liber. & poſthum. & alii, quos refert & ſequitur Franciſcus Sarmiẽtus, lib. 1. Selectarum Interpr. c. 8. nu. 7.

Fundamentum eſt, quia niſi hæc interpretatio valeret nihil ipſa legitimatio prodeſſet quo ad ſucceſſionem: Nã ſemper aliqui extarent proximiores, & omnibus deficiẽtibus, ad fiſcum pertinet ſucceſſio.

Vt autem nil prodeſſe debeat legitimatio, vix concedi poſſe videtur, quoniam legitimati nihil à legitimis differunt, & vna cum alijs ſuccedunt, vt in §. ſit igitur licentia. in Auth. quib. mod. natur. effi. legit. & in §. ſit igitur, in Auth. quib. mod. natur. efficiantur ſui.

Ego vero priorem ſententiam magis probabilem exiſtimo tum ex verbis regulę, tum ex ratione eius. Verba ſic ſe habent. *Voluit quod in diſpenſationibus ſuper defectu natalium, quod poſſint ſuccedere in bonis temporalibus, ponatur clauſula, quod non præiudicetur illis, ad quos ſucceſſio bonorum ab inteſtato pertinere debeat.*

Hæc ſanè verba non ſolum de filiis accipienda ſunt, ad quos ſucceſſio bonorum ab inteſtato pertinet, verum etiam de aliis, quia ſunt generalia, & omnes comprehendunt.

Ratio vero legis eſt: quia gratiæ & fauores Principum aliis præiudicium inferre non debent, l. 2. §. merito, ff. ne quid in loco pub.

Quod vero dicitur hac interpretatione recepta, nullum emolumentum allaturam eſſe legitimationem, nihil mouet; Primum, quia multum afferret emolumẽti, eam ob cauſam, quod filius erit ſucceſſionis & aliorum bonorum capax ex teſtamento. Deinde, qui a nullis proximioribus extantibus, non fiſcus, ſed ipſe ad ſucceſſionem vocabitur, neque enim eſt credẽdum ea reſeruatione Principis, habitam fuiſſe fiſci rationem, argumento l. primæ. C. de ſecundis nuptiis.

CA-

CAPVT LXIII.

Vtrum mater, quæ ad ſecunda vota tranſiuit, legitimæ ſupplementum petere poſſit in bonis filij ex primo matrimonio ſuſcepti, qui minus legitima portione ei reliquit.

SI filius primi matrimonij matri ſuæ ſecūdò nubenti teſtamento condito certam relinquat quantitatē, quæ pro legitima non ſufficiat, eam ſupplementum petere non poſſe reſponderunt Soc. iun. in conſ. 97. lib. 4. & Auguſtinus Berous in conſ. 34. lib. 2.

Mouentur authoritate text. in §. hic nos, in Auth. de nuptiis, in illis verbis: *Si igitur legitimè filius teſtatus fuerit, & reliquit matri ſubſtātiam, ſiue partem eius aliquam, hanc illa accipiat per ſcripturam, quia vbique cuſtodire morientium volumus voluntates, & habeat, quod dimiſſum eſt aut datum, & ſecundum proprietatem,* & *ſecundum vſum,* &c. Quibus uerbis Imperator ſignificat: matrem contentam eſſe debere eo, quod ei eſt relictum à filio. Nam ſi repletionem legitimæ petere poſſet, non utique uoluntas teſtantis filii cuſtodiretur, uti uoluit Imperator.

His adſtipulatur eorum ſententia, qui docēt matri ſecundò nubenti legitimam non deberi ex bonis filiorum primi matrimonij; ita docuit Bald. in Auth. ex teſtamento, C. de ſecun. nupt. Menoch in cōſ. 237. lib. 3. authoritate text. in eodem §. hinc nos, in illis uerbis. *Si autem inteſtatus filius moriatur, tam ad ſecundas veniente matre nuptias, aut poſtea veniente, vocetur quidem & ipſa cum filij aut filia fratribus ſecundum noſtram conſtitutionem ab inteſtato ad eius ſucceſſionem, ſed quanta quidem, quæ ex paterna ſubſtantia ad filium peruenerunt, eorum ſolummodo habeat vſum, ad ſecūdas omnino ſiue antea, ſiue poſtea, perueniens nuptias,* &c. Si enim uſumfructum habet tantum ergo legitimam non habet, quia illa in ſolo uſufructu nō conſiſtit, ſed eſt tertia pars bonorū, ut in Auth. de Triente & Semiſſe.

Quibus nō obſtantibus, contrariam ſententiam amplector, pro qua reſpondit Hippolytus Riminald. in conſil. 305. lib. 3. Moueor eo argumento, quod certum ſit regulariter matri legitimam deberi ex bonis filii integrā ideoq; ſupplementum ab ea peti poſſe, vt in §. cæterum, in Auth. ut cum de appell. cognoſc. Quare in hac generali regula ſatis eſt intentio fundata matris binubæ, ut nil aliud ſit neceſſe, præterquam duo argumenta refutare, quæ ſuperius allata ſunt.

Ad primum ex §. hinc nos, in Auth. de nupt. in uerſ. ſi igitur. Reſpondeo, non eam eſſe illius text. ſententiā, ut mater quocunque relicto cōtenta eſſe debeat, nec poſſit legitimæ ſupplementum petere, ſed ſenſus eſt; matrem ſecundò nubentem pleno iure, hoc eſt, tam quo ad proprietatē, quam quo ad uſumfructum acquirere id, quod ſibi à filio teſtamento eſt relictū, licet alioqui ab inteſtato non ſuccedat, niſi quo ad uſum, ſeu uſumfructū. Hāc expoſitionem uerba text. ſuadent, alteram uero diſſuadent, primum, illa uerba textus, quibus in fine dicitur, *Alijs omnibus, quæ de ſucceſſionibus dicta ſunt, parentum in ſuijs, aut filiorum in parentibus intactis manentibus.* Deinde illa quæ in principio habentur, nempe: *Si igitur filius legitimè teſtatus fuerit,* &c. Videtur enim legitimè teſtari, cum in legitima ſaltem, uti iure conſtitutum eſt, matrem ſuam inſtituit.

Ad alterum argumentū. Reſpondeo, nec etiam id cōſiſtere, quod in eo dicitur, matri ſecundò nubenti legitimam non deberi, ut meritò contrariam ſententiam amplexi fuerint Bald. in conſ. 314. lib. 4. & Hippol. Rimin. dicto conſ. 305. nu. 22. lib. 3. quibus omnes alii adſtipulātur, qui docuerunt, matrem ſecundo nubentē, relinquere debere omnia bona, quæ conſecuta eſt ex ſucceſſione filiorum primi matrimonii, ipſis filiis primi matrimonii, comprehenſa etiam ipſius matris legitima. Nam & ij uidentur tacitè fateri, matri legitimam deberi. Ita uerò do-

A cuerunt Bald. in cōſ. 5. lib. 4. & 340. eo. lib. & alii à Gabrielo citati commu. concl. tit. de ſecun. nupt. concl. 3. nu. 8.

Non obſtat tex. in d. § hinc nos in uerſ ſi autem inteſtatus filius. Neque enim hoc vult, matrem in ſolo vſufructu ſuccedere, quaſi uſusfructus duntaxat matri deferatur. Immo verò ſuccedit pleno iure, ſed quia tenetur ipſa bona relinquere filiis primi matrimonii, nec alienādi poteſtatem habet, ideo dicitur vſumfructū habere, quia ſcilicet in dies vitæ ſuæ bonis frui poteſt. Latum vero eſt diſcrimen, vtrum abſolutè vſumfructum tantum conſequatur, an vero plenum ius, cum ea tamen cōditione relinquendi filiis primi matrimonii. Nam ſi nulli extēt filii ex primo matrimonio, ipſa mater domina erit bonorum abſolutè, niſi ex filiis præmortuis extent nepotes, l. in quibus, C. de ſecund. nupt. ita docet text. in d. l. fœminæ, in fine, ibi: *Quod ſi nullam ex priore matrimonio habuerit ſucceſſionē, vel nati natæve deceſſerint,* &c. Si uero ſimpliciter uſufructuaria eſſet, ea mortua, ſemper extin-B guereretur. §. finitur, in inſtit. de uſufructu.

CAPVT LXIV.

Vtrum, ſicut mater ſecundò nubens, quæ ex ſucceſſione filiorum primi matrimonij reſeruare tenetur filiis primi matrimonij, ita etiam & pater, ad interpretationem l. fœminæ, C. de ſecun. nupt. & aliarum legum.

COntrouerſiam ipſe habeo cum aliis doctoribus, quorum placita & ſententias, nunquam ſoleo cōtemnere, quòd plerunque ſunt iuri conſentanea. Nam exiſtimo id, quod in muliere ſecundò nubente cōſtitutum eſt in l. fœminæ, C. de ſecund. nupt. eam relinquere debere filiis primi matrimonii, quæ ex filiorum ſucceſſione eiuſdem matrimonii conſecuta eſt, ad uirum ſecundò nubentem nequaquam pertinere.

C Et moueor authoritate text. in §. cum igitur, in Auth. de non eligendo ſecundò nubentes, &c. in illis verbis. *Sicut enim patres, ſi ad ſecundas veniunt nuptias, non fraudamus filiorum ſuorum ſucceſſione, nec aliqua eſt lex tale aliquid dicens,* &c. Et infra: *Colligentes igitur huius legis partes, Sancimus, quoniam matrem ſecundùm quod iam dudū diximus, aſſimilamus patri in antenuptiali donatione & ipſam ſuſtinere quidem pœnas, ſicut ſuſtinet pater in dote. In hæreditatem autem filiorum ſine tergiuerſatione veniāt, & pater & mater ſecundum ſubiectas vtriq; caſui quæſtiones.* Et quamuis quo ad matrem ſecus ſit ſtatutum in §. hinc nos, in Auth. de nuptiis, tamen in patre nihil eſt innouatum à Iuſtiniano.

Nec ab hac ſententia me deterrent, quæ pro communi afferuntur, patrem & matrem hac in re æquiparantes, vt videre licet ex Gabrielio commu concl. ti. de ſecund. nupt. concl. 3. nu. 1. & Andr. Geyll, lib. 2. obſeru. 98.

Nam primò affertur text. in §. quia uerò, in Auth. de D non eligendo ſecundò nubentes, ubi dicitur pœnas contra binubos, communes eſſe uiri & mulieris. Reſpondeo textum loqui quoad lucra nuptialia, nempe dotis, & donationis propter nuptias. Verba ſunt iſta. *Quia vero contra binubos pœnæ communes ſunt viri & mulieris; ille quidē in dote ad ſecundas veniens nuptias, periculum ſuſtinebit; hæc autem in antenuptiali, ſeu propter nuptias donatione.* Hactenus Imperator.

Secundò affertur textus in l. generaliter, C. de ſecun. nupt. Reſpondeo, in eo loco non agi de iis bonis, quæ pater conſecutus eſt ex ſucceſſione filiorū primi matrimonii, ſed ex ſucceſſione vxoris. Verba ſic habent. *Generaliter cenſemus quocunque caſu conſtitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus morte mariti, matrimonio diſſoluto, quæ de bonis mariti ad eam deuoluta ſunt, ſeruare ſanxerunt, iiſdem caſibus maritum quoque, quæ de bonis mulieris ad eum deuoluta ſunt morte mulieris matrimonio diſſoluta communibus liberis reſeruare,* &c.

CAPVT LXV.

Vtrum, quod eſt conſtitutum in l. fœminæ, C. de ſecundis nuptijs, locum habeat in muliere nubente cum conſenſu filiorum, vel cum conſenſu viri ſui, vel ex permiſſu Principis & in minore 25. annis.

QVod conſtitutum eſt in l. fœminę, C. de ſec. nupt. haudquaquam ſibi locũ vindicare, vbi mater conſentientibus filijs prioris matrimonij nubit, cõmunis eſt doctorum ſententia, ſed quoniam varia ſunt reſponſa eorum, ſecundum varias ac diuerſas factorum circumſtantias, adhibenda eſt diſtinctio quædam, quam propoſitis aliquot concluſionibus explicabo, tum quid mihi videatur, ſubiungam.

Prima concluſio. Si filij prioris matrimonij expreſſim conſentiant, vt ad ſecundas nuptias mater tranſeat, & ſimul remittant ius, quod habent, inter omnes conuenit omninò ceſſare, quod conſtitutum eſt in d. l. fœminæ, quoniam vnuſquiſq; renunciare poteſt iuri ſuo, l. penul. C. de pactis ita reſpondit Angelus in conſ. 296. & Dec. in conſ. 309. nu. 7.

Secunda concluſio. Si filij, vt ſupra, ſecundis nuptijs conſentiant, licet ius ſuum non remittant, ceſſat nihilominus l. fœminæ. Nam volenti & conſentienti non dicitur fieri iniuria, l. 1. §. vſque adeo, ff. de iniur. incidit autẽ mater in eam conſtitutionem ob iniuriam, quam videtur inferre filijs primi matrimonij, ut in §. proſpeximus, in Auth. de non elig. ſecundò nub. ita reſpondit Rom. in conſ. 219. Dec. in conſ. 206. 317 396. 604. Boer. deciſ. 285 num. 20.

Tertia concluſio. Si minores 25. annis exiſtant filij, vt ſupra, conſentientes ſecund. nupt. matris ſuæ, conſentiant vero propter iuſtas cauſas, idem eſt ſtatuendum quod in præcedenti concluſione. ita Angelus, in conſil. 396. nu. 4 Menoc. in conſ. 237. nu. 21. lib. 3.

Quarta concluſio. Si filij minores, vt ſupra, cõſenſum præbeant, nulla iuſta cauſa ad id eos impellẽte, ſecus eſt dicendum. Neque. n. ceſſabit dicta conſtitutio. ita Bal. in conſ. 22. lib. 5. Bald. Nouel. de dote, par. 6. priuil. 27.

Quinta concluſio. Si filij ætate maiores tacitè conſentiant, vt quia non conquerantur, matremq; & vitricum diligant, eiſq; cohabitent, ceſſat conſtitutio dictæ legis. ita Bald. in Auth. ex teſtamento, C. de ſecun. nupt. Dec. in conſ. 206. Boerius deci. 185. nu. 20. Gratus in conſ. 83. lib. 2. hactenus diſtinctio.

Iam quid mihi videatur, dicam. Ego priorem concluſionem probo, & quartam quoque, cæteras non probo. Nam ſic ſtatuo: Filios prioris matrimonij ſecund. nupt. matris ſuæ conſentientes, nullum ſibi inferre præiudicium, ideoq; excludendos non eſſe à beneficio d. l. fœminæ, & aliarum legum, ſicuti præclarè docet Sarmientus, lib. 1. ſelectarum interpretationum, c. 4. Nam inprimis nulla eſt lex tale aliquid dicens. Deinde nulla ratio id ſuadet, quid enim filius peccat matri conſentiendo, vt ſecundas amplectatur nuptias, quas etſi vellet impedire, non debet, neque poteſt?

Ita vero iure conſtitutum eſt, ut qui contradicendo actum impedire nequit, nullum conſentiendo ſibi pariet præiudicium l. Caius, ff. de pign. act. l. quæ dotis, ff. ſolu. matr. latè Tiraquel. de retractu conuentionali, §. 1. gloſ. 9. num. 146.

Neq; enim ijs aſſentior, qui exiſtimant ita conſtitutũ eſſe aduerſus ſecundo nubentes mulieres propter iniuriam dũtaxat filijs primi matrimonij illatam. Nã mater quidem & defuncti memoriam, & filiorum charitatem, cum ad ſecundas tranſit nuptias, negligere videtur, ut Imperator dicit in §. ſin autem tutelam. in Auth. de nuptijs, ſed non ob eam cauſam tantum, atque adeo in pęnã & vindictã id conſtitutum fuit aduerſus eam. *Res enim eſt* (inquit Imperator in Auth. Neq; verum quod ex do-

A te eſt, &c. ad finem) *& caſtitate plena, & bonis moribus cõgrua & paterno, maternoq; affectu plena, ut quod eis parentes ſponte non ſeruant, hoc poſt Deum, qui eſt communis omnibus pater, dicemus autem qui Imperium habet, per legem ijs qui à parentibus laſi ſunt, ſeruet.*

Quare ut maximè filij matris nuptijs conſentientes iniuriam ſibi factam remittere videantur, non tamen legibus renunciare cenſentur, quæ ſumma rõne & æquitate, in eos ita læſos beneficia cõferunt & lucra. Eiuſdem rõnibus inductus, nec probo eorum ſnĩa qui docent mulierem ſecundo nubentem cum conſenſu prioris viri à dictis conſtitutionibus alienam fore, uti à Ald. in d. l. fœminæ, Ro. in conſ. 219. Dec. in conſ. 620. And Geyll. li. 2. Obſeru. 98. Etenim, quid peccat vir conſentiens, ut mulier nubat, quæ liberã nubendi poteſtatem habet à Deo? aut quo pacto parens iniuriam filijs, non niſi poſt ipſius mortem irrogandam, quæ quidem mors patriã ſoluit poteſtatẽ, remittere poterit? l. ſed ſi unius, §. filioſa. ff. de in-

B iurijs. Quare meritò an vera ſit ſententia, de qua ſupra dixi, dubitauit Cotaſ. lib. 3. Miſcellan. c. 1. & Ripa in d. l. fœminæ, & Dec. ad rubr. eiuſdem tit. C. de ſecun. nupt.

Poriò, minimè omnium probari mihi eorum ſnĩa poteſt, qui conſtitutionibus dictis locum eſſe negant, ubi mater ex Principis permiſſu nubit, vel ſi minor ſit 25. annis, vt apud Boerium deciſ. 185. Quæ enim eſt lex, quæ ratio huius ſnĩę? an l. vlt. ff. de ſenatorib. qua declaratur mulierem impetrare poſſe à Principe, vt licet ad ſecund. nupt. tranſeat, dignitate tamen prioris viri perfruatur? Nil ſanè ad rẽ facit. An l. 2. C. aduerſus delictũ, qua ita eſt conſtitutum, vt mater minor annis 25. ad ſecundas tranſiẽs nuptias, filiorũ ſucceſſione non priuetur, quib. de iure non proſpexit? Sed hæc lex planè aliena ac diuerſa eſt à noſtra ſpecie, quare nec magna indiget cõfutatione.

CAPVT LXVI.

C *An interpretationem l. hac edictali, C. de ſecundis nupt. vtrũ mulier ſecundo marito vltra modum in ea lege expreſſum donare poſſit, ſi non ſuo, ſed nomine filiorum ſtipulatus fuerit.*

SI mulier ſecundo viro ſtipulanti pro filijs ſuis plus donauerit, quam filijs primi matrimonij, virum reuocari poſſit iuxta conſtitutionem l. hac edictali, C. de ſecun. nupt. non eſt eadem omnium ſententia.

Bald. inter conſilia Pauli Caſtr. lib. 1. reſpondit reuocari non poſſe, & idem reſpondit in cõſ. 22. lib. 5. Cur. iun. in conſ. 79. Caſt. in Auth. vnde etſi parẽs, C. de inoff. teſt. Dec. in Auth. Præterea, col. 4. C. vnde vir & vxor, & alij à Gabrielio citati, cõm. concl. tit. de ſec. nup. cõcl. 4. n. 58.

Sed contrariũ reſpondit Io. de Lignano, in conſ. 263. Vnum eſt ſupponendum, inter Pauli Caſt. conſ. lib. necnon Ricard. de Salic. ibidem, in conſ. 261. Præclariſſimi, & ipſemet Bald. in conſ. 161. Quędam nobilis Domina

D Agneſina, lib. 1. Corn. in conſ. 82. lib. 3. Ruy. in conſ. 12. lib. 1. & alij à Gabrielio citati loco annotato.

Cæterum Cranetta in conſ. 193. nu. 11. horum ſententijs relatis diſtinctionem adhibet, in hunc modum. Vt ſi filij non naſcãtur, pro quibus pater ſtipulatus eſt, aut nati viuente matre non ratificent patris ſtipulationẽ, tunc ſit locus conſtitutioni d. l. hac edictali. ſi vero ratificent, ſecus; qua quidem repudiata diſtinctione, poſteriorẽ ſententiam Io. de Lignano, & ſequacium amplectitur Siacca in additionibus ipſius Crauet. in d. conſ. 193.

Fundamentum prioris ſnĩæ illud eſt, quoniam mulier ſecundo nubens plus donare poteſt filijs ſecundi matrimonij, quàm filijs primi matrimonij, dummodo ipſis legitimã portionẽ relinquat, ut habetur in §. illud quoque, in Auth. de nuptijs, vbi Iuſtinianus hortatur quidẽ parentes, ut inter liberos primi & ſecundi matrimonij æqualitatem ſeruent, non tamen eos cogit, ſed mandat ut legitimam eis portionem relinquant, ut patet ibi.

Hæc

Hanc itaque partem de æquitate filiorum,&c.Conſequenter ceſſat conſtitutum d.l.hac edictali, vbi mulier non vitrico, ſed ipſis filijs ſecundi matrimonij plus relinquit, vel donat. Sed in ſpecie,de qua agitur,mulier non vitrico,ſed filijs donat. Eſt enim vitricus hac in re nudus miniſter, dum ſtipulatur filiis; ergo donatio, ſeu relictum valet, nec reuocari poteſt, argumento textus in l.Sulpitius,ff.de donatio.inter virum & vxorem. vbi Iuriſconſultus in ſimili ſpecie perpendit miniſterium patris, ibi. *Alioqui ſi ſolo eius miniſterio vſa eſt*,&c.

Fundamentum verò contrariæ ſententiæ in eo eſt poſitum, quòd in d.l.hac edictali, nō ſolum directè mulier prohibetur plus donare vitrico, quàm filijs primi matrimonij, verùm etiam indirectè, vt patet ex illis verbis. *Omni circumſcriptione, ſi qua per interpoſitam perſonam, vel alio quocunque modo fuerit excogitata, ceſſante*,&c. Videtur autem in propoſita ſpecie quædam excogitata circumſcriptio, vt videlicet vitrico donetur. Tum, quia eius B contemplatione donatum filiis videtur, tum, quia dum pater ſtipulatur filio, videtur ei donare, l.2.& 3.C.ſi quis alteri vel ſibi,&c. Et ſic prius patri ſeu vitrico donatum, & ab eo profectum in filios.

Ego verò id reſpondendum prorſus cenſeo in hac ſpecie, quod Iuriſconſultus reſpondit in d.l.Sulpitius, ff.de donat. inter vir.& vxorē, cuius elegantiſſima verba placet etiam adſcribere. *Sulpitius Marcello. Mulier, quæ ad communem filium volebat, qui in poteſtate patris erat, poſt mortem patris fundum peruenire, eum patri tradidit, vt poſt mortem reſtituatur filio. an donatio tibi videatur, vt nihil agatur, an valeat quidem, ſed mulieri poteſtas datur, ſi voluerit, eum repetere. Reſpondit, ſi color, vel titulus, vt ſic dixerim, donationi quæſitus eſt, nihil valebit traditio, id eſt, ſi hoc egit vxor, vt aliquid ex ea re interim commodo ſentiret maritus, alioquin ſi ſolo eius miniſterio vſa eſt, & id egit, vt vel reuocare ſibi liceret, vel vt res cum omni emolumento per patrem poſtea ad filium tranſiret, cur non idem perinde ſit ratum, ac ſi cum extraneo tale negocium contraxiſſet, hoc* C *eſt extraneo in hanc cauſam tradidiſſet?*

Sic & ipſe ſtatuo in hac noſtra ſpecie, ſi color ſit quæſitus donationi, & id actum tacitè, vel expreſsè, vt vitricus emolumenti aliquid ſentiret, id, veluti factū in fraudem legis, ratum non eſſe, circumſcriptionemq; videri lege prohibitam. Si verò filiis duntaxat commodum quæratur, nihil eis nocere puto, quod patris miniſterio vſa mater fuerit, cum & extraneis vti potuiſſet.

Ex variis porrò cauſarum figuris circumſtantiisque vtrum ſit quæſitus color, & circumſcriptio ſubſit, cognoſcendum ac diiudicandum erit. Neque enim certis id iam regulis conſtitutis demonſtrari poteſt.

CAPVT LXVII.

Si minus legitima portione liberis, aut vni liberorum prioris matrimonij fuerit relictum, vel collatum a matre ſecundo nubente, quo caſu ſupplementum petere poteſt; vtrum D *vitrico tantum relinqui poſſit, etiam habita ratione dicti ſupplementi, ad interpretationem d.l. hac edictali.*

CVm mulier ad ſecunda vota migrans nihil amplius ſecundo viro relinquere poſſit ac donare, quàm vni ex filiis primi matrimonii, cui minus reliquit ac donauit: incidere poſſumus in hanc ſpeciem, donauit mulier vni ex filiis decem, quę tamen ad legitimam eius portionem non ſufficiunt, quā ob rem & ſupplementum rectè petet filius, vt in §.cæterum, in Auth. vt cum de appell.cognoſc. l.omnimodo, C. de inoff. teſtam. Vtrum & ſecundo viro decem duntaxat relinquere, ac donare poſſit, an verò amplius, nempe tm̄, quantū ipſe filius pro legitimæ ſuæ repletione conſequi poterit.

Duæ ſunt contrariæ doctorum ſententiæ. Altera eſt Saliceti, in commentariis d.l.hac edictali, in 7.quæſt. Is negat vitrico donari poſſe amplius, quàm in filiū eſt col- A latum, nulla ratione habita, quòd poſſit ſupplementum legitimæ petere & conſequi. Idem & Ruynus reſpondit in conſ.58.lib 5.& alii à Gabr.citati commu.concl.ti.de ſecundis nuptiis, concl 4.nu.34.

Fundamentū eſt in d.l.hac edictali, quę decernit tantum poſſe relinqui ac donari vitrico, quantum relictum vel donatū eſt vni ex filiis primi matrimonii, cui minus eſt relictum; quod enim ex ſupplemento filius habet, nō dicitur ei relictum à parente, vt patet.

Altera vero eſt ſententia Baldi in commentariis d.l. hac edictali, rationem habendam talis ſupplementi, atq; adeo vitrico tantum poſſe relinqui ac donari, quantum ad filium effectu peruenerit.

Idem reſpondit Io.de Anania, in conſ.67.& ibi Ludouicus Bologn.in additionibus, & alii à Crauetta citati in conſ.193.nu.12. verſ. Et hic conſiderandum eſt, & alii à Gabr.citati loco ſuperius annotato.

Fundamentum eſt in d.l.hac edictali, in illis uerbis: B *Quod ſi plures liberi fuerint, ſingulis æquas partes habentibus, minimè plus, quam ad vnumquemque eorum peruenerit, ad eorum liceat vitricum, nouercamue transferri*, &c. Illud verbum, (*Peruenerit*) maximè iuuat hanc ſententiam, quoniam ad filium, cui minus eſt relictum legitima portione, ſupplementum eius perueniet, cum ei debeatur.

Rurſus in ſequentibus verbis. *Sin autem non æquis portionibus ad eoſdem liberos memoratæ tranſierint facultates, tunc quoque non liceat plus eorum nouercæ*,&c. *quàm filius vel filia habet*,&c. Atqui filius habet hoc in caſu non id ſolum, quod relictum eſt, verum etiam id, quod deeſt ad legitimam portionem, ergo & tantundem vitrico relinqui poterit.

Confirmatur argumentū hoc ex l.quoniam, C.eo.tit. ibi: *His ampliora, quæ vni filio, vel filiæ ex anteriori matrimonio progenitis, danda, vel relinquenda ſunt.* Quibus verbis indicatur, habendam eſſe rationem eius, quod filio C dandum & relinquendum eſt, & ſic legitimę portionis.

Reſpondit Salic. illa verba tex. intelligenda eſſe ſecundum ſubiectam materiam, nempe, de eo, quod relinquēdum & dandum eſt liberis in comparatione vitrici, vt ſic tantum filius conſequatur, quantum vitricus.

Non rectè, quia non eſt portio menſuranda filiorum ex portione uitrici, ſed contra: neque enim prohibentur coniuges plus donare filiis primi matrimonii, quàm uitrico, uel nouercę: Sed contra plus uitrico & nouercæ donare, quàm filiis, lege prohibitum eſt.

At contra Salic.& cum eo Ruynus. Si locum haberet poſterior hęc ſententia, nunquam uitricus haberet minus legitima filio debita, quod eſt falſum.

Petitio principij, ut uocant, hęc eſt. Nam cur falſum eſt? Id enim eſt in controuerſia. Dicimus enim, ſi plus relinquatur uitrico, uel nouercę, quàm filiis, non poſſe eos conſequi plus, quàm filii conſecuturi ſint, ratione habita etiam ſupplementi legitimę, & hoc in caſu uitricus D habebit uſque ad legitimam filii, ſed in aliis caſibus quin minus quandoque habiturus, nil prohibet, puta ſi minus relinquatur ei, quàm filiis.

Ego poſteriorem hanc ſententiam amplector, ac pro eius confirmatione perpendo alia uerba d.l.hac edictali, nempe illa: *Ita tamen. vt quarta pars, quæ eiſdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, niſi ex iis cauſis, quæ de inofficioſo excludunt querelam.* Sententia legis eſt: uitrico & nouercę non amplius relinqui poſſe, quam filiis primi matrimonii, ita tamē, ut quarta ex legibus debita non minuatur, hoc eſt, ut ipſa quarta integra relinquatur ipſis liberis. Ergo ſi nō relinquatur filiis integra legitima portio, non prohibentur uitricus & nouerca plus conſequi, quàm filiis ſit relictum. Quia uerò nec plus conſequi poſſunt, quam ad filios peruenturum ſit, & habiturus ſit filius, ille, cui minus eſt relictum, rectè concluditur, id conſecuturum uitricum, nouercamque, quod filius ex ſupplemento debito conſecuturus eſt.

CAPVT LXVIII.

Vtrum l. hac edictali, C. de ſecund. nupt. locum habeat, ſi minus ſit relictum filiæ fœminæ excluſæ per ſtatutum à ſucceſſione parentum.

PLeriſque in locis Italiæ ſtatuto cauetur municipali, vt exiſtentibus filijs maſculis, fœminæ ab inteſtato non ſuccedant, ſed debeant dotari. Si igitur pater, vel mater ad ſecundas migrauerit nuptias, & parum, vel nihil filiæ fœminæ fortaſſe nuptæ, reliquerit; an ſecundo viro plus relinquere poſſit, in controuerſia eſt. Etenim non poſſe reſpondit Soc. ſen. in conſ. 35. lib. 4. Dec. in conſ. 396. non procul à fine, & alij à Gabr. citati commun. concl. tit. de ſecundis nuptijs, concl. 4. nu. 40.

Fundamentum eſt, quia commoda hæc, quę filijs prioris matrimonij lex defert, ob tranſitum parentum ad ſecundas nuptias, ſeparata ſunt à ſucceſſione, & illis acquiruntur, licet parentum hæredes non ſint, l. hæres, C. de ſecundis nupt.

Cæterum, contrariam ſententiam habuit Angelus, in §. optimè, in Authen. de nuptijs. Ripa, in l. fœminæ, in 8. quæſt. C. de ſecund. nupt. & alij à Gabrielio citati loco ſuperius annotato.

Fundamentum eſt, quia ita conſtitutum eſt in d. l. hac edictali, ob iniuriam, quam parentes videntur facere filijs prioris matrimonij, dum plus vitrico, vel nouercæ donant ac relinquunt, quàm ipſis. Sed cum filia eſt à ſucceſſione parentum excluſa vigore ſtatuti, iam non facit illi parens iniuriam, etſi nil det, vel relinquat, quia nõ tenetur ei quicquam dare, præter dotem.

Ego vero in priorem ſententiam facilè deſcẽdo. Nam ratio l. hac edictali, eſt hæc, quia ex ſecundis nuptijs filij prioris matrimonij magnopere læduntur, & ne magis etiam læderentur, proſpiciendũ fuit, erat enim metuendum ne in vitricum & nouercam neglectis filijs omnia conferentur à parentibus, legitimæ portione excepta, C quod ſanè iniuſtum erat.

Quare lex generaliter prohibuit, ne plus conferrent in vitricum, vel nouercam, quàm in ipſos filios.

Hæc igitur prohibitio locum habere debet etiam quo ad filiam ſtatuto excluſam; etſi enim parentes illi relinquere non teneantur quicquam præter dotem, non tamen prohibentur relinquere ſi velint. Nec tenentur etiã vitrico & nouercæ quicquam relinquere.

Iuſtius ergo æquiusq; eſt, vt filiæ ſic excluſæ plus relinquant, quàm vitrico, vel nouercæ, conſequenter legis ratio etiam hoc in caſu locum habet.

Huc accedat. Nã etſi filijs primi matrimonij integra legitimæ portio relinquatur, tamen locum habet d. l. hac edictali: nec illa ratio valet, q̃ parẽs plus filijs relinquere nõ teneatur: ergo & in propoſita ſpecie valere nõ debet.

Ad argumentum reſpondetur, etſi parens tali filiæ nõ teneatur plus relinquere, nihil tamen refert, quia neque vitrico & nouercæ relinquere tenetur, quamobrẽ ſi plus D reliquerit his, q̃ filijs, iniuſtè facit, & iniuriã infert ipſis filiis, merito lege vindicandam. Prima enim cauſa ſucceſſionis eſt liberorum, non mariti, vel uxoris, vt patet.

CAPVT LXIX.

Si plus donetur vitrico, vel nouercæ à parente, qui ad ſecundas tranſit nuptias, quam filijs primi matrimonij, ſitne illud inter ipſos ſolos diuidendum, an verò etiam vitrico & nouercæ pars debeatur.

NOn eſſe diuidendum inter ſolos filios primi matrimonij, ſed portionem virilem tribuendam eſſe vitrico quoque & nouercę, ſentit gl. in d. l. hac edictali, in verbo, diuidi, C. de ſecund. nupt. Salicet. ibi, in 2. quæſt. Bald. in conſ. 163. lib. 4. Caſtrenſ. in Authen. Præterea, C. vnde vir & vxor. Dec. in conſ. 246. Ioan. de A Anania, in conſ. 67. & alij à Gabrielio citati commu. concluſ. tit. de ſecundis nupt. concl. 4. nu. 57.

Fundamentum eſt, quia lex permittit, vt vitrico & nouercæ tantum relinquatur, quantum ipſis filijs primi matrimonij, vt patet ex d. l. hac edictali, & ex §. optimè, in Auth. de nuptiis. Vnde & conſequens eſt, talem diuiſionem non eſſe alienam à ſententia & mente ipſius legis, ſed potius illi conformem, vt ſaltem tantum habeat vitricus & nouerca, quantum filii.

Contrariam ſententiam amplexus eſt Stephanus Bertrandus in commentariis d. l. hac edictali, in verbo, ita tamen, nu. 15. & in verbo, ſi verò plus, nu. 18. Cran. conſil. 193. nu. 13. & alii à Gabrielio citati loco ſupra proximè annotato.

Fundamentum eſt in d. l. hac edictali, in illis verbis: *Si vero plus, quàm ſtatutum eſt, aliquid nouercæ, vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum fuerit, tanquam non ſcriptum, neque derelictum, vel donatum, aut datum ſit, ad* B *perſonas deferri liberorum, & inter eas diuidi iubemus.* Idem habetur in d. §. optimè, in Auth. de nuptiis.

Quibus verbis apertè indicatur, totum, quòd plus eſt, diuidendum eſſe inter filios primi matrimonii. Cur ergo etiam vitricum & nouercam adiungamus, eisq; partem adſcribamus, quos ipſa lex omittit?

Ad argumentum reſpõdetur; lex quidem hoc permittit, vt nihil plus relinquatur, nec abhorret, vt tantum habeant vitricus & nouerca, quãtum ad filios peruenerit; ſed tamen ſi plus nouercæ, aut vitrico detur, non minus diſertè ſtatuit, id omne ad filios (nulla ipſius vitrici ac nouercæ mentione habita) transferri.

Et ita deciſum eſt à Rota nouiſſimè, totum, quod aufertur, applicandum eſſe filiis, deciſ. 756. in 3. par.

CAPVT LXX.

Vtrum id, quod filij primi matrimonij auocant à nouerca, vel vitrico, imputare debeant in legitimam debitam ex bonis parentis.

SI liberis prioris matrimonij minus legitima portione ſit relictum à parentibus, ſupplementum eos petere poſſe certum eſt. Sed controuerſia eſt, ſi parentes plus relinquant vitrico, vel nouercæ (ſecundis quippe nuptiis cõtractis) quo in caſu illud plus auocare poſſunt, iuxta l. hac edictali, vtrum id, quod ita auocant, in legitimam eis debitam ſit imputandum.

Et quidem imputandum eſſe reſponderunt Alex. in conſil. 158. lib. 5. Anchar. in conſi. 101. Alc. ad l. in quartam, circa fin. ff. ad leg. Falcid. & alii ex antiquioribus, quos commemorat Gabr. commu. concl. tit. de ſecund. nupt. concl. 4. nu. 60.

Fundamentum eſt, quia in legitimam imputantur filio, quæcunque habet ex ſubſtantia patris, l. quoniam nouella, l. ſcimus, §. repletionem, C. de inoff. teſtam. Sed id, D quod auocatur, ex conſtitutione d. l. hac edictali, ex ſubſtãtia parentis deſcẽdit, ergo in legitimã imputari debet.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt gloſ. in §. optimè, in verbo, quippe, in Authen. de nuptiis. Crauetta alios plures commemorans in conſi. 194. & alii à Gabrielio citati loco annotato.

Fundamentum eſt in d. l. hac edictali, & in §. optimè, in Auth. de nuptiis, quibus in locis indicatur, vtrumque filios primi matrimonii poſſe obtinere, nempe, legitimã portionem, & præterea illud plus, quòd nouercæ & vitrico eſt relictum, vel donatum, illis verbis textus: *Ita tamen, vt quarta pars quæ eiſdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, niſi ex his cauſis, quæ de inofficioſo excludunt querelam.* Et rurſus illis: *Sin vero plus, quam ſtatutum eſt, aliquid nouercæ vel vitrico relictum, vel donatum aut datum fuerit, ad perſonas deferri liberorum, & inter eas diuidi iubemus.*

His poſtremis verbis continetur auocatio, cũ plus relictum

lictum

lictum eſt vitrico, vel nouercę. Prioribus autem verbis neceſſitas illa deſignatur, legitimæ portionis relinquendæ, ex quo efficitur vtrunque poſſe filios obtinere, & portionem legitimam, (neque enim auferri eis abſque cauſa pôt) & illud plus, quod relictum eſt vitrico vel nouercæ.

Confirmatur hac ratione: Nam diuerſo iure hæc debentur filiis prioris matrimonij, legitima quidem, cum ſint filij, quod autem auocatum à vitrico, vel nouerca, illud habent filij ex lege ita diſponente propter trãſitum parentis ad ſecundas nuptias.

Et hæc ſententia uidetur mihi veriſſima; etenim ea non imputantur in legitimam, quę licet ea ſubſtantia patris procedant, aduentitio tamen quodam iure acquiruntur, veluti ex iure accreſcendi, ex ſubſtitutione, & ſimilibus, vt in l. ſcimus, §. repletionem, C. de inoff. teſta. Hoc autem lucrum aduenire filijs videtur extrinſecus, nempe ex eo, quod parens ad ſecundas nuptias tranſierit, & vitrico, vel nouercæ plus reliquerit, neque enim directe illud ex parente habent, immo verò contra parentis voluntatem, vt patet.

Vnde, non obſtat id, quod dicitur; In legitimam imputari, quę ex patris ſubſtantia proueniunt, quia ita debet intelligi, ſi parens ea relinquat, det, vel donet, vt pater in dote, donatione propter nuptias, & ſimilibus, de quibus loquitur textus in l. quoniam nouella, ſecus vero, ſi aliunde, quam ex patris volũtate habeat filius, nempe, ex lege ita diſponente aduerſus patris volũtatem, tunc enim habet illud filius à lege potius, quam a parente, & ſic aduentitium magis eſt, quam profectitium. Vnde, non imputatur, vt in d. §. repletionem, ibi: *Non ſi quid ex aliis cauſis filius lucratus eſt, vel ex ſubſtitutione, vel ex iure accreſcendi, vt puta vſus fructus. Humanitatis enim gratia ſancimus, ea quidem oĩa quaſi aduentitio iure eum lucrari, &c.*

CAPVT LXXI.

Dos à patre profecta, vtrum ad patrem reuerti debeat matrimonio filia; liberis ſuperſtitibus.

CElebris & ſæpe agitata quæſtio eſt, non ſolum apud veteres & recentiores interpretes, ad l. dos à patre profecta, C. ſol. matr. verum etiam apud doctores paſſim conſulentes.

Eorum catalogum hic adſcribendum nõ putauimus, quoniam eo nos, atque alios labore leuauit, Antonius Teſſaurus deciſ. Pedem. 190. Omiſit tamen, niſi fallor, Anton. Fabr. lib. 1. coniectur. iuris, c. 16.

Ego (quod à nemine factitatum hactenus ſcio) argumenta vtriuſque ſententiæ fideliter & accurate referam, tum quid ipſe ſentiam, breuiter explanabo.

Qui igitur exiſtimant dotem ad patrem redire filia in matrimonio defuncta, ſuperſtitibus liberis, tribus potiſſimum argumentis in hanc ſententiam adducuntur.

Primum ex l. iure ſuccurſum, ff. de iure dotium. *Iure ſuccurſum eſt patri* (ait textus) *vt filia amiſſa, ſolatij loco cederet, ſi redderetur ei dos ab eo profecta, ne & filia amiſſa, & pecuniæ damnum ſentiret.* Sunt & aliæ decem leges, quæ idem dicunt, & citantur à gloſ. in d. l. dos à patre, quæ quidem leges cum ſimpliciter loquantur, nec diſtinguant, vtrum liberi adſint, nec ne, ſimpliciter etiam intelligendæ ſunt; præſertim, quia ſi nulli extent liberi, nulla eſt ratio dubitandi, quin ad patrem dos reuertatur; certum enim eſt, patrem in ſucceſſione filiæ omnibus eſſe pręferendum, præcipue marito ipſius filiæ, quare vt aliqua ſit ratio dubitandi, ſic videntur generaliter accipiendæ, vt dictum eſt, ſcilicet etiam liberis extantibus.

Alterum argumẽtum eſt ex eo, quod Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium, tit. de dotibus ſcribit, mortua in matrimonio filia, dotem reuerti ad patrẽ, ſeruatis tamen penes maritum in ſingulos liberos quintis. Hæc vero quintarum retẽtio, propter liberos ſublata eſt à Iuſtiniano, in l. vnica, §. ſileat. C. de rei vxor. act. Ex quo efficitur iam nouo iure libere dotem ad patrem reuerti, etiam fi-

A liis exiſtentibus.

Tertium, quia dotis actio cõis eſt patri & filiæ, l. 2. §. quod ſi in patris, ff. ſol. matr. ergo mortua filia conſolidatur in patrem, vt notat Bar. & alii in d. §. quod ſi in patris.

At eorum, quibus contra videtur; dotem apud maritum & liberos remanere debere, nec patri reſtituẽdam, argumenta hæc ſunt.

Primum ex l. vlt. §. 1. ff. vt legator. nomi. caueat. Verba textus ſunt iſta: *Idem quæſiit teſtatricem apud maritum ſuum, ex quo filium reliquerat, res depoſuiſſe non exacta cautione depoſitionis, an eæ res patri heredi reſtitui debeant? an vero, quoniam emolumentum totius hæreditatis ad filiũ defunctæ reuerti deberet, apud maritum remaneret, apud quẽ dos remanſiſſet. Reſpondit, quod mulieris manſiſſet, nec in dote fuiſſet, reſtituendum eſſe heredi.* Illa verba textus. *Apud quem dos remanſiſſet*, manifeſte probant, dotem apud maritum remanſuram liberis extantibus. & verba illa: *Nec in dote fuiſſet*, indicant dotẽ patri non eſſe reſtituendam.

B Secundum eſt ex l. illam, C. de collatio. quatenus ibi nepotibus neceſſitas imponitur conferendi dotem, cum ſuccedunt auo, qui poſt filiam deceſſit. Nam ſi ad auum (patrem ſcilicet matris eorum) dos reuerteretur non eſſet in ea ſpecie de collatione tractãdum inter ipſos nepotes, quia dos apud eos non eſſet, ſed apud auum.

Tertium eſt ex l. poſt dotem, ff. ſol. matr. vbi Papinianus ſcribit, patrem qui ſine voluntate filiæ (ita enim reſtituẽdum eſſe locum illum recte ſenſit Cuiacius lib. 4. obſeru. c. 21.) ſtipulatus eſt, diuortio facto dotẽ dari, ſi poſt impletam ſtipulationis cõditionem filia moriatur, poſſe quidem ex ſtipulatu agere, ſed non aliter, quam ſi filia ſine liberis deceſſerit.

Quartum argumẽtum eſt ex l. ſi filiusfa. ff. ad Maced. vbi dicitur, mortua in matrimonio puella, patri repetitionem dotis dari. Puellam enim interpretari debemus illam, quæ nullos liberos ſuſcepit, ex l. vxorem, §. teſtamento, de leg. 3.

C Poſtremum eſt ab æquitate. Nam cum dos ſit propriũ ipſius filię patrimonium, vt in l. 3. §. ſed vtrũ, ff. de minorib. æquum eſſe videtur, vt in ea ſuccedant liberi ipſius.

Rurſus cum dos marito detur pro oneribus matrimonij, l. pro oneribus, C. de iure dot. ęquum eſt, vt liberis exiſtentibus, in quibus educandis onus eſt maximum, dos apud virum remaneat.

Denique, cum ob matris mortẽ maximus ſit dolor filiorum, vt etiam ad eoſdem ſucceſſionis emolumentum perueniat, æquitatis & rationis eſt. Idque erit ea voluntate filiæ, quæ liberos ſuos magis, quam patrem dilexit, vt liberis, quam patri dos reſtituatur.

Ego hac in re ſic ſtatuo: ſi agatur de filia in poteſtate patris exiſtente, priorem ſententiam nõ ſolum eſſe probabiliorem, ſed etiam certiſſimam; ſi vero agatur de filia emancipata, poſteriorem eſſe veriſſimam.

Ratio mea eſt: quia in bonis profectitiis, ſicut eſt dos à patre profecta, filius in poteſtate exiſtens nõ habet hæ-

D redem, nec quidem filium, quoniam illa patri pleno iure acquiruntur, cum nihil ſit immutatum à Iuſtiniano in profectitiis. textus in §. 1. in Auth. de hęred. ab inteſtato. ibi: *Licet enim defunctus ſub alterius poteſtate fuerit, tamẽ eius filij, cuiuslibet ſexus ſint, aut gradus, etiam ipſis parentibus præponi præcipimus. quorum ſub poteſtate fuerit qui defunctus eſt, in illis videlicet rebus, quæ ſecundum noſtras alias leges patribus non acquiruntur. Nam in vſu harum rerum quæ debent acquiri, aut ſeruari, noſtras de his omnibus leges parentibus cuſtodimus.*

Si ergo in his bonis profectitiis, quia patri acquiruntur, hæredes non habet filiusfamilias, etiam filios ſuos, ſequitur dicendum dotem profectitiam ad patrem perire filia defuncta, non autem ad liberos, vel maritum, neque enim maritus hæres eſſe poteſt, vt nec filii ipſi, ſed pater bona profecta occupat iure profectitii peculii.

Quod ſi de filia emancipata ſit quæſtio, hęc omnia ceſſant, quia pro matrefamilias habetur, & de bonis q̃buſ-

eun-

CAPVT LXXIII.

Donatio inter patrem & filium, & inter virum, & vxorem, vtrum ita donatoris morte confirmetur, vt rei donatæ dominium, & fructus ad donatarium pertineant ex eo die, quo donatio facta eſt.

ACcurſius in l. donationes quas parentes, C. de donatio inter virum & vxor. ſic ſtatuit de quæſtione: donationem ex die, quo celebrata eſt valere quantum ad hunc effectum, vt donatarius fructus rei donatæ conſequatur, non autem dominium rei donatæ.

Idem reſpondit Caſtrenſis, in l. talia ſcriptura, de leg. 1. vbi Alex. teſtatur hanc eſſe communem ſententiam.

Idem docet Bart. ad l. ſi is qui pro emptore, nu. 5. ff. de vſucap. Conat. in rub de teſtam. in 3. par. nu. 3. Clarus, in §. donatio, q. 6. Ant. Gomeſius Variar. reſol. tomo. 2. c. 3. tit. de donatione, nu. 23.

Huius ſententiæ argumenta quatuor ſunt potiſſimũ. Primum quia retrotractio non habet locum, niſi extremum ad quod ſit habile, vt declarat Bar. in d. l. ſi is qui pro emptore, ſed extremum ad quod habile non eſt in propoſita quæſtione, quia illud extremum eſt tempus factæ donationis: Eſt autem tale tempus inhabile, quia tunc filius eſt in poteſtate, & matrimonium conſtat, ergo retrotrahi donatio nequit.

Secundum argumentum eſt ex l. 2. C. de inoff. donat. vbi lex loquens de donatione patris inofficioſa in vnum ex filijs collata, dicit mortuo patre familiæ herciſcundæ iudicium locum habere inter filios. Iudicium autem familiæ herciſcundæ locum non habet, niſi ſuper rebus hęreditarijs, l. 1. & 2. ff. famil. hercis. ergo illa lex ſignificat res a patre donatas filio remanere in bonis patris defuncti, & ſic in hæreditate. Si ſic eſt, igitur earum rerum dominium filius non eſt conſecutus ex eo die, quo facta eſt donatio.

Tertium eſt ex l. in donationibus, C. ad l. Falcid. vbi textus dicit, In donationibus inter virum, & uxorem legem Falcidiam locum habere, quia fideicommiſſi partibus funguntur. Ergo dominium rerum in donatarium non transfertur, niſi ex die mortis donantis, quaſi videlicet ex fideicommiſſo. Neque enim lex Falcidia locum habet in bonis aliter quæſitis, quam per vltimam voluntatem, l. in ratione, 2. vlt. ff. ad l. Falcid.

Quartum argumentum eſt ex l. 1. §. ſi pater, ff. pro donato. Ait textus: *Si pater filio, quem in poteſtate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet uſu, quoniam nulla donatio fuit.* Ex hac lege ſic argumentari licet. Si donatio patris eius morte confirmatur, & ad tempus, quo facta eſt, refertur, ita vt ex eo tempore filius dominium conſequatur, cur non ibi vſucapiendi facultatem ex eo die, quo donatio, rei alienæ facta fuit, habebit?

Cæterum, contrariam ſententiam habuerunt gloſſ. in l. ſequens quæſtio de leg. 2. in l. ſi ſub conditione, ff. de ſolutio. Aretin. in d. l. talis ſcriptura, de leg. 1. Imola, Angelus, Iaſon. & Crotus in d. l. ſi is, qui pro emptore, & ibidem Ruynus, & Sebaſtianus Maſſa. Iſti omnes docent rei donatæ dominium acquiri ex die, quo donatio facta eſt & conſequenter etiam fructus ex eo tempore ad donatarium pertinere.

Et in hanc ſententiam ipſe quoque deſcendo, authoritate d. l. donationes quas parentes, in illis uerbis: *Si uero uel non amplior ſit donatio, uel cum amplior eſſet, in actis inſinuata ſit, tunc & ſilentium donatoris uel donatricis, & ſpecialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conſcripta ſit, ſicut & alias ratihabitiones negotiorum geſtorum ad illa reduci tempora oportet, in quib. contracta ſunt.*

Illa verba poſſunt vrgeri dupliciter, Primum: quia ſimpliciter & abſolutè diſponunt donationem referri ad illud tempus, quo conſcripta eſt. Hic eſt autem effectus donationis, vt dominium rei donatæ transferatur in donatarium, quia donatio eſt doni datio, l. Senatus, §. dona-

A tio, ff. de donat. Et qui dominium habet, fructus etiam conſequitur, l. & ex diuerſo, §. ubi autem, ff. de rei vend. l. 1 & 2. C. de pignor. act.

Secundo vrgeri poſſunt, quia textus utitur exemplo ratihabitionis. Conſtat autẽ ratihabitiones ita retrotrahi, vt dominium retro fingatur acquiſitum, l. ſi hac mente, 25. ff. de neg. geſtis.

Ad primum argumentum reſpondeo, extremum ad quod, nõ eſſe prorſus inhabile, quia donatio valet à principio iure naturali inſpecto, licet ſecus iure ciuili.

Ad ſecundum reſpondeo, textũ in d. l. 2. C. de inof. donat. non abſolute hoc dicere, locum eſſe iudicio familiæ herciſcũdæ mortuo patre, qui donauit, quia ſi res donatæ videãtur in hæreditate patris remanere; Sed textus dicit *Arbitri familiæ herciſcundæ officio congruere, ut alteri filio debitum legitimæ portionem, incolumem ſeruet*, quia donatio erat inofficioſa, & ideo eatenus etiam reſcindenda.

Ad tertium, ex l. in donationibus, C. ad l. Falcid. ita re-
B ſpondeo. Lex Falcidia locum habet in donationibus inter virum, & vxorem, quia vicem obtinet fideicommiſſi, quia videlicet fidei committitur hęredis, vt rem donatam tradat donatario. Sed hoc non facit quò minus donatio referri debeat ad tempus, quo conſcripta eſt, neque enim talis fictio Falcidiam impedire poteſt.

Ad poſtremum reſpondeo, donationem patris donantis morte confirmari, & retrotrahi, vbi pater rem propriam donat, ſecus ſi rem alienam; tunc enim agitur de alterius nempe domini rei præiudicio, ideo æquitas ceſſare dicitur, ac proinde fictio ſeu retrotractio ceſſat, l. ſciendum, & ſeq. ff. ex quibus cauſis maior.

Cum igitur in ſpecie, de qua loquitur Iuriſconſultus in d. l. 1. §. ſi pater, ff. pro donato, agatur de re aliena donata vſucapienda in præiudicium domini, merito ceſſat fictio, ceſſat enim æquitas, nec donatio quo ad vſucapiendi conditionem, retrotrahitur, ſeu refertur ad tempus, quo conſcripta eſt, ne domino rei prę iudiciũ inferatur.

C

CAPVT LXXIV.

Donatio remuneratoria inter patrem, & filium utrum ualeat.

COmmunis eſt ſententia donationem, quam vocant remuneratoriam, inter patrem, & filium valere, Decius & Alexander in l. ſi donatione, C. de colla. Clarus, §. donatio, q. 8. Tiraquel. ad l. ſi unquam, in verbo donatione largitur, nu. 20. C. de reuoc. donat. And Geyll. li. 2. Pract. Obſeru. c. 38.

Fundamentum eſt; quia cur donatio ſimplex regulariter non valeat, illa eſt cãuſa, quòd rei donatæ dominium ad patrem reuertitur. Omnia enim à patre profecta illi acquiruntur ſecundum leges veteres, quæ correctæ non ſunt, in l. cum oportet, C. de bonis quæ lib.

Hęc ratio ceſſat, quando filius eam donationem pro-
D pter beneficia in parentem collata, eſt promeritus; Videtur enim eo caſu, non tam ex ſubſtantia patris, quam ex propria induſtria rem donatam adeptus.

Cęterum aduerſus hanc ſententiam duo pugnare uidentur argumenta. Alterum, quia non videtur fieri poſſe, ut filius ita gerat erga patrem, vt eum beneficio collato ad remunerandum obliget. Scribit enim Ariſtoteles, lib. 9. Ethicor. c. 1. dijs atque parentibus parem gratiam rependi non poſſe.

Alterum argumentum ſumi poteſt ex l. tutor, §. quæ tutoribus, ff. de accuſatione tutor. in illis uerbis: *Cum medicum patris, ut filius, non tutor, promeruit.*

Primum argumentum effecit, ut Lancellotus Politus, politiſſimæ uir literaturæ, Tiraquello teſte loco iam citato, de communi ſententia dubitauerit, & poſt eum D. Menochius de præſumpt. lib. 3. c. 29. nu. 4. qui plura in eam ſententiam teſtimonia affert.

Alterum verò, vt ab ea receſſerint Bald. in Auth. Ex teſta-

Sed hæc ſententia valde infirmo nititur fundamēto, illo uidelicet, quod cum pater filio donanti conſenſum præſtat, videatur illum emancipare, quo ad talem actum donationis, argum. l. ſi permittente, C. ad Macedon.

Hoc inquam fundamentum infirmum eſt; quia ſi cōſiſteret, multo magis haberet locum, vbi pater ipſe filio in poteſtate donaret, vt ſcilicet eum emancipare uideretur, quo ad illum actū, vt eſſet donationis capax, aut certe nulla eſt diuerſitatis ratio inter hunc poſteriorem & priorem caſum. Quare meritiſſimo iure Oldradi ſententiam repudiarunt Aret. ad l. placet, ff. de acq. hæred. Iaſ. in l. frater à fratre, nu. 44. ff. de cond. indeb. in t. lect. quibus me ſocium libenter adſcribo.

Porro nihil mouet quod habetur in d. l. ſi permittēte, quia non hoc dicit ibi lex, filium emancipari poſſe, aut emancipatum uideri in ea ſpecie, quo ad vnum actū, ſed agitur ibi de pecunia filiofamilias mutuata cum conſenſu patris, & reſpondetur ceſſare tunc Senatuſc. Macedoniani poteſtatem; & recte, quia uidetur creditor ſecutus fidem patrisfamil. & propter paternum conſenſum mutuaſſe filio, quo in caſu & rationē omnem Senatuſconſulti plane ceſſare in dubio eſt.

CAPVT LXXIX.

Si pater filio in poteſtate donet bona pro ſua legitima, vtrum ſtatim donatio valeat, an vero ſit expectanda mors patris vt ex ea donatio confirmetur. Et quid ſi ſtudiorum gratia filio donauerit.

SI pater filio ſuo in poteſtate conſtituto pro legitima portione aliquid donauerit, valere ſtatim donationē Angelus docuit, in l. ſi nō mortis, ff. de inoff. teſtam. cuius ſententia confirmari poteſt ex d. l. ſi non mortis, & ex l. ſi quando, §. & generaliter, C. eod. tit. & præterea hoc argumento, quod cum pater filio legitimā relinquere teneatur, ſi aliquid in eā cauſam ipſi donauerit, videatur potius debitum ante diem ſoluere, quam donare, & ideo donatio valeat: nam etſi prohibita ſit inter virum & vxorem donatio, non tamē alter alteri, quod in diem debet, ſtatim ſoluere ac præſtare prohibetur, quamuis cō modum temporis reiēta pecunia ſentire potuerit, vt ait Iuriſc. in l. ſed ſi vir, §. quod vir vxori, ff. de donatio. inter vir. & vxorem.

Sed contrarium reſpondit Aret. in conſ. 17. & in l. placet, ff. de acq. hæred. & alii à Petro Duena citati, regula 213. ſequitur D. Menoc. de præſumpt. li. 3. c. 29. nu. 109.

Iaſ. autem diſtinguit in l. frater à fratre, num. 44. ff. de condict. indeb. vt ſcilicet donatio quidem valeat, ſed tamen reuocari poſſit.

Sed Aretini ſententia mihi magis probatur. Primo moueor ex regula generali, quæ ſtatuit donationem inter patrem & filium non valere.

Deinde authoritate l. cum de bonis, C. de donat. *Cum de bonis tuis* (inquit tex) *partem quidem penes te retinuiſſe partem vero in eum, quem in poteſtate habes, donationis titulo contuliſſe commemores, non eſt incerti iuris, in eum, qui in ſacris familiæ tuæ remanet, deſtinationem magis paternæ voluntatis factam, quam perfectam donationem peruenisſe.*

Hic Imperator loquitur de patre donāte filio in poteſtate bonorum ſuorum partem, & reſpondit non ualere donationē. Si donatio valeret pro legitima, debuiſſet id explicare, alioqui minus ſufficienter reſpondiſſet.

Huc accedat quod Vlpianus ſcribit in l. ſi filia, §. ſi pater, ff. fam. herciſc. Papinianum ſcilicet reſpondiſſe, cum pater inter filios bona ſua diuiſit, non uideri donationē illam, ſed potius ſupremi iudicii diuiſionem. Et tamē ualere deberet ſaltem quoad legitimam filiis debitam, quaſi videretur eam ante tempus aſſignare.

Nec contrarium probant leges allegatæ in argumento contrariæ opinionis. Id enim tantum volunt, filium

A agere de inofficioſo teſtamento non poſſe, cui pater viuens debitam portionem donauerit. Recte: quia portionem illam debitā iam habet ex bonis donatis. Sed utrū ſtatim illa donatio valeat, ipſo patre uiuente, vt regulariter donatio valet, extra perſonas prohibitas, non habetur in dictis legibus.

Quòd vero dicebatur, patrem uideri ante tempus ſoluere, & ideo valere donationem, ſicut cum uxori ſoluitur ante diem, nihil obſtat, quia non eſt certum legitimā filio deberi: Nam vt ipſe ante patrem moriatur, accidere poteſt. Lex autem loquens de coniugibus ante diem ſoluentibus, de certo debito loquitur, nō de incerto, vt hic.

Quod uero attinet ad donationem ſtudiorum cauſa factam, illam valere communis eſt ſententia. Vide Iaſonem ad l. 1. num. 23. ff. ſolu. matrim. Clarum, in §. donatio, quæſtio. 8.

Sed quoniam vix firmum habet aliquod fundamentū ab ea multi diſſentiunt, vt videre eſt ex allegatis.

B Ego vero ſtudioſorum cauſam maxime adiuuari puto ex l. 3. §. ſed ſi in Caſtra, ff de donat. inter vir. & vxor. *Si mater filio, qui in patris poteſtate eſt, donet* (inquit tex.) *donatio non valet, quia patri quæritur, ſed ſi in caſtra eunti filio dedit, videtur valere, quia filio quæritur & eſt Caſtrenſis peculii.* Ergo & id quod filio ſtudiorum cauſa donatur, videtur eſſe quaſi Caſtrenſe peculium, ſi armata militia togatæ comparetur, l. Aduocati, C. de aduoc. diuerſ. iudic. conſequenter patri non quæritur, & valet donatio.

CAPVT LXXX.

Vtrum donatio inter virum & vxorem remuneratoria, vt vocant, iure conſiſtat.

SI uir ſenex vxorem ducat ætate florentem, & remunerationis ergo, donet ei quidquam, eam donationem iure ſubſiſtere, & efficacem eſſe ſtatim, vt aliæ
C donationes valent inter viuos, communis eſt ſententia. Vide Bart. in l. x. C. de dotis promiſſ. Bald. Nouellum, de dote, in 10. par. nu. 8. & ſeq. Clarum, in §. donatio, q. 9. Couar. in utu. de ſponſalib. in 2. par. c. 3. §. 3. nu. x.

Fundamentum vero poſitum eſt in l. quod autem, §. ſi uir, ff. de donat. inter uir. & uxor.

Sed contrarium reſponderunt Crau. in conſi. 51. & Pinellus ad l. 1. in 3. parte C. de bonis mater. quibus & ipſe me lubens ſocium adiungo, eo argumento adductus, quod multi iure noſtro caſus ſpeciales exprimantur, quibus donatio inter uirum & uxorem conſiſtit, & tamen hic, de quo agitur, eorum numero non recenſetur, ut ueriſimile ſit eum nec iure enumerandum eſſe.

Nec ſane immerito, ſic enim fieret remunerationis huiuſmodi prætextu, ut ſæpe eluderentur leges tales donationes prohibentes, ne mutuo ſe coniuges amore ſpolient, ne matrimonia ſint uenalia, ne liberorum curam deſerant, ut in l. 1. 2. & 3. ff. de don. inter uir. & uxor.

D Nec quicquam obſtat tex. in d. §. ſi uir, quia loquitur de reciproca donatione, non autem de remuneratoria iſta, de qua agimus. Ceſſat enim omnis prohibitionis ratio, ubi hinc inde tantum accipitur, quantum donatur.

Verba tex. dicti §. hæc ſunt: *Si vir & vxor quina ſibi inuicem donauerint, & maritus ſeruauerit, vxor conſumpſerit, recte placuit, compenſationem fieri donationum, & hoc diuus Adrianus conſtituit.*

Porrò (ut obiter id etiam dicam) dictorum uerborum ſenſus elicitur ex l. cum hic ſtatus, §. quod ait oratio, ff. eo. ti. ubi Vlp. *Quod ait oratio conſumpſiſſe, ſic accipere debemus, ne is, qui donationem accepit, locupletior factus ſit. Cæterum, ſi factus ſit, orationis beneficium locum habebit. Sed etſi non ſit factus locupletior, dederit tamen tantam quātitatem, eaq; extet, dicendum eſt. ſi is deceſſerit, qui factus eſt locupletior, poſſe repetere id, quod dedit. nec compenſare id, quod conſumpſit. Quamuis diuortio ſecuto hæc compenſatio locum habeat.*

Verba

Verba obſcutiora eſſe uidētur, ſed rectè declatat Cranet. in d. conſi. 51. Si vir vxori donet, & illa tantundem viro, amboque res donatas retineant, & non conſumant, donatio valet, quia uterque factus eſt locupletior. Hic eſt ſenſus illorum uerborum. *Si factus ſit locupletior, orationis beneficium locum habebit*. Si uero alter donatas res conſumat, tunc ſi matrimonium diuortio fuerit ſolutū, retractari donatio nequit. Hoc vult textus illis uerbis. *Quamuis diuortio facto, hac compenſatio locum habeat*. Si uero morte diſſoluatur matrimonium, tunc illa diſtinctio adhibetur, vt ſi præmoriatur is, qui conſumpſit, donatio ualeat, tanquam eius morte confirmata, nec retractari ab hærede poſſit. Si uero præmoriatur is, qui locupletior effectus eſt, hoc eſt, qui non conſumpſit, ſed retinuit res donatas, tunc donatio non valeat, quia morte confirmata non eſt, morte inquam illius, qui cōſumpſit, ideoque reuocari poteſt.

B Hæc eſt ſententia illorum verborum: *Sed ſi non ſit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, eaq; extet, dicendum eſt ſi deceſſerit, qui factus eſt locupletior, poſſe repetere id, quod dedit, nec compenſare id, quod conſumpſit*, &c.

CAPVT LXXXI.

Vtrum donatio inter coniuges iureiurando confirmetur.

TRiplex eſt Doctorum ſententia. Alij .n. docent confirmari. ita Bart. in l. Seius & Augerius, ff. de ver. oblig. Soc. ſen. in conſ. 77. li. 1. & alij quampluriml apud Gabr. commun. concl. tit. de donationib. concl. 3. Clarum, §. donatio, q. 9. Andr. Geyll, lib. 2. c. 11.

Alij negāt valere ſeu confirmari iureiurando, ita Barto. in l. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor. Socin. ſen. ad l. 1. ff. ſol. matr. & in conſ. 66. lib. 1. & alij a Gabr. commemorati loco annotato.

C Alij denique reſponderunt, donationem quidem iuramento firmari, ſed tamen efficacem non eſſe, niſi donator prædecedat. Præmoriente vero donatario, nullā habere iuris firmitatem.

Celebre hoc eſt illud Decij reſponſum, in conſil. 240. & 536. quod latè Crau. impugnauit in conſi. 102. Rol. in conſi. 77. lib. 1. Sed latè defenditur a D. Menoch. in conſ. 84. libr. 1. ego breuiter iſtarum opinionum fundamenta referām, tum quid mihi videatur, paucis declarabo.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in Iuris Canonici regula, quæ habet: contractus & cæteras pactiones iure ciuili infirmas & inefficaces, iuramento accedente, confirmari, & robur accipere, quia iuramentum eſt ſeruandum, ſi abſque ſalutis æternæ diſpendio ſeruari poſſit, nec in alterius vergat detrimentum, ut in c. ſi vero, & in c. cum contingat, de iureiur. & in cap. quamuis de pactis lib. 6.

D Fundamentum autem negantis ſententiæ illud eſt: Quòd iure prohibita ſit ea donatio, vt in toto ti. ff. de donat. inter uir. & vxor. & in c. donatio, eo. tit. Idq; iuſtiſſimis ob cauſas, ne ſcilicet coniuges mutuo ſe amore inuicem exhauriant, ne liberorum curam deſerant, & ne matrimonia ſint uenalia. Quare contra bonos mores uidetur eſſe talis donatio. Iuramentum vero contra bonos mores præſtitum non obligat, c. non eſt obligatorium, de reg. iur. lib. 6.

Tertiæ opinionis fundamentum eſt: quia iuramentū ſequitur naturam actus, cui adijciatur l. ult. C. de non numer. pec. Hęc autem eſt donationis huius natura, ut morte donantis confirmetur, l. cum hic ſtatus, ff. eo. ti. l. a marito, C. eo. ti. Neque enim ea uidetur mens donantis fuiſſe, vt hæredi ac ſucceſſori daret. Quare nec iuramentum quicquam valet contra ipſius mentem iurantis, vt declarat Iaſ. ad l. iciendum, nu. 33. ff. de verb. oblig.

Poſtremæ denique ſententiæ fundamentum eſt illud A præcipuum; quod iuramentum reddat ipſam donationē ualidam & efficacem, ex cauſis iā allatis, ac proinde cum donatio ſtatim efficax ſit, ad hæredem donatarij transmittatur cum cætera hæreditate, l. hæreditas, ff. de verborum ſignific.

Hæc poſtrema ſententia uidetur mihi omnibus alijs probabilior. Mouet me iuramēti poteſtas & religio, quæ hoc facit, vt cæteræ pactiones alioqui iure ciuili improbatæ, conualeſcant, ne ſcilicet contingat periurijs viam aperiri, vt inquit S. Pont. in d. cum cōtingat, de iureiur.

Nec rectè dicitur eam donationē eſſe cōtra bonos mores: quia moribus receptum eſt, ne ualeat donatio, vt inquit Vlp. in l. 1. ff. de donat. inter uir. & vxor. non autem dicit bonis moribus repugnare, vt & Soc. iun. adnotauit, in conſ. 44. nu. 34. lib. 2.

Quod uero dicitur iuramentum ſequi ſolere naturam actus, cui interponitur, minimè locum habet in his, quæ pertinent ad actus efficaciam & confirmationem. Nam B actum ſtatim corroborat, & efficacem reddit, ut optimè deducit Iaſ. in l. ſi cōuenerit, nu. 8. ff. de iuriſd. omn. iud. etiam patet ex locis ſupra commemoratis.

Denique non obſtat id, quod ſubiungitur, iuramentū non operari contra iurantis intentionem. Nam hic non repugnat iurantis intentio. Nam ſi eum, cui donauit, rē donatam habere uoluit, atque ita iurauit: uidetur etiam in conſequentiam uoluiſſe, vt donatario defuncto, res tranſiret ad eius hæredem, ſicut alia tranſeunt. Alioqui ſi ualeat hoc argumentum, nulla ad hęredem donatio tranſmitti poterit, quod abſurdum eſt.

CAPVT LXXXII.

Vtrum donatio reciproca, uel remuneratoria, uel ob cauſam, excedens ſummam quingentorum aureorum, inſinuationem requirat.

C COmmunis eſt ſnīa reciprocam donationem & remuneratoriam, vt vocāt: item donationem ob cauſam, inſinuationem nō requirere, licet quingentorum aureorum ſummam excedat. Vide Tiraq. ad l. ſi vnquam, in uerbo, donatione largitus, nu. 127. & nu. 143. & Gabr. commun. concl. ti. de donationibus, concl. 1.

Eius vero fundamentum eſt in l. 1. & in l. hoc iure utimur, §. vlt. ff. de donat. in l. Aquilius, ff. eo. ti. & in l. ſed et ſi lege, §. conſuluit, ff. de petit. hæred.

Cæterum, quod ad reciprocam attinet, Homodeus diſſentit in conſ. 181. quantum vero ad donationem remuneratoriam, Pinellus in commentarius l. 1. C. de bonis maternis, in 3. parte.

Fundamentum eius eſt, quia donari dicitur, quod nullo iure cogente datur, l. donari, ff. de reg. iur. licet naturali quadam iuſtitia is, qui donat, teneatur ad antidora, ut no. gloſſ. in d. l. donari. immo vero plerunque donantur res amicis, qui aliquod beneficium contulerunt. Quare D ſi remuneratoriæ donationis inſinuationem legibus ſubiectæ non ſint, vix vlla erit donatio, quæ opus habeat inſinuatione.

Ad d. l. Aquilius, reſpondet illam loqui de remuneratione Magiſtri, cui merces debebatur, ut patet ex illis verbis: *Dixi poſſe defendi, non meram donationem eſſe, verum officiū Magiſtri, quadam mercede remuneratū regulum*.

Ad d. l. ſed et ſi lege, §. conſuluit, reſpondet, contrariū potius probare, nempe donationem verè dici, quæ remunerationis gratia fit, ex illis verbis quibus dicitur: *Locupletiorem eum dici, cui remunerationis gratia donatum eſt*.

Ego ſic ſtatuo, donationē remuneratoriā, & alias ſuperius expreſſas, propriè donationes non eſſe, ſicut & cōis ſententia docet, ſed tamen eas inſinuationem exigere.

Priorem aſſertionem probo ex l. 1. ff. de donat. ubi tex. *Donationes complures ſunt. Dat aliquis ea mente, vt ſtatim velit accipientis fieri, & propter nullam aliam cauſam facit quam ut liberalitatem & munificentiam exerceat. Hæc pro*

prie

prie donatio appellatur. Dat aliquis vt tum demum accipientis fiat. cum aliquid ſecutum fuerit, ea non proprie donatio appellabuntur.

Secundo ex l. hoc iure, §. vlt. ff. eo. ti. *Sed & hæ ſtipulationes* (inquit text.) *quæ ob cauſam fiunt, non habent donationem.*

Tertio ex eadem l. in §. Labeo. *Labeo ait. Extra cauſam donationem eſſe talium officiorum mercedem, vt puta, ſi tibi affuero, ſi ſatis pro te dedero, ſi qualibet in re opera, vel gratia mea vſus fueris.*

Poſtremò (quod ad reciprocam donationem attinet) illud eſt manifeſtum, propriè donationem non eſſe, quia non fit exercendæ liberalitatis gratia, vt in l. 1. ff. de donatio. Quare videtur potius eſſe genus quoddam permutationis, l. ſed et ſi lege, §. conſuluit, ff. de petitio. hæred.

Secundam verò aſſertionē probo authoritate l. Sancimus, C. de donat. *Sancimus*, inquit, *omnem donationem ſine commanem, ſiue ante nuptias factam, vſque ad trecentos ſolidos cumulatam, non indigere monumentis, ſed communem formam habere*, &c. *Si quid autem ſupra legitimam definitionem fuerit donatum, & hoc quod ſuperfluum eſt, tantummodo non valere*, &c.

Hic Imperator docet omnem donationem ſupra ſummam definitam, inſinuationem requirere (ſumma porrò ad quingentos aureos extenditur ex l. pen. C. eo. tit.) Qui dicit, omne, nihil excludit, l. Iulianus, de leg. 3. ergo omnis donatio ſub hac lege continetur. Sed reciproca donatio, & ob cauſam, & remuneratoria dicuntur eſſe donationes, l. quod autem, §. ſi uir, ff. de dona. inter vir. & vxo. l. 1. l. affectionis, ff. de donat. Igitur & hæ donationes indigent inſinuatione.

Secundò aſſertionem probo ex ratione legis: Etenim ad euitandas fraudes, requiritur inſinuatio, l. lata, C. de donat. & declarat optimè Connanus, lib. 5. comment. iuris, c. 9. Fraudes autem excogitari & adhiberi poſſunt ē in ijs donationibus, de quibus agitur, vt patet, ergo requirunt & hæ donationes inſinuationem.

Ex his patet reſponſio ad argumenta communis ſententiæ, nihil enim aliud probant, quàm donationes huiuſmodi non propriè donationes eſſe. Quod & ipſe fateor, ſed quia ſaltem impropriè donationes ſunt, aſſero inſinuatione eas indigere, quia omnis donatio excedens ſummam, &c. inſinuationem exigit, vt dixi.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum donatio ſummam excedens quingentorum aureorum, iuramento firmata, requirat inſinuationem.

TRes ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Vna affirmans. Altera negans. Tertia diſtinguens: aut iuramento renunciatum eſt inſinuationi & valet donatio, aut renunciatum non eſt, & non valet. Vide Clarum in §. donatio, q. 18. Ant. Gabr. comm. concl. tit. de donationib. concl. 1. And. Geyll, lib. 2. obſeru. 39. Eugenium in conſ. 7. Anton. Gometium variar. reſol. tit. de donationib. c. 5. nu. 6. Seraphinum Senenſem de priuil. iuramenti, priuileg. 75. Petrum Duenam reg. 224. nu. 5.

Ego tìcè exiſtimo, veriorem eſſe ac iuri noſtro magis conſentaneam eorum ſententiam, qui donationem valere putarunt etiam abſque vlla inſinuatione, vbi iuramento confirmata eſt. Moueor hoc argumento, quòd iure ciuili ita ſit conſtitutum, vt talis donatio minimè valeat abſque inſinuatione, iuſtas quidem ob cauſas, ſed non tamen tanti faciendas, quanti religio Dei, iuriſiurandi vinculum, peccatum periurii æſtimari debent.

Quare alterum ex duobus dicendum eſt, vel ſeruandas eſſe leges ciuiles, & violandum iuramentum Deo præſtitum, vel iuramentum obſeruandum, & eas leges negligendas. At quis non videt iuſtius eſſe leges negligi, quàm Deum periurio offendi?

A Adſtipulantur huic ſententiæ canones in ſimilib. ſpeciebus conſcripti, vt c. ſi uero, c. cum cōtingat, de iureiu. c. quamuis, de pact. lib. 6.

Contrariæ ſententiæ arg. ſunt iſthæc. Primum fauore publico, ne quis profuſa nimis liberalitate ſuum exhauriat patrimonium, vt donationes inſinuentur, lege conſtitutum eſt. Expedit enim Reipub. ne homines male rebus ſuis vtantur, vt ait Imperator in §. ſed & maior. in inſtit. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt. At nemo poteſt iuri publico, iuramento etiam adhibito, derogare, ut in c. ſi diligenti, de foro compet. ergo nec iuramento adhibito valere poteſt abſque inſinuatione donatio.

Reſpondeo, tex. in d. c. ſi diligenti, loqui de clerico cōſentiente in iuriſdictionem laici iuramento etiam præſtito. Ait tex. nullius eſſe momēti conſenſum, & rectè, quia ius publicum repugnat, quod in ſacris Sacerdotibus, & magiſtratibus conſiſtit, l. 1. § 1. ff. de iuſt. & iure, & iuſtas ob cauſas ſtatuit, vt clerici à ſecularibus non iudicentur.

B At hic agitur de iure priuato, licet. n. ob publicam vtilitatē inſinuatio requiratur, non tñ eſt vtilitas publica principaliter, ſed ſecūdario, quare iuſo accedēte valet actus.

Id patet in alienatione rerum dotalium, in alienatione rerum minorum 25. annis, & in aliis multis caſibus, in quibus iuramentum actum ipſum confirmat, licet repugnet ſecundario publicæ utilitati, vt in d. c. ſi vero, & in d. c. cum contingat, de iureiur. in l. 1. & in Auth. Sacramenta puberum, C. ſi aduer. vend.

Secūdum arg. inſinuatio neceſſaria eſt, ut fraudes euitentur, l. lata, C. de donatio. Si ergo donatio confirmetur iuſo, etiam non adhibita inſinuatione, via fraudibus aperitur. Hoc aūt eſt abſurdum, l. cōueuire, ff. de pact. dotal.

Reſpondeo, viam fraudibus non aperiri, quia nemo præſumitur iurare falſum, ac delinquere, & vbi iuramentum intercedit, res præſumitur acta cum conſilio & deliberatione, c. ex reſcripto, de iureiur. & tradit optimè Alexand. in conſi. 52. nu. 2. & 17. lib. 2.

C Tertium argumentum. Lex præſumit fraudes interceſſiſſe, ſi donatio careat inſinuatione, ergo iuramentum nihil operatur, c. cum contingat de iureiur. ibi: *Neque vi, neque dolo, præſtita*, &c.

Reſpondeo, nego antecedens, neque enim leges dicūt fraudes præſumi, ſi donatio careat inſinuatione, ſed ut fraudes euitentur, inſinuationem requiri.

CAPVT LXXXIV.

An renunciari poſſit conſtitutioni l. ſi vnquam, C. de reuoc. donat.

CElebris eſt controuerſia, vtrum l. ſi unquam, C. de reuoc. don. poſſit renunciari. Sunt enim qui affirmant, ſunt qui negant. vide Oldr. in cōſ. 173. Rip. in commētariis ipſius legis, q. 51. Tiraquellum latiſſime, in præfatione, nume. 88. Nattam, in conſi. 125. & alios, quos citat Alphanus Collectaneo 264. & Myuſingerum cent. 5. obſeru. 63.

D Affirmantis ſententiæ fundamentū eſt, quia unuſquiſque iuri ſuo renūciare poteſt, l. pen. C. de pact. cū igitur in ipſius donātis fauorē conſtitutū ſit, vt ſi liberos ſuſce perit, donationem reuocare poſſit, nihil proponi poſſe videtur, cūr non poſſit ſuo iuri & fauori renunciare.

Fundamentum vero negantis ſententiæ illud eſt præcipuum, q̄ ea conſtitutio edita fuerit nō in fauorem tantum donātis, ſed etiam eius liberorum. Quamobrem illud ius liberis quæſitum ac delatum, nō debet, nec poteſt ei pater auferre, l. quod de bonis, §. vlt. ff. ad leg. Falcid. l. pen. C. vt in poſſeſſ. legato. l. id quod nuſtrum, de reg. iuris, l. cum non ſolum, C. de bonis, quæ liberis.

Pendet igitur hæc diſputatio ab hoc articulo, an uidelicet fauore duntaxat donatoris, an uero etiam liberorū ſcripta ſit illa conſtitutio; & cum textus velit bona donata reuerti ad ipſum donatorem, nec ullam faciat liberorum mentionem, oritur coniectura, non fuiſſe habitam rationem iuris ipſorum liberorum, ſed patris duntaxat.

A Huc accedat, quod ſi iam nati ſint liberi, cum pater donat, ipſis nullum competit ius reuocandę donationis, niſi vſque ad debitum bonorum ſubſidium, querela ſcilicet inofficioſæ donationis propoſita, vt in l. 1. in l. ſi totas & toto tit. C. de inoffi. donat. Cur ergo poſſint poſtea nati reuocare ipſam donationē ope d. l. ſi vnquam, vbi pater ei legi renunciauit, ac proinde declarauit, ſe ratam habere velle donationem etiam liberis poſtea ſuſceptis?

Deniq; vera ratio legis eſt ex coniectura pietatis, quoniam is, qui donauit liberos non habens, minimè donaturus fuiſſet, ſi de liberis cogitaſſet naſcituris, ne ſcilicet propriæ ſoboli extraneos anteponeret, l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſis, l. cum auus, ff. de cond. & demonſt. l. 6. §. cum autem, C. de inſtit. & ſubſtit. Cum ergo conſtat euidenter eum donare voluiſſe, etiamſi liberos ſuſcepturus eſſet, ceſſat illa pietatis cōiectura. Conſtat autem vbi is, qui donat, beneficio legis renunciat. Hæc enim eſt donationis ſententia, vt non velit bona donata ad ſe

B reuerti, etiamſi liberos poſtea ſuſceperit.

Itaque ex his concludo affirmantem ſententiam iuri noſtro magis conſentaneam videri, cui ſententiæ adſtipulantem habeo nouiſſime doctiſſimum virum Iacobū Cuiacium lib. 20. Obſeruat. cap. 5. & Rotæ Romanę deciſionem præclaram, in 1. parte deciſionum nouiſſime editarum, deciſ. 124.

CAPVT LXXXV.

Vtrum d. l. ſi vnquam, C. de reuocan. donatio. locum habeat extra illam ſpeciem patroni donantis liberto.

VErba legis hęc ſunt: *Si vnquam libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquā facultatum, fuerit donatione largitus, & poſtea ſuſceperit liberos: totum, quicquid largitus fuerat, reuertatur, in eiuſdē donatoris arbitrio ac ditione manſurum.*

C Hoc in loco controuertitur, an ſi alius præter patronū libertus donantem, bona ſua extraneis donauerit. & poſtea liberos ſuſceperit, idem ſit reſpondendum. Controuerſiam latiſſime tractat Tiraquel. in commentariis d. l. in verbo, libertis, & Ripa, in q. 1. Iſti authores citant tum affirmantis tum negantis ſententiæ, vt minime opus ſit à me referri.

Ego ſane eorum ſententiam magis probo, qui legem extendunt ad alias perſonas, quam in ea lege ſint expreſſę, quam quidem ſententiam probat etiam Cuiacius, lib. 20. Obſeruat. cap. 5. eo ſ. argumento, ꝙ in aliis perſonis & caſibus ratio legis valet, quæ poſita eſt in coniectura pietatis, quia ſcilicet veriſimile eſt, eum extraneo donaturum nō fuiſſe, ſi de liberis cogitaſſet, l. cum auus, ff. de condit. & demonſtr. l. generaliter, §. cum autem, C. de inſtitut. & ſubſtitut.

Nec contrariæ ſententiæ mouent argumenta, inde enim petuntur, ꝙ verba legis de patrono loquantur, non

D de aliis, ac proinde in aliis obtinere debeant aliæ leges, quibus ſancitum eſt, donationes reuocari non poſſe, cum perfectæ ſunt. Præterum quia videtur in liberto aliqua ſpecialis ratio ſuadere, vt bona donata non obtineat, ſi patrono donanti liberi naſcantur, propter ſummum libertatis collatæ beneficium, quo patrono & eius liberis libertus eſt obſtrictus, & quia facilius reuocatur donatio liberto facta, vt in l. 1. C. eod. tit.

Reſpondeo, rationem legis inſpiciendam, non verba. Neque enim poſſunt omnes articuli legibus noſtris comprehendi, l. non poſſunt, ff. de legibus. Ratio autem legis locum habet in omnibus caſibus & perſonis. Nec illa ratio beneficii collatæ libertatis liberto, quicquam valet, quia non ea nititur legis deciſio, ſed coniectura paternæ pietatis, ne ſuam videatur ſobolem alienæ prætuliſſe, & quia veriſimile non eſt eum, ſi de liberis cogitaſſet, donaturum fuiſſe.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum l. ſi vnquam, C. de reuocan. donat. locum habeat, vbi Eccleſiæ donatio facta eſt.

DIſputat fuſè Tiraquellus in commentariis d. l. ſi vnquam, in verbo, libertis, nu. 79. atque ibidem Ripa, q. 49. an illa lex procedat etiam ſi donatio facta ſit Eccleſiæ, vt ſcilicet reuocetur natiuitate liberorum. Authores affirmantis & negantis ſententiæ commemorant, & argumenta.

Decidit hanc controuerſiam text. in c. vlt. 17. q. 4. vbi canon ex D. Auguſtino (ſi locus eius eſt, neque enim inter Auguſtini opera reperitur) ita dicit. *Quam laudabile factum S. Aurelij Carthaginenſis Epiſcopi. Quidam enim cum filios non haberet, nec ſperaret, res ſuas omnes (retento ſibi vſufructu) donauit Eccleſiæ: nati ſunt ei filij, nec opinanti:*

B *reddidit Epiſcopus ea, quæ donauerat; In poteſtate habebat Epiſcopus non reddere, ſed iure fori, non iure poli.*

Sententia canonis eſt, ſi iuris rigorem ſpectes, non reuocatur donatio Eccleſiæ facta. Primo quia Conſtantini Imperat. lex, non ligat Eccleſiam.

Secundò, quia Eccleſiæ qui donat, videtur pro ſalute animæ donare, Deo enim donat, ſalus autem animæ filijs præferenda eſt. Sed quoniā Eccleſia cultrix eſt iuſtitiæ & æquitatis, ratione quadam naturali ac diuina edocta, non debet cum aliena iactura locupletari: non tam ergo donationem factam ponderat, quam donantis mētem, qui cum filios non haberet, nec ſperaret, donauit, nati verò poſtmodum ei ſunt filii nec opinanti, cur igitur ea bona filiis afferat, quæ forſan parens auferre noluiſſet, ſi eos habuiſſet, vel ſe habiturum ſperaſſet? Valeat rigor omnis, præualeat ratio, æquitas, commiſeratio.

CAPVT LXXXVII.

C *An d. l. ſi vnquam, C. de reuoc. donat. locum habeat, cum donans tempore donationis liberos habebat, ſi deinde alios ſuſcepit.*

COntrouertitur quoque: an ſi quis liberos habuerit, puta vnicum filium, vel filiam, & bona ſua, vel partem eorum extraneo donauerit, deinde alios ſuſceperit filios, an reuocetur donatio. Et multi reſponderunt reuocari; multi ſecus docuerunt. Aliqui diſtinctionem adhibendam cenſuerunt, vtrum filii iam nati odioſi eſſent, vel chari. Vide Tiraquellum in commentariis d. l. ſi vnquam, in uerbo, filios non habens. Ripam, q. 6. Iacobum Cuiacium, lib. 20. Obſerua. cap. 5.

Qui affirmant, ea vtuntur coniectura, quòd ſit eadem ratio hoc in caſu, quæ eſt, vbi donans nullos habuit filios donationis tempore. Nam donatio tunc eam ob cauſam reuocatur, quòd non ſperaret ſe liberos habiturum, nec

D veriſimile foret, eum donaturum, ſi ſe habiturum ſperaſſet. Hæc ratio locum habet, etiam quando vnicum habet filium, vel filiam. Nam extraneis non donaret, ſi ſe alios habiturum ſperaret.

Cæterum, qui negant, eo nituntur argumento, quod veriſimile ſit donantem hoc caſu de liberis cogitaſſe, & eis tamen voluiſſe extraneum præferre: Si enim plus, quàm natum filium, dilexit donatarium, veriſimile etiā eſt eum præ naſcituris dilexiſſe.

Sed & diſtinctiones ſuis nituntur rationibus.

Verum in re clara, & legibus noſtris planè deciſa, tot coniecturis minimè opus eſſe exiſtimo. Audiamus legē de hac ſpecie ipſa; pater filios habet natos, donat ipſis filiis (eadem eſt ratio ſi extraneis donauerit) poſtea naſcūtur alii; quid iuris? An non tota reuocatur donatio, an verò vſque ad legitimam tantum portionem? Diocletianus & Maximianus in l. 5. C. de inof. donat. *Si totas facultates tuas per donationes vacuas feciſti, quas in emancipatos filios*

filios conſuluiſti; id, quod ad ſubmouendam inofficioſi teſtamenti querelam, non ingratis liberis relinqui neceſſe eſt, ex factis donationibus detractum, vt filij vel nepotes poſtea ex quocunque legitimo matrimonio nati, debitum bonorum ſubſidium conſequantur, ad patrimonium tuum reuertetur.

Igitur cum quia donat nullos habens liberos, ſi poſtea naſcantur liberi, reuocatur donatio, ex coniectura pietatis, quia ſcilicet veriſimile non eſt, eum donaturum fuiſſe, ſi de liberis cogitaſſet: Hæc eſt deciſio l. ſi vnquam, ſi vero liberos habens, donauerit, reuocatur donatio non in totũ, ſed pro legitima portione, nõ ex coniectura pietatis, ſed ex eo, quòd inofficioſa ſit donatio, & contra officium pietatis paternæ. Hęc eſt deciſio d. l. 5. C. de inoff. donat. atque adeo propoſitæ huius controuerſiæ.

CAPVT LXXXVIII.

Vtrum d. l. ſi vnquam, C. de reuocan. donat. locum ſibi vendicet in re donata particulari, vel in parte bonorum modici momenti donata.

CVm lex dicat, *Omnia bona, vel partem aliquam,* oritur controuerſia an de qualibet minima parte id accipiendum ſit, & de re etiam aliqua ſingulari donata. Tractant hanc quæſtionem Tiraquell. in comment. d. l. ſi vnquam, in verbo, omnia, vel partem aliquã, & Ripa, q. 7. & 8.

Qui accipienda eſſe illa verba negant de qualibet parte, & de re particulari eo vtuntur argumento, quòd appellatione partis, dimidia intelligatur, l. nomẽ filiarum, §. portionis, ff. de verb. ſig. & quod ſi de qualibet parte, vel minima re Imper. loqui voluiſſet, non dixiſſet *bona omnia vel partem aliquam*, ſed ſimpliciter ac vno verbo dixiſſet, aliquam rem.

Qui autem contrariæ ſententiæ ſunt authores, perpendunt illud verbum, *aliquam*, quod vel in minima parte verificari poteſt, ex ſententia gloſ. in clem. 1. verſ. Et earum parte, de foro compet. & præterea textum in l. generaliter, §. cum autem, C. de inſtit. & ſubſtit. ad finem.

Ego ſanè eorum ſententiã magis probo, qui hanc quæſtionem arbitrio iudicis definiendam putant, vt ſcilicet omnibus circumſtantijs perpenſis, is exiſtimet, an veriſimile ſit donaturum fuiſſe rem, vel partem donatam, ſi de liberis cogitaſſet; cui ſententię etiam adſtipulatur D. Menochius de arbitr. iud. caſu 133.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum l. ſi vnquam. C. de reuoc. donat. locum habeat in donatione remuneratoria.

COmmunis eſt ſententia doctorum, ſi remunerandi gratia donatum ſit, vel ob aliam cauſam, quæ commodum reſpiciat donatoris, non eſſe locum conſtitutioni l. ſi vnquam, C. de reuo. dona. Vide Tiraquell. in comment. d. l. in verbo, donatione largitus, in principio, & Ripam ibid. q. 13. & 14.

Fundamentum vero eſt, quod hæc non ſit proprie donatio ex liberalitate procedens, iuxta l. 1. ff. de donat. Sed potius mercedis præſtatio, iuxta l. Aquilius, ff. eod. tit. & genus quoddam permutationis, iuxta l. ſed etſi lege, §. conſuluit, ff. de petitio. hæred. Ideò & irreuocabilis eſſe dicitur, l. ſi pater, §. 1. ff. eod. tit.

Cæterum Cuiac. lib. 20. Obſeruat. c. 5. contrarium docet poſt Nicolaum Vallam, de reb. dub. cap. 2. atque ſe ab hac lege non excipere donationem remunerandi gratia factam, quod & Nicol. Val. probare videtur.

Nullum argumentum vidi, quo iſti moueantur, ſed tamen eorum ſententiam veriſſimam eſſe puto, quia plerunque donationes in eos conferuntur, qui beneficia contulerunt, vt ſi hanc eximas ab ea conſtitutione donationem, quam certe Imper. non ademit, multum ſanè illi detrahas.

A Deinde quia donatio dicitur & illa, quæ remunerandi cauſa fit. Nam donari dicitur, quod nullo iure cogẽte datur, l. donari, ff. de reg. iur. & de donatio. Nullo vero iure cogente datur ab eo, qui remunerandi gratia donat, licet enim ad antidora eſſet obligatus naturali quadam ratione, cogi tamen iure non poterat, ideo videtur aliquam exercere liberalitatem, ſicuti optime declarat Decius, in d. l. donari, de reg. iur.

Tertio, quoniam ratio legis locum habet, etiam in ea donatione, quæ remunerandi cauſa fit, etſi enim benefacientibus benefacere teneamur, & hominẽ ab homine beneficio affici, plurimum interſit, maximumque ſit ingratitudinis peccatum, tamen ea res modũ habet, occaſionem expectat, nec ſtatim exigit, vt benemerenti omnia bona donentur, vel magna pars eorum, quare neque etiam veriſimile eſt, donaturum fuiſſe, qui beneficium accepit, omnia bona, vel maiorem partem, ſi de liberis cogitaſſet, quoniam non hæc paterna pietas & a-

B mor ſuadent.

Quòd ſi modici momenti donata res proponatur, & omnino id, quod veriſimiliter donatum fuiſſet, etſi liberos donans habuiſſet, vel de eis cogitaſſet, tunc ſententiam communem amplectendam putarem.

Alioqui eius me parum mouerent argumenta; Quod enim dicitur hanc non eſſe vere ac proprie donationem, nihil obſtat. Nam ſatis eſt donationẽ eſſe aliquo modo, verba mentemque legis eidem conuenire.

Quòd verò dicitur irreuocabilẽ eſſe, ex l. ſi pater, §. 1. tranſeat. Eſt enim ęquum, vt qui liberatus fuit ab hoſtibus, & ob eam cauſam aliquid donauit, illam donationẽ non reuocet. Nam etſi liberos habuiſſet, donaſſet, ac ſimiliter etſi de liberis cogitaſſet.

Alia eſt ratio eius, q beneficio aliquo affectus, omnia ſua bona, vel eorum partem, liberos nõ habens, donauerit, quæ ſanè veriſimiliter non erat donaturus, ſi de liberis cogitaſſet.

C Atque ita perpendo in propoſita ſpecie non ipſorum meritorum, ob quæ donatur, æſtimationem, ſed donantis mentem, & id quod veriſimile eſt. Nam etſi quis maximum beneficium acceperit, quod nec omnia bona ſua donando æquaret, non tamen eum puto ſua omnia bona, vel maiorem partem donaturum, ſi liberos habeat, vel de liberis cogitauerit, quia hæc à nobis non requirũt antidoralis obligationis & gratitudinis leges, dura enim nimis, ne dicam iniuſta præciperent.

CAPVT XC.

Vtrum l. ſi vnquam, C. de reuocan. donat. locum habeat, ſi nati ſint liberi, & ante parentem vita functi.

DOnationem factam reuocari ſuſceptis poſtea liberis, ait lex. Sed quid ſi liberi poſtea ſuſcepti viuo adhuc parente donatore moriantur, vtrum donatio conualeſcat?

D Non eſt eadem omnium ſententia, vide Ripam in commentariis d. l. ſi vnquam, quæſt. 38. & Tiraquellum in verbo, ſuſceperit, nu. 161.

Affirmantium hoc in caſu donationem conualeſcere, duo ſunt potiſſimum argumẽta. Vnum, quod ſi moriantur filii, ſit perinde, ac ſi nati non eſſent, argumento ſumpto ex l. poſthumus prærteritus, ff. de iniuſto rup. & irr. teſtam. *Poſthumus præteritus viuo teſtatore natus deceſſit, licet iuris ſcrupuloſitate, nimiaque ſubtilitate teſtamentum ruptum videatur, attamen ſi ſignatum fuerit teſtamentum, bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas accipere hæres ſcriptus poteſt.* Hactenus ibi Iuriſconſultus.

Alterum eſt argumẽtum, quod cum nati filii moriuntur ante donatorem, ceſſare omnis ratio videatur, ob quã alias donatio reuocatur, illa nempe, quod nequaquã ſit veriſimile donaturum fuiſſe, ſi de liberis cogitaſſet. Etenim ſi cogitaſſet liberos ſtatim ante ſe morituros, à donando veriſimiliter non abſtinuiſſet.

A Negantis autem ſententię illud eſt primum argumentum, quod illa donatio vt ualeat, videtur habere quandam tacitam conditionem, ſi liberos donans non ſuſceperit, vt patet, atqui hęc conditio, natis liberis confeſtim deficit, licet filii poſtea moriantur, l. filiusfamilias, §. cũ quis, de leg. 1. l. hæredibus, ff. ad Treb.

Alterum eſt argumentum, quod res ſemel extincta, amplius non reuiuiſcat, l. qui res, §. aream, ff. de ſolutio. ſed natis liberis extincta eſt donatio, quia dicit tex. *Si poſtea ſuſceperit liberos, totum, quicquid largitus fuerat, reuertatur, in ipſius donatoris arbitrio, ac ditione manſurum.*

Cæterum, ut hanc poſteriorem ſententiam amplectar inclinat animus. Nam ſi natis liberis donatio effectum non habet, & res donatæ ad ipſum donantem reuertuntur, iã ſunt ipſius donationis propriæ effectæ; ergo requiritur noua donatio, ut ad donatarium rurſus deueniant, neque enim in ſuſpenſo eſſe poteſt rei donatæ dominiũ, atque adeo ipſa donatio, pendereq́; a uita, vel morte liberorum ſuſceptorum poteſt.

B Lex dicit bona reuerti ad ipſum donatorem liberis ſuſceptis, iis ergo mortuis liberis, liberam rurſus donandi poteſtatem habet, nobis vero nõ eſt liberum, ſubtili quadam interpretatione, donationes nouas inducere.

Argumenta non obſtant, quia illud facit æquitas pretoria contra iuris rationem, vt teſtamentum ſuſtineatur, l. 2. & 3. C. de poſthumis hæredib. inſtit. quæ quidem prætoris æquitas hic non militat, neque enim illam nobis ſuppeditãt aliquæ leges, aut rei ſimilitudo, affinitaſq.

Alterum autem argumentum valet ad perſuadendũ, ut mortuis liberis iterum donaturum credamus parentem, non ut ei liberam ſuarum rerum poteſtatem auferamus: is ſcilicet iam dominus effectus pœnitere poteſt, & vel aliis bona donare, vel in pauperes erogare, vel ab inteſtato venientibus relinquere.

CAPVT XCI.

Ad materiam & interpretationem l. vlt. C. de nouation. vtrum in caſibus, in quibus olim fiebat ipſo iure nouatio, nunc ope exceptionis fiat.

C Etſi diſerte Iuſtinianus ſtatuit, nouationem non fieri, niſi exprimatur, & id agatur, ut fiat nouatio, l. ult. C. de nouatio. tamen glo. in expoſitione illius legis, & in l. 2. ff. eo. ti. & alibi ope exceptionis induci exiſtimauit, ita uidelicet, ut non amplius ipſo iure ex mutatione perſonæ, & ex aliis cauſis, ſicut olim, inducatur, atque idipſum Imperator conſtituerit in d. l. vlt. Veruntamen exceptionis ope fiat & inducatur.

Accurſium ſecuti ſunt multi, quos commemorant Gabriel. commu. concl. ti. de nouationib. concl. 1. nu. 53. Maſchardus de probationib. uol. 2. cõcl. 1111. nu. 6. & D. Menoch. de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 134. nu. 46.

D Fundamentum uero eſt in l. penult. ff. de prætoriis ſtipul. Vlp. *Si Præſes, qui ante in triennium caueri iuſſerat, poſtea in longum tempus caueri præceperit, quia à prima ſtipulatione prorſus diſcedi voluerit, exceptionem primæ ſtipulationis obligatis peperiſſe videtur.*

Verum illis nil morantibus, contraria ſentẽtia uerior eſt, quam amplexi fuere alii quã pluſimi à Gabrielio, Maſchardo & D. Menochio citati, locis proxime allatis, quibus addo Andræam Geyll. lib. 2. Obſeru. 30.

Probatur euidenter ex verbis ipſius legis ultimæ, C. de nouatio. Sic enim ait Iuſtinianus: *Nouationum nocentia corrigentes volumina, & veteris iuris ambiguitates reſecantes, ſancimus, ſi quis vel aliam perſonam adhibuerit, vel mutauerit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendã, vel minuendam eſſe crediderit, vel conditionem, ſeu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionẽ minorem* (Cuiacius legit iuniorem lib. 19. Obſeruat. c. 36.) *acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant nouationes, nihil penitus prioris cautelæ innouari, ſed anteriora ſtare, & poſteriora incrementum illis accedere, niſi ipſi ſpecialiter remiſerint quidem priorem obligationem, & hoc expreſſerint, quod ſecundam magis pro anterioribus elegerint, &c.*

Quis iam dicere audeat ope exceptionis nouationem induci? Si recipiatur illa expoſitio, quis affirmare audeat, nocentia nouationum volumina eſſe correcta, & difficultates ſublatas? Effectu enim nouatio, vt olim, inducetur, aduerſus edictum Iuſtiniani, quia nihil intereſt ipſo iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, l. nihil intereſt, de reg. iur.

Illud autem argumentum ex l. pen. ff. de prætoriis ſtipulat. infirmius eſt, quàm vt confutatione indigeat. Nã ex iure veteri deſumitur, quod iam ſublatum eſt. Et ſecunda ſtipulatio non poterat in ea ſpecie conſiſtere ſimul cum prima, cum maiorem dilationem concederet, quàm prima, vt declarat ibid. Caſtrenſ. nu. 2.

B

CAPVT XCII.

Vtrum ex coniecturis nouatio inducatur.

Controuertitur etiam inter doctores: vtrũ ex probabilibus argumentis & coniecturis nouatio inducatur, licet partes contrahentes non expreſſerint, vt videre eſt ex Gabr. commun. concl. tit. de nouat. concl. 1. num. 57. & 58. Maſchardo de probationib. vol. 2. concl. 1111. nu. 19. & D. Menoch. de præſumpt. lib. 3. c. 134. nu. 34.

Et negantium fundamẽtum eſt in illis verbis d. l. vlt. C. de nouatio. *Nihil penitus prioris cautelæ innouari, ſed anteriora ſtare, & poſteriora incrementum illis accedere, niſi ipſi ſpecialiter remiſerint quidem priorem obligationem, & hoc expreſſerint, quod ſecundam magis pro anterioribus elegerint, &c.* Et paulo poſt. *Etſi non verbis exprimatur, vt ſine nouatione cauſa procedat.*

C Quibus tamen nil morantibus, contrariam ſententiã communiorem & veriorem eſſe iudico, eam ſecuti ſunt quampluſimi à Gabrielio, Maſchardo & Menochio citati locis annotatis, & præterea Andr. Geyll, qui teſtatur in camera Imperiali ita ſeruari, lib. 2. obſeru. 30. & Rota Romana nouiſſimè deciſ. 562. in prima nouiſſimarum deciſionum.

Fundamentum eſt ſolidum, quia licet hoc velit Iuſtinianus in d. l. vlt. vt nouatio non inducatur, niſi expreſsè dixerint contrahentes ſe nouare, tamen ſubdit textus: *Et generaliter definimus, voluntate ſolùm eſſe, & non lege nouandam;* voluntas autem ex certis & probabilibus cõiecturis elicitur, vt ſi dicam, loco decem aureorũ, quos mihi debes, promittis viginti? Certè poſterius hoc pactũ priori derogat, aliàs repugnantia induceretur, quis ergo dixerit nouationem hac in ſpecie non induci, licet aliud non fuerit expreſſum? Si centum mihi debeat ex cauſa depoſiti, & conueniat, vt ex cauſa mutui promittat, quis

D non dixerit eſſe nouationem? Fierine poteſt vt ſimul debeas ex depoſito & mutuo? Planè ſi tales ſpecies proponantur, in quibus planè voluntatis coniectura nouatio inducatur, non dubitauerim affirmare eam induci.

His reſponſum patet ad priora verba l. vlt. Quid enim refert verbis ipſa voluntas declaretur, an verò re ipſa & factis? l. de quib. ff. de legib. l. Paul. ff. rem ratam haberi.

CAPVT XCIII.

Vtrum principalis ſtipulatio nouetur ex ſubſequente ſtipulatione pœnali.

Pertinet ad interpretationem eiuſdem l. vlt. C. de nouatio. illa controuerſia; an in caſibus, in quibus olim ex pœnali ſtipulatione nouatio fiebat, vt in l. obligationum, 43. in fine, ff. de actio. & oblig. in l. ita ſtipulatus, 11. ff. de verb. oblig. & alibi, etiam hodie fiat.

Et

Et aſſerunt multi, multi negant. Vide Gabriel. commu. concl. tit. de nouationibus concl. 1. nu. 67.

Aſſerentes, ita legem Iuſtiniani interpretantur, vt accipienda ſit de ſtipulatione rei principalis, nulla enim fit mentio pœnalis ſtipulationis, itaque ſententia legis erit, principalem ipſam obligationē, niſi expreſsè id agatur, nequaquam nouari.

Sed repugnant, niſi fallor, verba illa generalia l. vlt. C. de nouatio. *Vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant nouationes*, &c. Ex pœnali autem ſtipulatione in certis caſibus nouationes introducebant veteris iuris conditores, vt patet ex legibus citatis, igitur & illas leges Imperator correxit, atque omnino ſtatuit, vt non inducatur nouatio, niſi expreſsè id agatur.

Quare negantium ſententiæ me lubens ſocium adſcripſerim.

CAPVT XCIV.

Vtrum is, qui ceſſit creditori ſuo actiones aduerſus debitorem, poſſit ipſum debitorem ceſſum liberare, ſi debitor ipſe ceſſionem factam non ignoret, non tamen aliquod ex tribus interuenerit, de quib. in l. 3. C. de nouat.

IMperator Gordianus in l. 3. C. de nouatio. ita ſcribit. *Si delegatio non eſt interpoſita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanſerunt, quamuis creditori tuo aduerſus eum, ſolutionis cauſa mandaueris actiones, tamen antequam lis conteſtetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciauerit, exigere à debitore tuo debitã quantitatem non vetaris*, &c.

Animaduerti controuerſiam inter Conſilium Neapolitanum apud Afflictum deciſ. 335. & Senatum Pedemontanum apud Oſaſcum deciſ. 44. Afflictus enim refert deciſionem, qua concluſum & definitum eſt; cedentem actiones cõtra debitorem ſuum, poſſe cum ipſo debitore tranſigere, & eum etiã alij cedere, licet ipſe debitor ceſſus non ignoret ceſſionem factam, ſi vnum ex tribus non interuenerit, de quibus in lege ſupra recitata.

Et fundamentum eſt in [illegible] verbis legis. *Tamen antequam lis conteſtetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciauerit, exigere à debitore tuo debitam quantitatem non vetaris*.

Sed contrarium decidit Senatus Pedemontanus, cuius fundamentum eſt in l. vlt. ff. de tranſact. *Venditor hæreditatis* (inquit Papinianus) *emptori mandatis actionibus, cum debitore hæreditario, qui ignorabat venditam eſſe hæreditatem, tranſegit; Si emptor hæreditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio tranſacti negocij debitori propter ignorantiam ſuam accommodanda eſt*, &c.

Hic ignorantia facit, vt exceptio detur, ergo ſcientia contrarium efficiet.

Et ſanè hæc ſententia longè æquior & probabilior eſt. Iuuatur enim regula illa iuris notiſſima, eum, qui certus eſt, vlterius certiorari non oportet, c. eum qui certus, de reg. iur. lib. 6. l. 1. ff. de act. empt. Si ergo debitor ceſſus nõ ignoret ceſſionem factam, in mala fide verſatur, ſi vel concedente tranſigat, vel ei ſoluat, aut alii ceſſionario.

Certum eſt, ſi fuiſſet ei denunciata ceſſio, non potuiſſe tranſigere, nec ſoluere, vt in text. Eſt igitur perinde iudicandum, cum ipſe iam ſcit ceſſionem factam, quia certus non eſt certiorandus.

CAPVT XCV.

Vtrum iuramentum conſtituat debitorem in mora abſque interpellatione.

IVramentum in mora conſtituere debitorem abſque interpellatione, authores ſunt Imola, Io. Andr. Abbas, & Butr. in c. breui, de iureiur. Specul. tit. de aduocatis, §. 1. verſ. ſed nunquid is, qui iurauit, & alii à Gabrie-

A lio citati commun. concluſ. tit. de iureiur. concl. 2. Adde Seraphinum Senenſem de priuil. iuramenti, priuil. 37.

Fundamentum eſt in ipſo iuramenti vinculo, quod ſane ita iurantem obligare videtur, vt illud ſeruet, & creditori ſuo omnino ſatisfaciat, cum primum nouerit illum indigere ſua pecunia.

Contrarium docuerunt Alex. in l. quod te, col. 4. ff. ſi cert. pet. & ibid. Bolog. nu. 61. Aret. in l. ſi ſeruus communis, in fine, ff. de vulg. Soc. ſen. in l. 2. §. vlt. nu. 21. ff. ſol. matr. Bauerius in tract. de mora, in 2. parte, verſic. duodecimo fallit, num. 21.

Fundamentum eſt: quia nullo iure ciuili vel canonico id cautum reperitur, & iuramẽtum ſolet alioqui eam interpretationem ſuſcipere, quã principalis actus, ſuper quo interponitur. l. vlt. C. de non numerata pec. Quamobrem, cum legibus ita ſit cõſtitutum, vt mora committatur, ſi debitor fuerit ad ſoluẽdum interpellatus, l. mora, ff. de vſuris, ſequitur idem eſſe ſtatuendũ, licet obligatio-
B ni iuramentum acceſſerit.

Et hanc ſententiam ſequor. Ad argumentum reſpondeo; eum, qui iurauit, peccare, ſi nõ ſeruet iuramentum, arctiorique vinculo teneri, quam ſi ſimpliciter promiſerit; ſed non infertur eum ita teneri, vt contra iuris regulas morã incurrere dicatur, licet interpellatus nõ fuerit.

CAPVT XCVI.

Si ex lege municipali inſtrumenta contra debitores executionem habeant, quid aduerſus eum debitorem ſtatuendum ſit, qui factum promiſit, nec illud præſtat, vtrum pro eo, quod creditoris intereſt, executioni ſit locus.

EXecutionem eſſe concedendam reſpondit Ludonicus Romanus ad l. certi cõdict. ff. ſi cert. pet. refert & ſequitur Alciatus, ibid. nu. 11.

Fundamentum eſt: quia ſicut executio datur pro eo,
C quod in inſtrumento expreſſum eſt, ita etiam concedenda videtur pro eo, quod intereſt, quia iuris interpretatione videtur eſſe cõprehenſum in inſtrumento, cum enim factum non præſtatur, oritur obligatio ad id, quod actoris intereſt.

Sed contraria ſententia communior eſt & verior, quã amplexi fuere Antonius Butrius, & Imolenſ. in c. trãslato, de conſtit. & Decius, in d. l. certi condictio, no. 9. Ratio eſt: quia obligatio ad id, quod intereſt, in inſtrumento non continetur, lex vero municipalis executionem concedit iis, quæ in inſtrumento continentur.

Nec obſtat id, quod dicitur ex iuris interpretatione oriri ad id, quod intereſt, obligationem, quia concedi poteſt, ſed non inde ſequitur, ipſam obligationem ad id, quod intereſt, iuris interpretatione videri comprehenſam in inſtrumento.

Igitur quod in inſtrumẽto comprehenſum eſt, executionem habebis ex lege municipali. Quod vero extra in-
D ſtrumentum eſt, oriens ex legum ipſarum præceptionib. ſecundum legum tenorem & formam adimplebitur.

CAPVT XCVII.

Vtrum emphyteuta donare poſſit ius ſuum emphyteuticum conſenſu domini non requiſito.

EMphyteutam conſenſu domini non requiſito donare poſſe ius emphyteuticum quod habet, authores ſunt multi ex antiquis doctorib. quos Iaſon citat, in l. 3. nu. 54. C. de iure emphyteut. Clarus, in §. emphyteuteuſis, quæ. 15. Aurelius Corbulus, de iure emphyteutico, c. 14. limitatione 13.

Fundamentum eſt: quia cur domini conſenſus requiratur emphyteuta alienare volente, illa eſt ratio, quod dominus ipſe ius emphyteutę poteſt emere eo pretio, quod ab alio offertur; hæc ratio ceſſat emphyteuta donare volente ius emphyteuticum, vt patet.

Contrarium reſpõderunt Bartolus,& alij multi, quos A Iaſon, Clarus,& Corbulus commemorant, quibus & ipſo aſſéſior, authoritate textus, in l. 3. C. de iure emphyt. in illis verbis: *Minime licere emphyteutæ ſine conſenſu domini meliorationes ſuas alijs vendere, vel ius emphyteuticum transferre.*

Illud verbum, (*transferre*,) includit et donationẽ, quia per eam ius emphyteuticum transfertur in donatarium.

Et licet in venditione ita ſit conſtitutum, vt atteſtatio domino transmittatur, & prædicatur ei, quantum pretiũ ab alio offeratur, etſi quidem dominus hoc dare maluerit, & tantam præſtare quantitatem, quantam ipſe re vera emphyteuta ab alio recipere poteſt, ipſe dominus emere poſſit, alioquin duorum menſium ſpatio elapſo, ſi noluerit emere, licet emphyteutæ vendere, vt late habetur in d. l. 3. Tamen nõ hinc inferri poteſt, conſenſum domini requirẽdum non eſſe, ſi emphyteuta velit ius emphyteuticum donando transferre. Si enim vendatur ius emphyteuticum, lex concedit domino emere volenti prælationem, ſi vero aliter in alium transferatur, cõſenſus domini requiritur ob alias cauſas, vt ſcilicet intelligat, quis nouus ſit emphyteuta, & antequam ei poſſeſſionem concedat, & eum inueſtiat, de re emphyteutica prouidere poſſit, vt nõ ſolum laudemium, ſeu quinquageſima præſtetur, ſed etiam annuus ipſe canon emphyteuticus. Si hæc non fuerint ſeruata, nulla eſt lex, nulla ratio, quę dominum compellat ad nouum emphyteutam ſuſcipiendum ac inueſtiẽdum. Sic enim ait textus in d. l. 3. *Neceſſitatem habere dominos, ſi alijs melioratio ſecundum præfatum modum vendita ſit, accipere emphyteutam*, ergo ſi nõ ſecundum pictatum modum emphyteuta ius ſuum in alium transferat, dominus nõ tenetur ſuſcipere nouum emphyteutam, modus vero eſt, vt domini conſenſus requiratur, vt in principio legis habetur.

CAPVT XCVIII.

Vtrum bona emphyteutica veniant in generali bonorum obligatione.

BOna emphyteutica in generali bonorum obligatione nequaquam comprehendi, authores ſunt Alexander in conſ. 41. Auguſtinus Berous, in conſ. 187. nu. 12. lib. 1. & alij à Gabrielio citati commun. concl. tit. de verbor. ſig. concl. 14. num. 10.

Quorum fundamentum præcipuum animaduerti poſitũ eſſe in c. 1. §. in generali, tit. ſi de feudo defuncti fuerit contẽtio inter dominum & agnatos. Sed cum textus ille non loquatur de obligatione, uerum de alienatione, ſic enim ait: *In generali alienatione vaſalli, non continetur feudum, niſi nominatim dictum ſit*, non video, illud ſatis firmitatis habere.

Quare in contrariam ſententiam facilius deſcendo, quam ſecuti ſunt Bart. in l. ſi cõſtante, nu. 73. ff. ſol. matr. Ripa, in l. 1. nu. 10. ff. de pign. Neguzan. de pignorib. in 2. D membro, 2. partis, n. 58. alios citat Gabrielius loco ſupra annotato, nu. 17. Andr. Geyll. lib. 2. Obſeru. 25. nu. 6.

Et fundamentum eſt ſolidius: quia ius emphiteuticũ obligari poteſt, nemo id negat, nulla lex prohibet, neque enim obligatione in alium transfertur, ſed remanet penes ipſum emphyteutam, imo lex permittit, argum. l. tutor, §. vlt. ff. de pig. act. l. lex vectigali, ff. eodem, ergo in obligatione generali continetur, quia illa cõprehendit omnia, ijs exceptis, quę quis veriſimiliter non eſſet in ſpecie obligaturus, l. obligatione generali, ff. de pignorib. vt puta ſupellex, veſtis, item alia, de quibus ibi.

CAPVT XCIX.

Vtrum mulier in dote præferatur omnibus creditoribus expreſſam & anteriorem hypothecam habentibus.

VVlgaris controuerſia eſt ab omnibus tractata interpretibus, qui commentaria ſcripſerunt in l. 1. ff. ſolu. matr. Neguzan. de pignor. 4. membro, 2. partis nu. 100. Andr. Geyll lib. 2. Obſeru. 25. num. 10. & Myuſinger. cent. 4. obſeru. 13. & alij multi, quos conſulto prætereo.

Omnis verò difficultas poſita eſt in §. aſſiduis, C. qui potiores in pignoribus habeantur. Nam qui negant mulierem præferri creditoribus anterioribus expreſſam hypothecam habentibus, illi nituntur verbis d. l. aſſiduis: *Sancimus ex ſtipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote reſtituenda dedimus, quique etiam tacitam donauimus ineſſe hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti* B *creditores*, &c. Videt enim Iuſtinianus loqui de muliere ex ſtipulatu agente, & tacitam hypothecã habẽte legalẽ, ſcilicet ab ipſo introductã. Talis hypotheca mulieris tacita pfert anteriori hypothecę tacitę, ſimiliter & legali.

Nec à ratione id alienum eſt. Licet enim prior tempore, iure potior eſſe debeat, ſecundum iuris regulas, tamẽ lex hypothecam introducens, tàm pro muliere, quàm pro alijs quibuſdam creditoribus, ita eam moderari potuit, vt priuilegium prælationis doti concederet; eas ob cauſas, quæ explicantur in tex.

Cæterùm, non æquè iuſtum fuerit, expreſſam ex ſtipulatione creditoribus quæſitam hypothecam, nõ ipſius legis auxilio & tempore priorẽ, dotis hypothecæ poſteriori poſtponere. Cætera, quæ afferuntur argu. leuiora ſunt.

Veruntamen, ſi contextum ipſius legis inſpiciamus, ſi verba perpendamus clara, generalia, aperta, ſi rationem legis ſpectemus, facilè in contrariam ſententiam deſcendemus. *Aſſiduis aditionibus mulierum inquietati ſumus* C (ait Imperator) *per quas ſuas dotes deperditas eſſe lugebãt, & ab anterioribus creditoribus ſubſtantias maritorum detentas. Nos itaque ad antiquas leges reſpeximus, in perſonalibus actionibus rei vxoriæ actioni, (quam in præſenti ſuſtulimus) magnam prærogatiuam præſtantes, vt contra omnes pene perſonales actiones habeãt priuilegia, & creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Et hoc cùm in perſonalibus ſtatuerunt actionibus, ſi hypothecam reſpiciebant, illicò iuſtitiæ rigorem relaxabant; & ſenioribus hypothecis nouas mulierum hypothecas, ſi habebant actiones, expellebant: nec ad fragilitatem muliebrem reſpiciẽtes, nec quod & corpore, & ſubſtantia, & omni vita ſua maritus fruitur: Cum pene mulieribus tota ſubſtantia in dote conſtituta ſit. Oportebat enim diſponi maritos creditoribus ſuis ex ſua ſubſtantia ſatisfacere, nõ de dote mulieris q̃ ad ſuos victus, ſuaſq́; alimonias mulier poſſidet, vel à ſemetipſa datã vel pro ea ab alio.*

His verbis clarè detegitur Iuſtiniani ſententia præferre volentis mulierem omnibus creditoribus hypothecã D anteriorem habentibus, licet ſecus olim eſſet conſtitutum. De hypothecis generaliter mentionem facit, non de tacitis duntaxat.

Rationem affert ex mulieris fragilitate petitam, & ex æquitate, vt ſcilicet dotẽ habeat, ex qua ſe alere poſſit. Hæc ratio locũ habet tàm in hypothecis tacitis, q̃ et expreſſis.

Pergit Imperator. *Ad hæc omnia reſpicientes & reminiſcentes, q & alias duas conſtitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus ſubuenientes, & hæc omnia in vnum colligentes, ſancimus ex ſtipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote reſtituenda dedimus, cuique etiam tacitam donauimus ineſſe hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris ſint temporis priuilegio vallati.*

His verbis non loquitur Imperator de tacita mulieris hypotheca, eam ſcilicet tacitis creditorũ hypothecis pręferendo, ſed de actione ex ſtipulatu, quam ſtatuit pręferendam oĩbus mariti creditoribus, illa enim verba (*Cuique etiam tacitam donauimus ineſſe hypothecam*) appoſi-

ra ſunt ad commemorandum illud beneficium hypo- A thecę tacitæ, non vero ad ipſum prælationis beneficium ita reſtringendum, vt locum habeat in actione duntaxat ex ſtipulatu, quæ tacitam habent hypothecam, quaſi ſecus, ſi expreſſam habeat, quia tunc ex ſtipulatu actio cũ expreſſa hypotheca, non eſſet præferenda creditoribus, quod eſt abſurdum, & alienum prorſus à Iuſtiniani ſnia.

Sequitur in textu. *Cum enim in perſonalibus actionibus, ſecundum quod diximus, tali priuilegio vtebatur res vxoria; quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium*, &c. Rationem ſubdit; *Quis enim earum non miſereatur?* &c.

Concludit tandem; *Et ideo quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo conſummauimus; & ſiue liberos habeat mulier, ſiue ab initio non habeat, ſiue progenitos amiſit, hoc eſt beneficium indulgemus.*

Iam patet hypothecis mulieris hoc eſſe conceſſum beneficium, vt præferãtur alijs anterioribus, Non loquitur B Imperator de tacitis hypothecis tantum ipſius mulieris, ſed de hypotheca generaliter: Quod ſi de tacitis id ſtatuit, cur non etiam de expreſſis idem ſit iudicium? Hic brocardicæ regulę decantantur. Non ex identitate rationis (ita enim loquuntur) licet argumentari, cum exinde leges corriguntur,

Sed quæ ſunt leges, quę hic corrigantur? Non corrigit antiquas leges, ſed ſupplet Iuſtinianus. *Quod antiquitas*, inquit, *dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo conſummauimus.*

Præterea dum loquitur de hypothecis creditorum, generaliter loquitur, & ſic tam de tacitis, quam expreſſis.

Oportet igitur ita legẽ interpretari, vt velit mulierẽ tacitam hypothecam habentem, pręferendam eſſe creditorib. habentibus tacitam anteriorem, vel ẽt expreſſam, ſed mulierem habentem expreſſam non præferri habentibus tacitam anteriorem, quod ſi nõ bona eſt interpretatio, vt patet, nec vera etiam illorum ſentẽtia eſſe poteſt, C qui tacitam hypothecam ab expreſſa diſtinguentes, nouam potius, & contrariam legem condere nituntur.

CAPVT C.

Virum creditoribus, quibus bona ſunt obligata, liceat offerre dotem in pecunia vxori, hypotheca nomine res poſſidenti, eo caſu, quo matrimonium diſſolutum non eſt, ſed vir vergit ad inopiam.

NObilis eſt controuerſia, ſi res ſibi pro dote obligatas mulier poſſidere velit, & detinere, marito iã ad inopiã vergẽte, creditores aũt poſteriores offerant ei dotẽ, an teneatur pecunia accepta, bona ipſis creditoribus relinquere? Eſt inquam controuerſia celebris, & pertractata à noſtris doctoribus, & præſertim apud Oſaſcum deciſ. Pedem. 135. Andr. Geyll. lib. 2, obſer. 92.

Omnis aũt difficultas eſt in eo poſita, quod ſecundum D iuris regulas creditor poſterior auocare poteſt à priore pignus, ſi ei pecuniam debitam offerre paratus ſit, l. potior, §. vlt. ff. qui potiores in pign. hab. l. 1. C. ſi antiquior cred. pignus vendiderit. Et quod magis vrget, ius offerẽdi competit creditoribus, ẽt ſi de dote ſol. matr. repetenda agatur, velitque ipſa vxor bona retinere ſibi pro dote obligata, vt habetur in l. cũ tibi, C. qui pot. in pign. hab.

His aũt repugnare videtur textus in l. vbi adhuc, C. de iure dotium, cuius hæc ſunt verba: *Vbi adhuc matrimonio conſtitute maritus ad inopiam ſit deductus, & mulier ſibi proſpicere velit, reſque ſibi ſuppoſitas pro dote, & ante nuptias donatione, rebuſque extra dotem conſtitutis tenere: non tantum mariti res ei tenenti, & ſuper his ad iudicium vocata, exceptionis præſidium ad expellendum ab hypotheca ſecundum creditorem præſtamus, ſed etiam ſi ipſa contra detentatores, &c. non obeſſe ei matrimonium adhuc conſtitutũ ſancimus, ſed ita eam poſſe res eaſdem vendicare, &c. ut potuiſſet, &c. Ita tamen ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi, viuente marito, & matrimonio inter eos conſtituto: Sed fructibus earum ad ſuſtentationem tã ſui, quam mariti, filiorumque, ſi quos habet abutatur, creditoribus ſcilicet mariti contra eum, eiuſque res, ſi quas poſtea forte acquiſierit, integra ſua iura habentibus.*

Hunc textum ita perpendunt multi Doctores, ut ex eo colligant intereſſe plurimum mulieris, ut bona viri retineat, quibus ſe, & filios ſuſtentare poſſit, ac etiam virũ, quare illa non tenetur creditoribus relinquere, offerentibus dotem in quantitate. Neque uero marito ad inopiã vergente propriè locus eſt actioni de dote, ſed in tuto potius collocatur, & ideo ius offerendi dotem creditoribus non competere, crebrior videtur eſſe ſententia, præſertim, cum agatur de fauore dotis cuius cauſa ſemper, & ubique præcipua eſt, l. 1. ff. ſol. matr.

Ego vero contrariam ſnĩam ſequentib. me lubens ſocium adſcripſerim, quoniam magis mouet generalis re- B gula, q̃ poſteriori creditori cõcedit pignoris auocationẽ.

Item, quod & in dote idem ſit receptum, vbi ſol. matrimonio dos repetitur. Et tamen idem propè fauor mulieris, & filiorum eo etiam in caſu conſiderari poteſt, qui perpenditur in præſenti.

Sed q; caput eſt ipſa æquitatis iuſtitiæque ratio me magis mouet. Nam cur liceat mulieri pro dote, exempli gratia, mille aureorum oĩa bona mariti detinere, æſtimationis fortè maioris? Hic agitur de præiudicio creditorum, qui iure ſuo fraudantur. Vxor retinet plus debito, omnia .ſ. bona occupat prætextu ſuæ dotis, quod ſane iniquũ vr.

Neque vero ab hac ſnĩa me deterret, q; conſtitutum eſt in d. l. vbi adhuc, C. de iure dotium. Etenim, non ibi negat Imperator ius offerendi creditoribus competere. Nullam eius rei facit prorſus mentionem. At dicis, licere mulieri bona retinere ad ſui uſum, & ſuſtentationem: quidni? Nonne fieri põt, & ſæpè accidit, cum ad inopiam quis vergit, & facultatib. incipit labi, vt non poſſideat bo- C na tanta, quæ ſufficiant, & mulieri, & creditorib. ſed vix vni mulieri. In ea ſpecie nullus creditorum offerret; Et hanc ſpeciem, vt ipſe opinior, proponere Iuſtin. voluit.

Sed fac etiam omnem aliam ſpeciem commemorare, in quo bona ſint omnibus ſuffectura, Negatne locum eſſe iuri offerendi? Certè huius rei non meminit, ac proinde alijs legibus, ac regulis id definiendum eſt, quæ offerendi iuri cum faueant, mihi magis ſequendæ uidentur, quam opiniones, & placita aliorum.

CAPVT CI.

Poſſitne uidua uſuras dotis petere ab hæredibus uiri ſui defuncti, moram committentibus in reſtituenda dote?

EXiſtimo uiduã rectè uſuras petere dotis ab hæredib. viri ſui morã cõmittentib. in reddẽda dote.

D Primum, quia in bonæ fidei iudicijs vſuræ poſt moram ueniunt, l. mora, §. in bonæ fidei, ff. de vſuris. Actio autem de dote eſt bonę fidei, l. vnica, §. ſed & ſi, C. de rei vxor. actio.

Secundò, ex d. l. vnica, §. exactio, in illis verbis: *Sin autem perſederit res mobiles*, &c. *reſtituere etiam uſuras æſtimationis omnium rerum*, &c. *maritus præſtet.*

Eadem enim ratio eſt in hærede mariti ſoluto matrimonio morte eius, ſicut cum per diuortium diſſolutum eſt, de quo loquitur ibi Iuſtinianus.

Tertio, quia dos datur, vt deſeruiat onerib. matrimonio, l. pro oneribus, C. de iure dotium, quare obligationi dotis tacita hæc conditio ineſſe videtur, ut ex ea tantum percipiatur emolumenti, quo matrimonij onera ſuſtineri poſſint. Sicut ergo viro debentur vſuræ, ſi dos ei non ſoluatur, c. ſalubriter, de vſuris, ita & mulieri ſol. matr. debentur, quod eſt argumentum grauiſſimi Doctoris Nauarri in comment. ad c. ſi fœnerauerit, 14. q. 13. num. 67.

Quar-

Quarto, quia ſic conſtitutum eſt multis in locis ſtatutis municipalibus, & conſuetudine id receptum videtur, vt vſuræ dotis etiam viduis præſtentur, quibus mora ſit in dote ipſa reddenda.

Quinto, id maximè puto recipiendum in locis in quibus, ſi quis paratam pecuniam habeat, facile inuenire poteſt centuum venditores, uel aliam honeſtam opportunitatem pecuniæ collocandæ. Videtur enim tunc vſura ſolui ob lucrum ceſſans, & damnum emergens, quod omni iure permiſſum eſſe inter omnes conſtat.

Atque ita docuerunt. Cynus, poſt Dynum, quem citat in d l. vnica, ex actio. Nauarrus, loco proximè citato, Panorm. conſ. 39. lib. 2. Grammaticus, deciſ. 103. nu. 93. Iaſon, conſ. 92. lib. 1. alios citat Lupus, ad l. curabit, comment. 1. §. 4. nu. 84. licet ipſe contrariam ſententiam amplectatur. In eandem ſententiam inclinat Ant. Teſſaurus, deciſ. Pedem. 42.

Contrarium docuerunt Bart. in l. atqui natura, §. non tm̄, ff. de negot. geſtis, in l. in inſulam, §. uſuras, ff. ſol. matrim. Alex. ad l. diuortio, num. 23. ff. eod. & conſ. 27. li. 4. Afflictus, deciſ. 284. Cagnolus, ad l. curabit, nu. 15. C. de act. empt. Crauetta, conſ. 89. nu. 3. & 189. num. 7. Couar. lib. 1. Variar. reſol. c. 1. verſ. *Sexto huic inferetur*. Lupus, loco proximè citato, D. Menoch. conſ. 703. n. 15. li. 8.

Argumenta ſunt iſta. Primum, quia vſuræ ſunt prohibitæ iure Canonico, etiam pro redimendis captiuis, c. ſuper eo, de vſuris. Ergo ēt prohibitæ vſūr in fauorē dotis,

Secundum, quia in vidua ceſſat ratio, c. ſalubriter, de vſuris, quia ſ. non ſuſtinet onera matrimonij.

Tertium, quia in poteſtate uiduæ eſt dotem repetere, & exigere, ergo vſuræ non debentur, ut dicebat Papinianus, in l. 1. §. 1. ff. de vſuris, 161. *Cum in poteſtate ſit actoris iudicatum exigere.* Et ratio eſt; quia ſi non exigat dotem, cum poſſit, videtur pecuniam hæredibus viri mutuare, & ex ea fructus percipere, quod vſuram continet palliatam, vt vulgo, loquimur.

Reſpondeo ad primum, fateor uſuras prohibitas eſſe iure canonico, ſ. lucratiuas, quas debitor ſoluit ex mutui ſtipulatione interueniente, ſicut olim iure ciuili permiſſum erat, l. lecta, ff. ſi cert. pet. Sed vſuræ compenſatiuæ damni emergentis, & lucri ceſſantis, iure Canonico prohibitæ non ſunt. Hæ ſunt compenſatiuæ, quia ſi uidua dotem ſuam habuiſſet, potuiſſet ex eius fructibus ſe alere: pecuniam collocando in emptionem cenſus, vel rerum frugiferarum.

Ad ſecundum reſpondeo, eandē rōnem militare in uidua quæ in marito. Nā & illa debet ex dote ſua ſe ſuſtentare, quæ ob hāc in eam ab initio data fuit marito. Imo ſicut maritus poteſt vſuras exigere dotis non ſolutæ, ita & hæredes eius ea pendere tenentur, ſi dotem ſolu. matr. non reſtituant, quia ut dicebat Nauarrus in propoſito, correlatiuorum eadem eſt diſciplina, ubi eadem ratio eſt in vtrunque, l. 1. C. de cupreſſis, lib. 11.

Ad tertium reſpondeo, rōnem illam Papiniani reprehenſam a Paulo fuiſſe, vt patet ex uerbis ſequentib. quibus aliam rōnem ille affert: ſic enim ait text. *Paulus notat, quid enim pertinet ad officium iudicis poſt condemnationem futuri temporis fructus?*

Quibus verbis alia rō a Paulo affertur, magis idonea. Hæc enim fuit ratio Papiniani, actor habet actionem iudicati, ergo non eſt neceſſaria actio ex ſtipulatu, quæ per cautionem oritur, de ſoluendis uſuris futuri temporis, ſi condemnatus tardius ſententiæ paruerit. Non eſt idonea ratio; quia etſi unam actionem habeam, poſſum tamen & alteram mihi cauere. Vtile enim eſt fideiuſſorib. datis ei cauere, qui alias actionem habet.

Sed etſi hæc ita ſint, negari tamen non poteſt, quin is qui ſortem exigere poteſt rectè ab uſuris petendis excludatur, ſicuti argumento dicebatur; quam ob rem alia opus eſt reſponſione, ea uero hæc eſt. Cum quis ſortem exigere poteſt, quia ſcilicet debitor eam offert, uel certè nulla difficultas eſt in ea exigenda, tunc uſuras non de-

A beri, quia videtur creditor pecuniam mutuare debitori ſub vſuris lucratiuis.

Sed quæſtio noſtra non verſatur in his terminis, quia loquimur de hæredibus, qui ſunt in mora ſoluendi, id eſt, reſtituendi dotem viduæ. Illa vellet accipere, interpellat, rogat. Dies quoq; debitorem monet vt reſtituat, ſed non fit reſtitutio. Certè hic nulla eſt voluntas viduæ fęnus exercendi. Nulla hic vſuræ ſpecies, nulla imago.

At dices, cur non viget dotis exactionem in iudicio. Reſpondeo, hanc eſſe viduæ benignitatem, debitorem eſſe in culpa maiori qui non ſoluit. Non debere eum, qui in mora reſtituendi eſt, imputare culpam creditori cur non petierit, l. pen. ff. de vi, & vi arma.

Si hæc ratio bona eſſet, nec maritus poſſet uſuras dotis non ſolutæ conſequi, quoniam & ei obijci poſſet, debuiſſe eum dotem exigere.

Imo nullus creditor ratione damni emergentis, vel lucri ceſſantis, vſuras petere poſſet ex mora debitoris, quia

B ſemper ei obſtaret hæc rō. Debuiſſe eum petere debitā quantitatē, eamque exigere, quæ cum ſint abſurda, cōſequens eſt, & illius rationis rōnem nullam habendā eſſe.

CAPVT CII.

An poſſit vidua vſuras ſiue intereſſe donationis propter nuptias petere, ſi hæredes in mora ſint reſtituendi res donatas propter nuptias?

NOn deberi vſuras donationis propter nuptias vxori, ter deciſum fuiſſe in Concilio Neapolitano teſtatur Afflictus, deciſ. 191. Sed contrarium deciſum fuiſſe ſuis temporibus Grammaticus teſtatur, deciſ. 103. nu 96. cuius rei facit mentionem etiam Vrſillus, in addit. ad deciſ. Afflict. dicta deciſ. 291. Et hanc ſententiam poſteriorem Senatus Pedemontanus, re maturè perpenſa, ſecutus eſt, teſte Ant. Teſſauro, deciſ. 45.

C Fundamentum Afflicti eſt; quia donatio propter nuptias dicitur lucrum, quod facit mulier ex dote, l. aſſiduis, ad finem, C. qui potior. in pign. habeant. Conſequēter, mulier vſuras haberet ex lucro, & ſic vſuras vſurarū, quod iure prohibitū eſt, l. improbū C. ex quib. cau. inf. irrog.

Sed hoc fundamentum non eſt ſolidum, quia non agitur hic de vſuris vſurarum percipiēdis, ſed de vſuris percipiendis ex ſorte, hoc eſt, ex quantitate debita pro donatione propter nuptias: licet enim ea lucro cedat mulieris non eſt tamen vſura, ſed ſors debita.

Fundamentū poſterioris opiniæ eſt in Auth. de non elig. ſecūdo nub. §. ſi autē, vbi Iuſtin. diſertè permittit eiuſmodi vſuras donationis pp nuptias, ſic dicens: *Sicūt omnis forte conſiſtat in pecunijs aut alijs mobilibus rebus ante nuptialis donatio tertiā vſurarū partem percipientem matrem cum cautione iam definita, non exigere à filijs aurum, &c.* Idē probatur in l. hac edictali, §. hi illud, C. de ſec. nupt.

Hæc poſterior opinio magis placet. Nam ſi ius canonicū opponatur, quo vſuræ ſunt prohibitæ, reſponderi pōt,

D vſuras hic non peti lucratiuas, ſed cōpenſatiuas, rōne fructuū, vel emolumētorū, quæ ex reb. donatis pp nuptias perciperentur, aut rōne dāni emergentis, vel lucri ceſſātis: Satis. n. conſtat, noſtris præſertim temporib. eos qui pecunias habēt paratas, plerūq; occaſiones habere annuos cenſus emendi, aut bona immobilia cōparandi, quib caſibus iure can. ultra ſortē permiſſum eſt aliquid accipere.

CAPVT CIII.

An vſuræ dotis, longo tempore non exactæ, præſumantur remiſſæ?

TRes ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Prima, remiſſas videri, ita Dion. Perrſ. inter cōſ. Bal. cōſ. 474. lib. 3. Alex. conſ. 74. n. 8. li. 5. Cornel. 206. li. 2. Alcia. de præſum. reg. 1. præſum. 32. n. 4 Tiraq. de præſcr. §. 1. gl. 4. ver. *Octauo eſſet* Menoch. de præſum. l. 3. præſ. 25.

Fun-

Fundamentum eſt in l. cum quidam, §. Diuus, ff. de vſuris. *Diuus Pius ita reſcripſit: Patrum iuſtè præteritas vſuras petis, quas omiſiſſe te longi temporis interuallum indicat qui eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet eſſes, petendas non putaſti.*

Item in l. vir vſuras, ff. de donat. inter vir. & vxor. Papinianus: *Vir vſuras promiſſæ dotis in ſtipulatum deduxerat easq́; non petierat: Cum per omne tempus matrimonij ſumptibus ſuis vxorem & eius familiam vir exhiberet: dote prælegata, ſed & donationibus verbis fidei commiſſi confirmatis, legato quidem dotis vſuras non contineri videbatur, ſed titulo donationis remiſſas.*

Altera eſt ſententia, remiſſas non videri, ita Romanus conſ. 517. nu. 14. Iaſ. in l. quæ dotis, nu. 19. ff. ſol. matr. Alexan. conſ. 56. nu. 6. & 63. nu. 16. lib. 4. & 208. nu. 10. lib. 7. Corn. conſ. vlt. lib 2. & 164. lib. 3. & 53. nu. 3. lib. 4. Dec. conſ. 571. nu. 4 Balbus, de præſcrip. in 1. par. 3. par. princ. q. 10. nu. 4. Grammat. deciſ. 70.

Fundamentum eſt in l. libertis, 18. §. 1. ff. de alimen. & cibar. legatis, vbi alimenta præteriti temporis peti poſſunt, licet longo tempore petita non ſint.

Item, quia actio non tollitur minori ſpatio quàm triginta annorum, l. ſicut, C. de præſcript. triginta vel quadraginta annor.

Tertia eſt ſententia Octauiani Oſaſchi, deciſ. 123. diſtinguentis, an maritus mortuus ſit, vel adhuc viuat, & vſuras petat temporis præteriti. Priore caſu, cum maritus mortuus eſt, & nunquam viuens vſuras petiit, præſumpſiſſe, vt in d. l. vir vſuras, ff. de donat. inter virum & vxor. Poſteriore autem non præſumitur remiſiſſe, quia apparet eum non habuiſſe animum donandi, cum iam vſuras petat.

Mihi nulla ex ijs ſententijs placet. Neque enim puto rectè definiri poſſe maritum uſuras dotis remiſiſſe, uel non remiſſe, ex longi temporis ſilentio, quia hoc ex facto pendet, & circunſtantijs eius: & ideo id committendum uidetur iudicis prudentię & arbitrio.

Non obſtat l. cum quidam, §. Diuus, quia in illa facti ſpecie, ideo longum tempus indicat uſuras remiſſas fuiſſe: quoniam creditor eas petendas nō putauit, ut eo gratior eſſet debitori.

Debitori igitur gratior eam ob cauſam fuerit: & eius gratiam prometitus eſt, aliaque forſan obtinuerat, quæ non obtinuiſſet: merito Iuriſconſultus ait, parum rectè uſuras præteritas eum petere.

Non obſtat l. uir uſuras, quia & in illa facti ſpecie multa concurrebant. Alimenta præſtita fuere toto tempore quo matrimonium durauit, dos prælegata fuit, donationes quoque fideicommiſſi uerbis confirmatæ. Ex his præſumitur, uir uſuras dotis remiſiſſe, quia ſi eas conſequendi animum habuiſſet, non talia feciſſet, quę facere non tenebatur.

ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER QVARTVS.

CAPVT PRIMVM.
De teſtamento inter liberos: ſi confectum fuerit nullis teſtibus præſentibus, an ſit ſeruandum.

Communis eſt ſententia Iuriſconſultorum, ex teſtamento imperfecto inter liberos ſeruandam, ac cuſtodiendam parentum uoluntatem, etiã nullis teſtibus adhibitis, conſcriptã ſeu comprehenſam aliqua ſchedula: ſicuti præclarè docet Iulius Clar. poſt alios, §. teſtamentum, quæſt. 14. And. Geyll, li. 2. obſer. 112. nu. 8. in principio. Quorum fundamentum eſt in trib. legib. poſitum: nempe Conſtantini, C. fam. herciſ. Theodoſij in l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto. C. de teſtamentis, & Iuſtiniani Nouella de teſtam. imperfectis: ex qua ſumitur authentica, quod ſine, C. de teſtamentis. Adde text. in l. filij, & in l. ſi cogitatio B ne, C. famil. herciſc. & Alex. conſ. 76. lib. 6. Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 7.

Cæterum Iacobus Cuiacius conſultatione omnium primam contrarium reſpondit, nec teſtamentum ſcilicet dici poſſe eam uoluntatem, cui teſtes deſinit. Nec Theodoſij lege, Conſtantini, & Iuſtiniani, ſe oſtendi ſcribit: quandoquidem Theodoſius illud teſtamentum imperfectum vocat, quod ſubſcriptum a teſtibus, & ſubſignatum non eſt; cui rei conſentaneum eſt Iuriſconſulti reſponſum in l. 6. ff. ad l. Corneliam, de falſis.

Quod vero attinet ad Conſtantinum, quanquam is in teſtamento inter liberos qualiacumque verba, vel indi- C cia ſufficere dixerit, non tamen eo ſermone teſtes excludi debent, veluti cum dicimus, fideicommiſſum nutu relinqui poſſe, non tamen dicimus abſque relinqui poſſe, l. & in epiſtola, C. de fideicommiſſis.

Denique Iuſtiniani lege non exiſtimat Cuiacius omne vitium in teſtamento inter liberos negligendum eſſe: Nec igitur illud, quod ſummum eſt, ſi videlicet nulli adhibeantur teſtes, a quibus nominis teſtamenti ſubſtantia deducitur.

Ego viri doctiſſimi ſententiam minimè probo: Moueor imprimis authoritate dictæ legis Cõſtantini, in illis A uerbis: *Etiamſi ſolemnitate legum huiuſmodi diſpoſitio fuerit deſtituta.* Quæ quidem verba omnẽ complectuntur ſolemnitatem, & conſequenter et teſtium adhibendorũ.

Deinde moueor authoritate d. Nouellæ Iuſtiniani de teſtamentis imperfectis, perpendoque illa verba. *Volumus, ut ſi quis litteras ſciens inter ſuos filios uoluerit facere diſpoſitionem, primum quidem eius ſubſcriptione tempus declaret: deinde quoq; filiorum nomina propria manu, ad hoc uncias, in quibus ſcripſit eos hæredes,* &c. Et paulo poſt *tamen aut uxori, aut extraneis perſonis aliquibus uoluerit relinquere legata, aut fideicommiſſa,* &c. *Et hæc propria ſcripta manu dictaque a teſtatoribus coram teſtibus, quoniam omnia conſequenter in diſpoſitione poſita ipſi, & ſcripſerunt,* B *& uolunt ualere ſint firma,* &c.

Ex his verbis animaduerto iſtud Imperatorem velle, vt teſtamentum inter liberos conſcriptum abſque teſtibus, ſeruandum ſit, ſi modo pater formam obſeruauerit præſcriptam, niſi aliquid vxori, vel extraneis legauerit; tunc enim teſtes adhibendi ſunt.

Igitur hæc Nouella magnum argumentum nobis ſuppeditat; Immo vero teſtimonium firmiſſimum pro communis ſententiæ confirmatione, eo ſaltem in caſu, quo inter liberos duntaxat paterfamilias teſtatur, etiam abſque teſtibus ſeruandam eius uoluntatem.

Porrò quod attinet ad Theodoſij legem: etſi imperfe C ctum teſtamentum illud eſſe Theodoſio, exiſtimari põt, quod teſtiũ ſubſcriptione, & ſubſignatione caret, ex his argumentis, quæ Cuiacio afferuntur, attamen generaliter puto imperfectum cenſeri teſtamentum etiam ipſi Theodoſio, quod alijs ſolemnitatibus eſt deſtitutum.

Huius rei coniecturam habeo ex dicta nouella Iuſtiniani de teſtamentis imperfectis, in illis uerbis: *Inſuper, & Theodoſius decreuit non in patribus ſolum hoc diſponens, ſed etiam in matribus & aſcendentib. utriuſque naturæ. Hãc apprehendentes licentiam homines, in tantam ingreſſi ſunt obſcuritatem, ut diuinantibus magis, quam interpretantibus hæc egerent.* Et paulo ante Imperator dixit Conſtantinũ

legem

legem ſcripſiſſe, de qua dictum eſt, atque idem ſubdit decreuiſſe Theodoſium: ergo Theodoſio teſtamentum erit imperfectum eo modo, quo & Conſtantino, Conſtantinus autem etiam omni ſolemnitate deſtitutũ teſtamentum vires habere uoluit: igitur & idem Theodoſius voluiſſe videtur.

Quod ſi teſtes adhibendi eſſent, nec omni ſolemnitate deſtitutum eſſe diceretur teſtamentum, & tali obſcuritati locus non fuiſſet, ex lege Conſtantini. Theodoſij, & qualem Iuſtinianus deſcribit, dicens. *Homines ex his legibus in tantam ingreſſos fuiſſe obſcuritatem, vt diuinantib. potius, quam interpretantibus egerent.*

CAPVT II.

Ad interpretationem d. Nouellæ de teſtamentis imperfectis: Et d. l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de teſtamentis, an locum habeant in teſtamento nuncupatiuo; & an locum habeant. quando pater non æquis portionibus liberos hæredes inſtituit.

MArtinus gl. antiquus, exiſtimauit Theodoſij, & Iuſtiniani legem, de qua agitur, ad teſtamentũ in ſcriptis duntaxat celebratum pertinere: de eo enim duntaxat, non autem de nuncupato loquitur.

Secuti ſunt eandem ſententiam Fulgoſius, & Salicetus.

Petrus Philippus Corneus ita diſtinguit, vt ſi quidem teſtator literas nouerit, tunc imperfectum teſtamentum inter liberos ab eo conditum ita demum obtineat, ſi formam Nouellæ obſeruauerit: ſi vero literas ignorauerit, ſimpliciter ualere exiſtimat: quia de eo, qui literas ignorat, non loquitur Iuſtiniani nouella.

Sed, ut ego exiſtimo, illa diſtinctio longè planior, & legibus conuenientior eſſe videtur: vt ſi quidem de teſtamento ſcripto quæratur, reſpondendum ſit non aliter ſeruandum, quam ſi nouellæ conſtitutionis forma fuerit obſeruata. De teſtamento enim ſcripto, & nouella loquitur, & lex Theodoſij.

Cæterum, ſi de nuncupatiuo teſtamento agatur, quod ſine ſcriptis appellarunt, ita ſtatuendum ſit, vt nec forma nouellæ conſtitutionis opus habeat, & quoquo modo confectum cuſtodiri debeat: dummodo ex indicijs, coniecturis, & alijs quibuſcumque modis conſtare poſſit de patris inter liberos voluntate, licet vltima hæc uoluntas omni legũ ſolemnitate deſtituta ſit. Quæ ſententia Conſtantini lege vltima, C. familiæ hærciſcundæ, manifeſtè probatur, vt merito, & a Doctoribus noſtris recepta ſit, & ab vſu forenſi. Vide Corneum in cõſ. 18. lib. 3. & Iulium Clarum, §. teſtamentum, q. 11.

Sed non vulgaris eſt controuerſia: an hæc obtineant, ſi liberi inæqualiter fuerint hæredes inſtituti: etenim tres ſunt Doctorum ſententiæ. Prima, affirmans. Secunda, negans. Tertia, diſtinguendum eſſe; nam ſi magna fuerit inæqualitas, nullo modo obtinere; ſin autem modica, obtinere. Vide Caſtrenſem, Alexandrum, & alios, ad l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de teſtamentis. Nattam in conſ. 644. Couaruuiam ad cap. Raynutius, §. 1. num. 3. de teſtamentis. Manticam de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 6. tit. 2. nu. 16. Andream Geyll, lib. 2. obſeru. 112. nu. 23.

Affirmantis ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum ex d. §. ex imperfecto. Nam Theodoſius dicit: Ex imperfecto teſtamento voluntatem inter liberos valere, nec diſtinguit: vtrum æqualiter, vel inæqualiter fuerint hæredes inſtituti: Ergo, neque nobis diſtinguere licet, l. de precio, ff. de Publiciana.

Secundum argumentum eſſe ex eo, quod ratio legis locum habeat, ſiue æqualiter, ſiue inæqualiter hæredes inſtituantur liberi: ergo & lex in vtraque ſpecie locum habere debet: Illa enim eſt legis ratio, quam commemorat Iuſtinianus in d. nouella, de teſtamentis imperfectis:

A videlicet in tantum erga parentes lex verecũda ſit, vt in eis inter liberos voluntatem ſuam declarantibus, tot ſolemnia non requirat. Hæc ratio locum habet, ſiue æqualiter, ſiue inæqualiter filij hæredes inſtituantur.

Tertium eſt ex l. vlt. C. familiæ hereiſcundæ, vbi dicitur: *Seruato Senatuſconſulti auxilio*, defuncti voluntatem cuſtodiendam eſſe inter liberos. Si locus eſſe debet auxilio Senatuſconſulti, ſcilicet Trebelliani: ergò fieri poteſt vt alter filiorum onere fideicõmiſſi pręgrauetur, vt proinde quartam ex Trebelliano deducere poſſit, ex quo maximam oriri inæqualitatem poſſe perſpicuum eſt.

Quartum argumentum ſumitur ex Nouella de teſtamentis imperfectis, quatenus ibi Iuſtinianus ſtatuit, vt pater in teſtamẽto, quod inter ſuos ſuos filios facit, inter cætera: *Vncias in quibus ſcripſit eos heredes, declaret*, &c. Nam ſi ęquis portionibus hæredes inſtituendi eſſent filij, vt teſtamentum imperfectum ualeret, non eſſet neceſſe vncias declarare, in quibus filiorum quilibet hæres

B inſtitutus eſſet: deberent enim omnes æqualiter inſtitui, non autem certæ quædam vnciæ pro arbitrio patrisfamilias filijs attribui.

Argumenta vero negantis ſententiæ hęc ſunt. Primum ex l. vlt. C. familiæ herciſcundæ, in illis verbis: *Pares eſſe uidentur*. Hæc enim verba nonnulli ſic interpretantur, ut æqualem inter filios hęreditatis diuiſionem ſignificent.

Secundum argum. eſt, quia ratio legis ceſſare videtur, quando inæqualiter liberi ſunt hæredes inſtituti: Illa enim eſt ratio, cur teſtamentum imperfectũ ſeruandum ſit inter liberos, quia cũ filij ab inteſtato ſucceſſuri ſint, nulla eſt fraudis ſuſpicio; ideoq; cautionibus, & ſolemnibus tot, ac tantis ad euitandas fraudes inuentis, opus non eſt. Hæc ratio ceſſat, ſi liceat parenti liberos inæqualiter inſtituere. Alter enim fraudem, & dolum excogitare poteſt, atque etiam adhibere, vt maiorem conſequatur hæreditatis portionem.

C Fundamentum denique ſnīæ diſtinguentis illud, eſt vnum; quod ubi maxima eſt inæqualitas, minimè æquũ eſſe videatur, patris voluntatem ex imperfecto teſtamento valere, ne lites, ſimultates, & diſcordiæ oriantur inter fratres, quæ ex inuidia propter inæqualitatem oriri ſolent. Cæterum ſi modica ſit inæqualitas, æquũ ſit, patris voluntatem, quæ nullum ferè malũ paritura eſt, ſeruari.

Ego ſanè in priorem ſententiã longè ſum procliuior, eo potiſſimum argumento, quod ſi in hac ſpecie ſeruanda erat à parentibus æqualitas inter liberos teſtantibus, æquum ſanè erat legis auctorem id exprimere, cum maximi ſit momenti: Deinde illud me maximè mouet, ꝗ alioqui hæc inueſtigatio: an parentis teſtamentum imperfectum inter liberos ſeruandum ſit, nullam afferret vtilitatem. Nam ſi liberi æqualiter ſunt inſtituendi, nil referre videtur, vtrum ſeruandum ſit necne teſtamentum: ſi enim ſeruandum ſit, ęqualiter ſuccedent defuncto parenti: ſi uero non ſit ſeruandum, ſimiliter ab inte

D ſtato ęquis portionibus vocantur.

Ad primũ argum. contrarię ſententię reſpondeo, illa verba: *Pares eſſe videntur*, non eum ſenſum habere, de quo in argumento dr̃, ſed hoc ſignificare: inter oẽs hęredes ſuos, hoc eſt, liberos, qui ex quolibet venientes gradu tñ pares eſſe videntur, &c. id eſt, pares in ſuccedendo, veluti filius, & nepos ex filio pręmortuo: iſti. n. pares ſunt in ſuccedendo, licet non ſint in eodem gradu. Inter omnes igitur hos, qui pariter ſuccedunt ab inteſtato, patris vltima voluntas cuſtodienda erit, licet ſolemni teſtamento non contineatur. Hic eſt ſenſus legis Cõſtantini.

Ad ſecundum reſpondeo, paternam inter liberos diſpoſitionem, non tam eſſe fraudibus expoſitam, vt ſunt alias cęterę vltimæ voluntates, & teſtamenta, ſuſpicionem allatam in argumentu leuem eſſe, & quæ minimè filiorum erga patrem charitati præferenda ſit, aut tanti facienda, ut idcirco ſcrupuloſa omnia teſtamentorum ſolemnitas à perſonis huiuſmodi exigenda ſit. Nec puto

ratio-

rationem eſſe habendam eius argumenti, quo nititur diſtinguens ſententia, cum parentibus licere ſit perſpicuũ plus uni filiorum, quam alteri relinquere, ſi modo legitimam cuique portionem relinquant, l. parentibus, C. de inoffic. teſtam.

CAPVT III.

Vtrum, quod dictum eſt hactenus de teſtamento imperfecto parentum inter liberos, habeat locum cum liberi ſunt naturales tantum: & quid ſi reſcripto Principis ſint legitimati: & an locũ habeat in teſtamento ad pias cauſas.

Etiam inter filios duntaxat naturales ex imperfecto teſtamento paternam diſpoſitionem vires obtinere, docuit Speculator titulo de inſtrumentorum editione, §. compendiosè. Quem ſecutus eſt Paulus Caſtrenſ. in comment. l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, C. de teſtamentis. Et fundamentum eſt in l. naturalibus, C. de confirmando tutore, in illis verbis: *Naturalibus liberis prouidentes, damus licentiam patribus eorum in iis rebus, quas quocumque modo eis dederunt, vel reliquerint, & tutorem eis relinquere*, &c. His enim verbis patet, patrem poſſe quocumque modo filiis naturalibus relinquere, & conſequenter etiam ex teſtamento minus perfecto, & ſolemni.

Sed contrariam ſententiam longè, & communiorem & veriorem eſſe iudico, leges nimirum, quæ de teſtamentis inter liberos imperfectis loquuntur, ad liberos duntaxat legitimos, & naturales pertinere: non autem ad liberos naturales tantum. Quæ ſententia fuit Angeli, & aliorum, ut per Decium in conſ. 610. nu. 2. Et per Clarum, §. teſtamentum, q. 12. & eam aliis citatis ſecutum eſſe Senatum Pedemontanum teſtatur Ant. Teſſaur. deciſ. 94.

Fundamentum ſolidiſſimum eſt ex eo, quod leges de teſtamento inter liberos, ſeu inter filios loquentes, de his accipiendæ ſint, qui verè, & propriè ſunt filii. Filium autem definimus eum, qui ex legitimo matrimonio natus eſt l. filium, ff. de his qui ſui, vel alieni iuris ſunt. Quod ſi quandoque ad filios naturales extendantur leges de filiis loquentes, illud exprimi ſolet legibus ipſis, nec expreſſum eſſe in hac, qua de agitur, ſpecie, animaduerto.

Quod vero attinet ad l. naturalibus, exiſtimo verba illa, *Quocumque modo*, &c. quæ pro contraria ſententia perpenduntur, non eum habere ſenſum, vt patẽti liceat quoquo modo, etiam legis forma neglecta filiis naturalibus teſtamento relinquere, ſed ſenſus eſt: *Quocumque modo*, id eſt, ſiue inter viuos, ſiue in ultima voluntate parentes dederint, uel reliquerint, quemadmodum etiam ibi gloſſa rectè exponit.

Cæterum, ſi filii naturales ſint legitimi, rurſus controuertitur, an idem ſtatuendum ſit circa teſtamentum imperfectum, quod inter liberos ex iuſto matrimonio procreatos conſtitutum eſt, ut uidere licet ex Decio, in d. conſ. 610. ex Iaſone in comment. d. §. ex imperfecto, & ex Andr. Geyl, lib. 2. obſer. 22.

Fundamentum negantis ſententię poſitũ eſt in l. ult. C. de his qui ueniam ætatis impetrauerunt. *Si quis aliquid dari, vel fieri voluerit*, ait textus, *& legitimæ ætatis fecerit mentionem, illam tantummodo ætatem intellectam volumus, quæ viginti quinque annorum curriculis completur; non quæ ab Imperiali beneficio ſuppletur.*

Sic & in ſpecie noſtra, quæ dicuntur de teſtamento inter liberos, ad eos pertinere uidentur, qui uerè ſunt liberi, & ex legitimo matrimonio geniti: non autem ad eos, qui Imperiali beneficio legitimi effecti ſunt.

Sed contraria ſententia uidetur mihi longè probabilior, eo argumento, quod liberi naturales, qui Imperiali Reſcripto legitimi efficiũtur, iiſdem iuribus, & commodis frui debeant, quibus fruantur cæteri ex legitimo Matrimonio procreati, ſic e[nim] diſertè, & prolixè ſtatuit Imperator in §. & quoniam variè, & in §. ſit igitur licentia, in Auth. quib. modis naturales efficiantur ſui. Cõſequẽs eſt igitur, vt & hoc commodo ſiue iure, frui debeant, de quo noſtra eſt diſputatio: neq; .n. exceptum illis, ac ſubtractum aliqua lege videtur.

Nec mouet textus in d. l. vlt. hęc enim diſſimilia ſunt, quia minorem annis viginti quinque Princeps facere maiorem nequit, ſed eum, qui legitimus non eſt, legitimum efficere poteſt: Vide Alexandrum, conſ. 2. numero 52. libro primo.

Quod attinet ad tertium, quod titulus huius capitis pollicetur; In Teſtamento ad pias cauſas locum habere, quæ noſtris legibus ſancita ſunt de teſtamento imperfecto inter liberos, reſpondit Alexander in conſil. 3. libro 7. & poſt eum alios citans Iacobus Menochius, in conſil. 224. libro 3. ſed contrarium reſponderunt Aretinus in conſil. 64. & Socinus iunior, in conſil. 189. num. 76. libro 2.

Fundamentum prioris ſententiæ illud eſt, quod non magis fauendum ſit liberis, quam piis, & religioſis locis, ſiue rem ipſam intueamur, quæ cum ad religionem ſpectet, & pietatem, maximo fauore digna eſt, ſiue ipſius teſtantis voluntatem, qui animæ ſuæ ſalutem, & commodum cordi magis habere cenſetur, quam filiorum vtilitatem. Poſterioris vero illud eſt argumentum: quod leges noſtræ de teſtamentis imperfectis inter liberos loquantur, non autem de teſtamentis ad pias cauſas.

Ego ſanè, benigniorem ſententiam illam eſſe prima fronte iudicabam, quæ religioni fauet, & menti eorum, qui leges conſcripſerunt, magis conſentaneam. Coniectura illa motus, quod teſtamentum ad pias cauſas coram duobus uel tribus teſtibus conditum valere cõſtat, ex cap. relatum, de teſtamentis: cur igitur non ualeat, etiamſi reliquis ſolemnibus deſtitutum ſit, cum certum ſit teſtium numerum primas ſibi inter cætera ſolemnia partes vendicare; ſi numerus teſtium minor quam legibus requiratur, teſtamentum ad pias cauſas uitiare non ſolet, ego ſic ſtatuebam, nec illud vitiari teſtamentum, quod cæteris iuris ciuilis ſolemnibus caruerat, adeoque ſufficere, ſi ea adhibeantur, quæ in teſtamentis inter liberos imperfectis, leges requirunt. Sed hanc ſententiam amplecti non poſſum, eo in caſu quo ſcheduła manu teſtatoris reperiatur, quæ coram teſtibus publicata non ſit, etſi enim pugnantes ſint Doctorum ſententiæ, nec deſint qui faueant piæ cauſæ, vt patet ex Couarun. in c. pit. relatum, in primo, num. 12. de teſtam. tamen contrariam ſententiam amplector, quam ſecuti ſunt Clarus, alios citans, §. teſtamentum, quæſt. 7. & poſt alios Iacobus Tomiugius, Quæſtionum, ac deciſionum, cap. 4. Moueor; quia nec iure Canonico locus vllus extat, qui pias cauſas iuuet in propoſita ſpecie, & magnoperè aduerſatur Iuſtinianus in nouella de teſtam. imperf. quatenus vult exceptis liberis, ita demum legata deberi, & fideicommiſſa, ſi coram teſtibus nuncupentur. Verba hæc ſunt: *Si tamen aut uxori, aut extraneis perſonis aliquibus voluerit relinquere, legata, aut fideicommiſſa, aut libertates, & hæc propria ſcripta manu, dictaque a teſtatoribus, coram teſtibus, quoniam omnia conſequenter in diſpoſitione poſita, ipſi & ſcripſerunt, & volunt ualere, ſint firma.*

CA-

CAPVT IV.

Vtrum Teſtamentum inter liberos imperfectum ſeruari debeat; vbi non ſolùm ſolennia deſunt, ſed voluntas quoque imperfecta eſt. Et an liberi ſuccedant ab inteſtato; an verò ex Teſtamento tali imperfecto.

NOn poteſt prima, quam propoſui, controuerſia definiri, niſi diſtinctione adhibita, quæ tres complectatur Propoſitiones ſiue Concluſiones.

Prima Propoſitio: Si Teſtamentum facere quis inceperit, & cùm hæredibus primis inſtitutis, ſecundos hæredes conſcribere vellet, morte impeditus non potuerit, videtur potius incepiſſe Teſtamentum facere, quàm feciſſe: Itaque nec primi hæredes obtinebunt hæreditatem. Ita Iabolenus in l. ſi quis, 25 ff de Teſtamentis; quam obrem id, quod Conſtantinus ſcribit in l. vlt. C. Familiæ herciſcundæ: *Siue inceptum neque impletum ſit Teſtamentum*, &c. cuſtodiendam eſſe patris defuncti voluntatem inter liberos rectè exponitur accipiendum eſſe de eo Teſtamento, quod impletum non eſt quantum ad iuris ſolennia; ſi enim Teſtator morte præuentus illud perficere non potuiſſet, aliter ex ſententia Iaboleni reſpondendum eſſet.

Secunda propoſitio: Si Teſtatoris voluntas imperfecta ſit, quia conditiones, quas adſcribere volebat, non adſcripſerit: veluti, Ille hæres eſto, ſecundùm conditiones infrà ſcriptas, tunc ſi nulla ſit adiecta conditio, valet nihilominus inſtitutio, & pro pura habetur, l. ſi teſtamentum, C. de inſtitutionibus & Subſtitutionibus vbi Imperator eo vtitur argumento, quòd Papinianus reſpondit, vicos Reip. relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommiſſo minus deberi, quòd Teſtator fines eorum, & certaminis formam, quod celebrari ſingulis annis voluit, alia ſcriptura ſe declaraturum promiſit, ac poſtea morte præuentus non fecit, vt in l. cum pater, §. vlt. de legatis 2.

Sed huic deciſioni obſtare videtur, quod Marcellus reſpondit in l quoties, 9. § Tantundem, ff. de Hæredibus inſtituendis: *Si enim* ait textus, *tantundem Marcellus tractat, & in eo, qui conditionem deſtinans inſerere non addidit; Nam & hunc pro non inſtituto putat:* Difficilis ſanè Antinomia, quæ hactenus doctiſſima exercuit ingenia. Duarenus ad tit. de condit. inſtitut. c. 3. ad finem, exiſtimat Marcelli ſententiam Vlpiano non probari, eo argumento quod & in l. 2 ff de hæred. inſtit. eandẽ improbare videatur. Et reuera non ſimpliciter eam Marcelli ſententiam Vlpianus probat: Subdit enim in d. §. tantundem: *Sed ſi conditionem addidit, dum nollet hæredem futurum detracta ea, nec nuncupatum videri, quod contra volũtatem ſcriptum eſt, quam ſententiam & ipſe, & nos probamus.* Ex quibus verbis apparet eo tantùm in caſu Marcelli ſententiã probari, quo voluntas teſtatoris eſt, vt detracta conditione, hæres non ſit, quo in caſu nõ eſt accipienda Imperatoris lex, quare Antinomia facilè conciliatur. Et iſtud eſt, quod idem Vlpianus dixit in d l. 2. ff. de hæredibus inſtitu. *Si voluntas defuncti non refragatur*, &c.

Tertia propoſitio: Cum Teſtator ſcripſit manu ſua Teſtamentum inter liberos, deinde iuſſit vt Notarius vocaretur, & ſimul etiam Teſtes, quibus præſentibus ſuam vltimam volũtatem declarare ſe velle dixit: antequam verò Teſtes & Notarius accederent, mortuus eſt, non valet ea diſpoſitio. Ita reſpondit Oldradus in conſil. 119. quem multi ſecuti ſunt relati à Couarruuia in cap. relatum, 1. extra, de Teſtamentis.

Fundamentum huius ſententiæ eſt primo, in l. Fideicommiſſa, verſiculo quoties, ff. de legatis 3. *Quoties*, ait textus, *quis exemplum Teſtamenti præparat, & antequam teſtetur, non valet: antequam teſtetur*, id eſt, antequam Teſtibus adhibitis & vocatis ſuam declaret voluntatem. Secundò in l. ex ea ſcriptura. ff. de Teſtamẽtis: *Ex ea ſcriptura*, ait lex, *quæ ad Teſtamentum faciendum parabatur,* A *ſi nullo iure Teſtamentum perfectum eſſet, nec ea, quæ fideicommiſſorum verba habent, peti poſſunt.* Tertiò, in l cõtractus, C. de Fide Inſtrumentorum, & in l. 2. C. de ſententijs ex periculo recitandis.

Cæterùm, contrariam ſententiam probabiliorem eſſe iudico, quam ſecutus eſt Alex ad l. hac cõſultiſſima, § ex imperfecto, C de Teſtamentis. Et poſt eum alij, quos refert & ſequitur præceptor meus honorãdus, Ioannes Cephalus, in conſ. 99. Moueor ex l. vlt. C. Familiæ herciſcondæ, vbi Conſtantinus patris voluntates inter liberos cuſtodiri mandat: *Quocunque modo ſcripturæ, quibuſcunque verbis vel indicijs inueniantur relictæ.* At in ſpecie hac ſcriptura extat paternæ voluntatis, quam ſola mors eius publicari prohibuit; voluntas manifeſta & perſpicua, claroque & perſpicuo comprehenſa documento, ideo eſt ſeruanda. Huc accedat Nouella Iuſtiniani de Teſtamentis imperfectis, ex qua talem ſcripturam robur accipere nulli non conſtat, ſi cæteris deſtituta non erit, quæ à Iuſti- B niano exiguntur.

Argumenta verò Oldradi & ſequacium ad hanc ſpeciem noſtram non pertinent, in qua de Teſtamento inter liberos agitur, ſed locũ habere poſſunt in alijs Teſtamentis ac diſpoſitionibus, quę abſque ſolennibus confici non poſſunt, nec tot ornantur priuilegijs, quot paternam diſpoſitionem inter liberos proſequutæ ſunt leges.

Quòd attinet ad alteram controuerſiam, etſi Caſtrenſis, Alexander, Iaſon, & quidam alij interpretes, in l. hac conſultiſſima, § ex imperfecto, C. de Teſtamentis, in propoſita ſpecie docuerint: Liberos ex Teſtamento licet imperfecto ſuccedere, quaſi Teſtamentũ valeat, licet ſolennibus iuris deſtitutum, quia lex ea ſolennia nõ requirat in Teſtamento inter liberos, tamen contraria ſententia mihi magis probatur, quam ſecutus eſt Accurſius, in d. §. ex imperfecto, Liberos nimirum ab inteſtato ſuccedere. Huic enim ſententiæ magnoperè mihi adſtipulari videtur Conſtantinus in d. l. vlt. C. familiæ herciſcundæ, in il- C lis verbis: *familiæ herciſcundæ licet ab inteſtato ad ſucceſſionem liberi vocentur, ſeruato ſenatuſconſulti auxilio, defuncti diſpoſitio cuſtodiatur* Atque illud maximè perpendo, Theodoſium in d §. ex imperfecto, & Iuſtinianum in d. Nouella, de Teſtamentis imperfectis, vnum hoc inculcare, vt paterna voluntas cuſtodiatur; nunquam proferre vllum verbum, quo Teſtamentum valere ſignificetur.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores, Conſtantinum accipiendum eſſe, cùm Teſtator nullos inſtituit hęredes in Teſtamento. Non rectè: quia vaticinãtur Item: quia ſi nullus eſſet hæres inſtitutus, nec locus eſſet ſenatuſconſulto Trebelliano, cuius ibi ſit mentio.

Secundò reſpondent: Filios quidem ſuccedere poſſe ab inteſtato, ſed tamen nõ prohiberi etiam ex Teſtamento ſuccedere, ſi velint. Non rectè: quia ſi Teſtamentum valeret, non diceret Conſtantinus eos ab inteſtato ſucce- D dere: Quid enim opus eſſet inteſtati ſucceſſione, aut quid pertineret ad Teſtamentum validum poteſtas ab inteſtato ſuccedendi? Quandiu poteſt ex teſtamento adiri hæreditas, ab inteſtato non defertur, l. Quandiu, ff de acquir. poſſ.

Tertiò reſpondent ſaltem ex Nouella Iuſtiniani colligi poſſe Teſtamentum valere; de quo agitur. Non rectè: quia nullũ in ea Conſtitutione legitur verbum hac de re.

CAPVT V.

Vtrum Teſtantis voluntas ex Teſtamento imperfecto & non ſolenni, obſeruanda ſit ab hæredibus in foro conſcientiæ & animæ, vt loquuntur.

COntrouerſia hæc celebris eſt, & tractatur latè ab Interpretibus in l. 1. ff. de Condictione indebiti, & poſt eos diligenter à Couarruuia, in cap. cùm eſſes, de teſtamentis, necnon à præceptore meo Deciano, in conſilio 46. numero 93. libro 2. Franciſco Man-

tica de coniecturis vlt. voluntatum, lib. 2. tit. 14. & à Iacobo Menoch. de præſumptionib. lib. 1. q. 80. Ab iſtis Canoniſtæ, Theologi & cæteri omnes referuntur.

Ego eorum ſententiam magis probo, qui hæredem teneri aſſeruerunt ad præſtanda legata cæteraque exequẽda & implenda, quæ Teſtamento minus ſolenni continentur, ſi hæres non ignoret, eam reuera fuiſſe teſtatoris voluntatem. Hanc ſententiam vbi confirmauero, tum facilè contrariæ ſententiæ argumenta diluam.

Probatur igitur hoc argumento. Si hæres iure naturali obligetur ad implendam Teſtatoris volũtatem, quæ in teſtamento minus ſolenni continetur, ſine dubio etiã in foro, vt loquuntur, conſcientiæ obligabitur: ſed verum eſt prius, verum igitur & poſterius. Maior propoſitio probatur ex communi omnium ſentẽtia, in c. nouit, de iudicijs: omnes enim hanc concluſionem admittunt, ac veram eſſe fatentur; eum, qui naturaliter obligatur, etiam in foro conſcientiæ obligari. Minor autem probatur: quia ſi hæres non eſſet naturaliter obligatus ad implendam teſtatoris voluntatem, ex minus ſolenni Teſtamento, liceret ei ob eã cauſam ſolutum repetere, l. quod indebitum, & l. naturaliter, & l. ſeq. ff. de condict. indeb. l. quod pupillus, ff. eod. tit. cum alijs ſimilib. Sed repetere non ei licet, l. 2. C. de fideicommiſſis, l. non dubium, C. de Teſtamentis: ergò naturaliter obligatur. Quamobrẽ Iuriſconſultus in l. in Teſtamento, ff. de fideicommiſſarij libertatibus, reſpondit, *Pios filios debuiſſe manumittere eam*, cui pater in Teſtamento, quod perfectum non erat, libertatem & fideicommiſſa dedit.

Confirmatur hoc argumentum: Nam ſi v. g. Teſtamentum conditum ſit coram duobus, vel trib. Teſtibus, non eſt quidem ſolenne, ſed tamen iure naturali valet; quia in ore duorum vel trium ſtat omne verbum, c. relatum, c. cum eſſes, de Teſtamentis: igitur hoc in caſu hæres erit obligatus. Eadem ratio eſt de alijs ſimilib.

Reſpondet Couuar. in d. c. cum eſſes; ex minus ſolenni Teſtamento non oriri naturalem obligationem, ſed quandam obligationem quæ inſurgit ex honeſtate, & debito morali, non autem ex legis vinculo. Sed obſtat huic reſponſioni, quod cum talis obligatio impediat ſoluti repetitionem, videtur oriri ex aliquo legis vinculo, alioqui non impediret. Deinde illud maximè obſtat, quod Doctores à Couuarruuia citati ad probandum ex Teſtamento minus ſolenni obligationem naturalem non oriri, nullo ſatis firmo nituntur fundamento: Etenim nituntur, l. ſi creditoris, C. de fideicommiſſis, cuius hęc ſunt verba: *Si creditoris voluntas iure ſubnixa liberari de debito volentis doceri poteſt, & antequam ſolenniter tibi liberatio à ſucceſſore preſtetur, exceptionem tibi ex voluntate defuncti deſcendentem competere manifeſtum eſt.*

Argumentum ſumunt à contrario ſenſu: ergò nulla competit exceptio debitori liberato ex voluntate creditoris, ſi ea voluntas iure ſubnixa non eſt, id eſt, ſolennis & perfecta. Sed vt maximè hoc argumentum valeret, non tamen nobis conſtat, an in ea ſpecie voluntas defuncti fuerit hæredi cognita, & perſpecta, vt ex conſcientia relicti fideicommiſſi ſatisfacere voluntati defuncti teneretur. Etenim fieri poteſt, vt Teſtantis voluntas nullo modo obliget hæredem, cum videlicet non ſolum eſt minus ſolennis: verum etiam ignorata ab ipſo hærede, ita vt aliqua ratione dubitare poſſit: an ea fuerit defuncti voluntas: Nam ſi exciperet debitor, ſibi relictã eſſe liberationem à defuncto, in ſpecie dictæ legis aduerſus hæredem creditorem debitum petentem, hæres ipſe replicaret; defuncti voluntatem iure ſubnixam non fuiſſe, nec debitori liceret replicare: Atqui licet iure ſubnixa non ſit, ea conſcientia tamen ſatisfacere teneris voluntati defuncti; non inquam iſta liceret replicare apud Diocletianum, & Maximianum: quia certò non conſtat, nec vlla fit mentio in ea lege: vtrum loquantur etiam in hac hypotheſi, in qua conſcientia hæredem vrget.

Præterea, nituntur iidem Autores autoritate, l. ſi veritas, C. de fideicommiſſis, leui ſanè, vt mihi videtur, con-

A iectura: *Si veritas*, inquit textus, *vel ſolennitas iuris deeſt, nec amplexus parentis voluntatẽ relicta dediſti, vel Tranſactionis cauſa ſtipulantibus promiſiſti, negotiumque integrum eſt, ad ſolutionem vrgeri non potes.*

Leuis, inquam, immò nulla coniectura eſt; quia nullus eſt, qui dicat quempiam vrgeri poſſe ad ſoluendum quod relictum eſt in Teſtamento minus ſolenni: vrgeri, inquam, in foro, vt vocant, externo, iudicialiter propoſita actione: Verum noſtra diſputatio eſt de foro interno conſcientiæ, atque animæ iudicio.

Primum argumentum cõtrariæ ſententiæ. Iuſtæ ſunt leges, quæ ſolennia Teſtamentorum induxerunt, & iuſtam ob cauſſam conſtitutæ: ergò obligant & locum habent etiam in foro conſcientiæ. Reſpondeo: Nego illationem illam, quæ poſtea deducitur in hac ſpecie: ergò hæres non obligabitur in foro conſcientiæ: Nam etſi leges iuſtæ ſint: aliter tamen de illis iudicatur ſecundum forum externum, aliter ſecundum forum conſcientiæ. Ecce non poteſt venditio reſcindi ob quamcunque Vẽ-
B ditoris læſionem in precio l. ſi voluntate, C. de reſcindenda venditione, hæc eſt lex iuſta, & iuſtas ob cauſſas ordinata, & tamen in foro conſcientiæ emptor, qui læſit, obligatur ad ſupplendum iuſtum precium Venditori; Sicuti latè probat Couarruuias, lib. 2. variarum Reſolut. c. 4. Sotus de Iuſtitia & iure, lib 6 q. 3. art. 1. Arius Pinellus, ad l. 2. C. de reſcindenda Venditione, in 2 parte, num. 35. Vis aliud exemplum? En ubi Actiones, Redhibitoria, Quanti minoris, de dolo, certo tempore circumſcriptæ ſunt, quo elapſo exerceri non poſſunt, & tamen reus in conſcientiæ foro liberatus non eſt, ſed obſtrictus, vt rectè declarat idem Couuar. ad Regulam, Poſſeſſor malę fidei, §. 11. nu. 5. de Regulis Iuris, lib. 6.

Secundum argumentum Iudex iuſtè pronunciat Teſtamentum nullum, quod ſolemnibus caret, & iuſtè adiudicat legitimis hæredibus hæreditatem, l. ſi poſt diuiſionem, C. de Iuris, & facti ignorantia, l. ex imperfecto, C. de teſtamentis, igitur talis ſententia obtinet etiam in
C foro conſcientię, c. 3. de Maioritate, & Obedientia, cap. omnis anima, de cenſibus. Reſpondeo: Nego conſequẽtiam: ſępè enim aliquid ſecundum forum externum iuſtum reputatur, quod in foro conſcientiæ locum non habet, c. vlt, 17. q. 4. ibi. *Iure fori, ſed non iure poli.* Iudex iuſtè pronunciabit contractum Venditionis reſcindendum non eſſe, nec iuſtum precium ſupplendum, nec poſt tempus conſtitutum à lege de dolo agi poſſe, & tamen is ſecundum quem pronunciabit, quo ad animę iudicium, & conſcientiam tutus non erit, ſi ſciens aduerſarium decepit, vti paulò antè diximus.

Tertium argumentum. Ad omnem actum perficiendum duo requiruntur: Voluntas & poteſtas, ſed hic voluntas quidem Teſtatoris adeſt, verum deeſt poteſtas: quia nemo Teſtamentum facere poteſt validum abſque ſolennibus: Ergò hæres nullo modo obligatur ex tali Teſtamento. Reſpondeo: Hæredem quidem non obligari ciuiliter, vt proinde cogi poſſit actionibus propoſi-
D tis in iudicio ad implendam defuncti voluntatem; verumtamen obligatur naturaliter: Neque enim lex ciuilis naturalem obligationem impedit in hac ſpecie, aut verò impedire poteſt, propterea quòd ſolennia non adhibeantur in Teſtamento.

Quartum argumentum. Iure Canonico Teſtamentum non valet, ſi fiat coram vno teſte tantum, vel duobus teſtibus: fieri enim debet præſentibus duobus teſtibus & parocho, capit. cum eſſes, de Teſtamentis. Aut ergò tunc in foro conſcientiæ obligabit; aut non obligabit. Si non obligabit, ſequitur Teſtamentum minus ſolenne in foro conſcientię hæredem non obligare. Si verò obligabit, ſequitur abſurdum: nempe ius Canonicum inducere peccatum: quia ſcilicet Teſtamentum illud non approbat, quod obligat in foro conſcientiæ hęredem, quod abſurdum vt euitetur, dicendum eſſe videtur, Teſtamentum nullum in foro externo, nullas habere vires ad obligandum etiam in foro con-

ſcien-

ſcientiæ. Reſpondeo: Teſtamentum ſolennibus deſtitutum, de quibus in argumento, Iure Canonico nullum eſſe, ſed tamen hæredem ex conſcientia teneri, nec propterea peccatum aliquod induci, aut permitti Iure Canonico: quia ius Canonicum ſolennitates requirit quo ad forum externum; Neque hæredi vllam concedit poteſtatem Teſtamentum illud infringendi, quod ipſe hæres nouit à defuncti voluntate proceſſiſſe, quantum ad forum internum conſcientiæ.

Quintum argumentum. Teſtamentum imperfectum pro nullo habetur, §. ex eo, in Inſtitutionibus. Quibus modis Teſtamenta infirmentur, igitur eſt perinde, ac ſi conditum non fuiſſet ſecundum regulam, leg. quoties, ff. qui ſatiſdare cogantur. Ergò tale Teſtamentũ nullo modo obligat in foro conſcientiæ. Reſpondeo: Paria hæc eſſe: Teſtamentum non extare; vel minus ſolenne extare, quo ad ciuilem obligationem: ſecus quo ad naturalem. Quod probatur, quia ſi non extaret, ſolutum ab hærede ob eam cauſſam repeti poſſet, l. eleganter, ff de Cõdictione indebiti. Si verò extet, licet imperfectum ſit, ſolutum tamen ab hærede eam ob cauſſam repeti non poteſt, l. 2. C de fideicommiſſis.

Sextum argumentum. Si Teſtamentum imperfectum in foro animæ implendum eſſet ab hærede, ſequeretur, eas leges peccatum cõtinere, aut certè abſque peccato ſeruari non poſſe, quæ tale Teſtamentum pro infecto habent; ſed conſequens eſt abſurdum: quia ſic leges debuiſſent corrigi: ergo & illud vnde ſequitur. Reſpondeo: Multa eſſe legibus noſtris iuſtè, & ſaluberrimè conſtituta, quantum ad forum externum, quæ tamen ceſſant in foro conſcientiæ: Nec tamen abſurdum eſt, eas correctas non fuiſſe, ac ſublatas: quia nullum per ſe continent peccatum; immò verò abſque peccato ſeruari poſſunt, licet per accidens, vt loquuntur, peccet is, qui facit contra conſciẽtiam propriam, autoritate legum nixus; ſicuti, verbi gratia in ea ſpecie, de qua loquitur Summus Pontifex in c. Inquiſitioni, de ſententia Excommunicationis; nemo negauerit, iuſtam eſſe ſententiam Excommunicationis ab Eccleſia latam, apud quam non erat probatum impedimentum Matrimonij, & tamen Summus Pontifex dicit: *Si alter coniugum pro certo ſciat impedimentum coniugij, propter quod ſine mortali peccato non valet carnale commercium exercere, quamuis illud apud Eccleſiam probare non poſſit, debere potius Excommunicationis ſententiam humiliter ſuſtinere, quam per carnale commercium* (propter conſcientiam) *peccatum operari mortale.*

Ex his reſponſio patet ad cætera, ſi quę ſunt, argumenta: ad hæc enim omnia reducuntur: Atque ita ſentio, ſaluo Theologorum iudicio.

CAPVT VI.

Quomodo accipiendum ſit, quod leges dicunt: Poſteriore Teſtamento imperfecto primum Teſtamentum perfectum tolli, quando in ſecundo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, Controuerſia dua.

THeodoſius legem edidit in hæc verba: *Si quis autem Teſtamento iure perfecto, poſtea ad aliud venerit Teſtamentum, non alias, quòd antè factum eſt, infirmari decernimus, quàm ſi id, quod ſecundò facere Teſtator inſtituit, iure fuerit conſummatum: Niſi fortè in priore Teſtamento ſcriptis ijs, qui ab inteſtato ad Teſtatoris hæreditatem, vel ſucceſſionem venire non poterant, in ſecunda voluntate Teſtator eos ſcribere inſtituit, qui ab inteſtato ad eius hęreditatem vocantur: eo enim caſu, licet imperfecta ſit ſcriptura poſterior, infirmato priore Teſtamento ſecundam eius voluntatem, non quaſi Teſtamentum, ſed quaſi voluntatem vltimam inteſtati valere ſancimus, in qua voluntate quinque teſtium iuratorum depoſitiones ſufficiunt: quo non facto, valebit primum Teſtamentum, licet*

A *in eo ſcripti videantur extranei.* Hactenus ille, in l. hac conſultiſſima, C. de Teſtament.

Iam ad interpretationem huius legis primùm pertinet illa quæſtio: an idem ſtatuendum ſit, ſi in ſecundo Teſtamento fuerint quidem inſtituti venientes ab inteſtato, ſed non omnes. Item illa; an & idem reſpondendum ſit, ſi & in primo Teſtamento ijdem vel alij ab inteſtato venientes inſtituti fuerint.

Quòd attinet ad primam: duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ. Prima, vt mihi videtur, communior; Non idem eſſe ſtatuendum, vbi non omnes ab inteſtato venientes inſtituti fuerint hæredes in poſteriori Teſtamento: neque enim ſufficere, vt vnus vel alter inſtituatur ex legitimis hæredibus, ſed inſtituendos eſſe omnes, vt locus ſit Theodoſianæ legi. Ita docuit Cumanus, Alexander, Iaſ. qui & alios commemorant in Commentarijs eius loci, Clarus, § Teſtamentum, q 97. Quorum illud eſt fundamentum: quòd Theodoſius indefinitè loquatur t

B ſi videlicet inſtituti fuerint in poſteriore Teſtamento: *Qui ab inteſtato ad hereditatem vocantur:* Oratio autem indefinita, ęquipollet vniuerſali, l. ſi pluribus, ff. de leg. 2. deinde, quia tex. dicit: *Secundum voluntatem* (Teſtatoris) *non quaſi Teſtamentum, ſed quaſi voluntatem vltimã inteſtati valere:* ſi ergò valet tanquam ab inteſtato, ſequitur, omnes legitimos hęredes inſtituendos eſſe, ſicuti omnes ab inteſtato vocantur.

Altera eſt ſententia Franciſci Aretini, ad l. ſi filius qui in poteſtate, ff de lib. & poſtumis: ſufficere videlicet, ſi aliqui duntaxat ex legitimis hęredibus fuerint inſtituti. Fundamentum ponit in l. 1. ff. de iniuſto, rupto & irr. teſtam & in l. poſtumus, ff. eod. ti. quibus in locis idem ferè habetur, & Vlp. innuere videtur ſufficere, ſi vnus ſit hęres inſtitutus in illis verbis: *Niſi fortè poſterius, vel iure militari ſit factum, vel in eo ſcriptus ſit, qui ab inteſtato venire poteſt: tunc enim & poſteriore non perfecto, ſuperius rumpitur.*

C Si dicatur Vlpianum accipiendum eſſe eo in caſu, quo vnus duntaxat reperiatur ab inteſtato vocatus, reſpondet Aretinus, id nobis non conſtare, & merum eſſe vaticinium.

Ego communiorem ſententiam amplectendam cenſeo, non eo tantum argumento adductus; quod ex verbis legis Theodoſianę ſumitur: illud enim non eſt ſatis firmum, ſed ex ratione ipſius legis Hęc enim eſt ratio legis: quia fauorabiliores ſunt ab inteſtato venientes, quippe qui & à lege vocantur, & à Teſtatore, & quidem in poſtrema ipſius voluntate: quamobrem ęquius eſſe videtur, eos hęreditatem obtinere, quàm extraneos: licet extranei Teſtamentum proferant magis ſolenne & perfectum: Neque enim tanti ſolennia facienda ſunt, quanti ęſtimari debet ipſa ęquitatis ratio & iuſtitię, & ſimul voluntas defuncti. Hęc cum ſit legis ratio vera, palam eſt, eam tunc obtinere, cum omnes legitimi hęredes in poſteriori Teſtamento vocantur: quia à defuncto, & à lege

D inuitantur ad ſucceſſionem. Cęterum, ſi aliqui duntaxat ex legitimis hęredibus inſtituti ſint, tanto fauore nequaquam ſunt digni; quippe qui à lege non ita vocantur ſicuti à Teſtatore. Lex enim omnes in pari gradu exiſtentes ad ſucceſſionem vocat, non autem vnum vel alterum duntaxat, quemadmodum defunctus vocauit; Quare tũc veluti ceſſante legis ratione & fauore, ceſſare debet lex Theodoſiana, & alię leges obtinere, quibus ſancitum eſt; poſteriore Teſtamento ita demum prius infirmari, quod perfectum eſt, ſi & ſecundum fuerit conſummatum & perfectum.

Nec magnam difficultatem facit reſponſum Vlp in d. l. 2 ff. de iniuſto, rupto & irrito Teſtamento: neceſſe eſt enim illud ita intelligere, cum vnus tantum extat legitimus hęres. Non eſt hoc vaticinium, ſed iuſta & congrua interpretatio, vt patet ex dictis.

Quod attinet ad ſecundam quęſt. Paul Caſt in conſil. 327. lib 1. de hac facti ſpecie reſpondit: Proponebantur duo Teſtamenta ad pias cauſſas; quorũ alterũ perfectum,

alterum imp:rfectum erat; Et quærebatur: an poſteriore Teſtamen'o ſublatum eſſet primum, licet perfectum. Et reſpōdit ſublatum videri, & ad legem Theodoſij, quæ videb.tur obſtare, quatenus requirit, vt in primo inſtituti ſint extranei, in ſecundo autem venientes ab inteſtato, reſpondit idem eſſe ſtatuendum, etiamſi in primo Teſtamento inſtituti ſint venientes ab inteſtato, & in tex. d. legis Theodoſij ſub audiendum eſſe verbum (Maximè) vt, videlicet poſteriore Teſtamento, quo venientes ab inteſtato ſunt vocati, primum teſtamentum, quod iure perfectum eſt, tollatur, maximè, ſi in primo hæredes inſtituti ſint eſtranei.

Fundamentum Caſtrenſis eſt, quia poſtrema defuncti voluntas potiſſimum ſeruanda eſt, l. ſi mihi & tibi, §. In legatis, ff. de Legatis 1. Ergò præferenda eſt priori voluntati, licet ſolennibus iuris magis ſit munita. Sententiam Caſtrenſis ſecutus eſt Aleſander, in conſil. 146. lib. 2. & ijs adſtipulari videtur Vlpianus, in d. l. 2 ff. de iniuſto, rupto & irrito Teſtamento, quatenus ſimpliciter reſpōdit, poſteriore Teſtamento minus ſolenni, primum, quod ſolenniter cōfectum eſt, tolli, ſi in eo ſcriptus ſit hæres, qui ab inteſtato venire poteſt: Neque enim illud etiam Vlpianus requirit, vt in priore Teſtamento inſtitutus ſit extraneus.

Sed non mihi placet hæc interpretatio & doctrina, quemadmodum nec Alexandro, nec Iaſoni, nec Aretino, ad d. l. hac conſultiſſima §. ſi quis autē, C. de Teſtam. Etenim verba legis manifeſtè repugnant, necnon etiam ratio ipſius legis, quę proximè allata eſt. Verba enim legis hæc duo ſimul exigunt: Vt videlicet in primo Teſtamento, quod ſolenniter conſcriptum eſt, extranei ſint hæredes inſtituti: in ſecundo autem minus perfecto & ſolenni, inſtituti ſint venientes ab inteſtato. Id patet ibi: *Niſi fortè in priore Teſtamento ſcriptis ijs, qui ab inteſtato ad Teſtatoris hereditatem vel ſucceſſionem venire non poterunt: in ſecunda voluntate Teſtator eos ſcribere inſtituit, quia ab inteſtato ad eius hereditatem vocantur. Eo enim caſu*, &c. Ratio autem legis repugnat: quoniam cùm in primo teſtamento inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, ipſi eodem fauore digni ſunt, & pro ſe habent defuncti Teſtatoris voluntatem & legem, quemadmodum & alij, qui poſteriore Teſtamento ſunt vocati: quam ob rē, cùm cætera ſint paria, præualere debet Teſtamentum perfectum; quia ſecundùm Iuris Regulas non rumpitur poſteriori imperfecto.

Quòd autem Caſtrenſis dicebat, ſpectandam eſſe vltimam voluntatem, his regulis repugnat, quibus cauetur, vt iam dictum eſt, ita demum poſteriorem voluntatem ſpectandam, ad priorem perfectam infringendam, cùm & poſterior iure perfecta eſt; nec aliter loquuntur leges ab eo citatæ.

Quòd verò Vlpianus in d. l. 2. ff de iniuſto, rupto & irrito Teſtamento, non adhibeat illam diſtinctionem, quā adhibuit Theodoſius, parum prodeſſe ſuæ cauſſæ poteſt: noſtræ verò ſententiæ nihil obeſt; ſiquidē alias leges alijs legibus declarari, diſtingui, elucidari, non eſt nouum, l. non eſt nouum, ff. de Legibus. Igitur Vlpiani reſponſum ex Theodoſij lege declarabitur.

CAPVT VII.

Aliæ duæ Controuerſiæ de eadem re.

PAter teſtamentum fecit ſolenniter, filiumque ſuum impuberem inſtituit hæredem, eidemque pupillariter ſubſtituit eſtraneum; poſtea Codicillum fecit, & quinque teſtibus præſentibus ſubſtitutionem factam reuocauit, ſubſtituitque eidem filio ſuo cognatos proximiores ab inteſtato venientes, quæritur: an poſterior ſubſtitutio in Codicillis facta priorem tollat in Teſtamento ſolenni comprehenſam.

Triplex eſt Doctorum ſententia. Prima eſt Bart. quem

A ſecuti ſunt Caſt. Fulgoſ. & Alex. in Comment. l. hac conſultiſſima, § ſi quis autem Teſtamento, C. de Teſtam. poſteriori ſubſtitutione ſublatam priorem videri. Fundamentum eſt in d. § ſi quis autem Teſtamēto. Sicut enim prius Teſtamentum perfectum, in quo inſtituti ſunt extranei, poſteriore tollitur imperfecto coram quinque teſtibus facto, in quo venientes ab inteſtato, ſunt vocati; ita & ſubſtitutio, de qua agitur, ſublata eſſe videtur. Huc accedat, quòd ſubſtitutio pupillaris in Codicillo facta, videtur eſſe in Teſtamento facta, ſcilicet pupillari Teſtamento, § igitur, in Inſtitut. de pupillari ſubſtitutione. Quod quidem pupillare Teſtamentum fieri poteſt etiam ſeorſim à Teſtamento patris, l. ſi quis cum, 16. § 1. ff de vulgari & pupillari ſubſtit.

Altera eſt ſententia Baldi, Angeli, Salyceti, & aliorum, quos commemorant Alex. & Iaſon in Comment. dicti loci; In hac ſpecie, de qua agitur, poſteriorem ſubſtitutionem in Codicillis factam non valere, & ideo priorē non
B videri ſublatam. Fundamentum eſt, quia in Codicillis hæreditas neque dari, neque adimi directè poteſt, l. 2. C. de Codicillis, §. Codicillis, in Inſtitutionibus, eodem titulo: in hac autē ſpecie noſtra hæreditas directè aufertur prioribus ſubſtitutis in Teſtamento, & datur alijs ſubſtitutis in Codicillis; igitur non valet, & conſequenter priorem ſubſtitutionem non infirmat.

Poſtrema eſt ſententia, quæ mihi cęteris probabilior videtur, Alex. in d. § ſi quis autē, poſt alios, quos commemorat: poſteriore ſubſtitutione in Codicillis facta, ſublatam videri priorem, non quidem iure directo, ſed per fideicommiſſum, ita videlicet, vt ſubſtituti in Teſtamento, rogati eſſe videantur hæreditatem reſtituere ſubſtitutis in Codicillis. Fundamentum habet hęc ſententia ſatis firmum, in l. Scæuola, ff. ad Trebel. *Si pater*, ait textus, *filium ſuum ex aſſe heredem ſcripſerit, eiq́; Codicillis ſubſtituerit, deinde filius impubes deceſſerit, licet ſubſtitutio inutilis ſit,*
C *quia Codicillis hereditas neque dari, neque adimi poteſt, tamen benigna interpretatione placet, vt frater, qui ab inteſtato pupillo ſucceſſit, ſubſtitutis fideicommiſſo obligetur.* Hactenus Iuriſconſult.

Quod quidem reſponſum ad quæſtionem noſtram rectè accommodari poteſt, in hūc ſanè modum, vt licet inutilis ſit ſubſtitutio directa in Codicillis facta, benigna tamen interpretatione ij, qui in Teſtamento ſubſtituti fuere, atque adeò ipſi pupillo ſuccedere poterunt, fideicommiſſo obligentur ijs, qui in Codicillis ſubſtituti ſunt.

Ad argumentum prioris ſententiæ reſpondeo, textum in d. § ſi quis autem, directè non comprehendere hanc ſpeciem, & licet eadem ſit ratio in Codicillis, quæ in Teſtamento, pręſertim cùm & poſterius Teſtamentum non valeat, vt Teſtamentum, ſed vt voluntas ab inteſtato defuncti; illud tamen eſt impedimēto in quæſtione noſtra, quòd in Codicillis hæreditas directè dari non poteſt, conſequenter ij, qui in Codicillis ſubſtituti ſunt, directè
D ſuccedere non poſſunt, ſed per fideicommiſſum. qua ratione rectè perpenſa, reſponſio patet ad argumentum alterius ſententiæ: nihil enim aliud probat, niſi ſubſtitutionem in Codicillis factam iure directo non valere, quod nos etiam concedimus atque defendimus: ſed valere tamen iure fideicommiſſi ex benigna quadam interpretatione, fatemur atque contendimus.

Altera eſt controuerſia. Pater Teſtamentum fecit, & liberis hęredibus inſtitutis in legitima portione; vel illis iuſtas ob cauſſas exhæredatis, extraneos inſtituit hæredes, adhibitis ſolennibus teſtamentorum, poſtea aliud Teſtamentum fecit, in quo hæredes filios ſuos inſtituit, non adhibitis quinque teſtibus, ſed ſeruata tamen forma Nouellæ Iuſtiniani de Teſtamentis imperfectis; quæritur an poſteriore teſtamento ſic imperfecto, ſublatum eſſe videatur prius perfectum & ſolenne; Et quidem ſublatum non videri Oldradus, ſubobſcurè tamen, reſpondit, in conſil. 119. Idem docuerūt Iaſon & Stchardus, in Comment. d. §. ſi quis autem. Fundamentum eſt in eo textu, quatenus Imperator directè requirit quinque teſtes

in

in poſteriori Teſtamento, in quo venientes ab inteſtato inſtituti ſunt, inter quos procul dubio ſunt & liberi: Quare cùm in propoſita ſpecie quinque teſtes adhibiti non fuerint, primum teſtamentum ſublatum non videtur. A

Nec obſtat: ſi dicatur Teſtamentum inter liberos valere etiam ſine teſtibus. ſeruata tamen forma Nouellæ de Teſtamentis imperfectis: quia hic non tantùm opus eſt vt valeat, verùm etiam vt tollat præcedens Teſtamentum, quod videtur difficilius. Et ratio eſt; quia vbi nullũ præceſſit Teſtamentum, tunc cauſa inteſtati iuuat cauſſam teſtati, vt loquuntur Doctores noſtri, hoc eſt, quia liberi ab inteſtato ſucceſſuri ſunt, idcirco facilè conceditur Teſtamentum valere inter ipſos liberos confectum à parentibus: ſed vbi aliud præceſſit Teſtamẽtum, in quo alij hęredes inſtituti ſunt, hæc ratio ceſſat; quia defuncto ſuccedunt hæredes inſtituti, non autem liberi.

Sed contrariam ſentẽtiam habuit Caſtrenſis in Auth. Hoc inter liberos, C. de Teſtam. Et Alexander poſt Baldum, quem citat, in l. hac conſultiſſima, § ex imperfecto, C. eodem titulo. B

Huius ſententiæ fundamentum eſt: quia tale teſtamentum imperfectum inter liberos ſine dubiò valet. Si valet; ergò prius teſtamentum rumpitur: quia nemo poteſt decedere cũ duobus teſtamentis validis, l. poſtumus, §. ſi paganus, ff de iniuſto, rupto & irrito teſtamento. Argumentum à ſimili affertur de Teſtamento militis: Primum enim militis teſtamentum iure communi celebratum rumpitur poſteriore, quod iure militari conditum eſt. l. Eius militis, §. militia miſſus, ff. de militari Teſtamento.

Mihi prior ſententia magis probatur, atque pro eiuſdem ſententiæ confirmatione perpendo totam ſeriem ac diſpoſitionem, l. hac conſultiſſima, C de Teſtamentis, vbi Theodoſius primùm recenſet ſolennia Teſtamentorum in ſcriptis. Secundò ſtatuit teſtamentum illis ſolennitatibus carens, imperfectum eſſe. Tertiò, ex imperfecto teſtamento defuncti voluntatem rãtum inter liberos tenere. Quarto commemorat ſolennia teſtamenti nuncupatiui, vt in §. per nuncupationem, Poſtremò, in §. ſi quis autem vt, ſtatuit primum teſtamẽtum perfectum poſteriore imperfecto non rumpi, niſi in primo extranei; in ſecundo autem venientes ab inteſtato inſtituti ſint, & in ſecundo fuerint quinque teſtes adhibiti. C

Hoc poſtremum legis caput ad omne teſtamẽtum imperfectum referri debet, & ſic etiam ad teſtamentum imperfectum, quod inter liberos factũ eſt, de quo prius Imperator verba fecit; & ſic Theodoſius hoc vult, vt licet teſtamentum imperfectum aliquando ſeruandum ſit, puta inter liberos, non tamen locum habere poſſit, vbi de priori teſtamento ſolemni rumpendo agitur, niſi hæc duo pręterea concurrant: Nempe, vt in primo extranei ſint inſtituti: in ſecundo autem inſtituti ſint ipſi liberi, vel alij ab inteſtato venientes coram quinque teſtibus.

Quibus ritè perpenſis, patet contrariæ ſententiæ argumentum non obſtare: Neque enim bona eſt collectio: Teſtamentum inter liberos ita conditum valet: ergò tollit præcedens teſtamentum ſolenne: valet enim, ſi nullũ præcedat teſtamentum, ſed non poteſt aliud præcedens teſtamentum infirmare. D

Nec ſimile obſtat, quod affertur à nonnullis ex l. eius militis, §. militia miſſus, quia nouiſſima voluntas militis teſtamentum eſt, vt ibi dicitur. Itaque in milite ea diſtinctio non adhibetur, quæ in cæterorum teſtamentis adhiberi ſolet: Verum nempe, prius teſtamentum perfectum ſit & ſolenne: noſtra autem quæſtio non eſt de milite.

CAPVT VIII.

Vtrum Theodoſij Conſtitutio, de qua in d. l hac conſultiſſima, §. ſi quis autem teſtamento, C. de Teſtamentis, locum habeat, ſi quis teſtamento facto extraneos hæredes inſtituerit; deinde quinque teſtibus adhibitis ſe inteſtatum decedere velle, & teſtamentum ſuum reuocare declarauerit. Et an primum teſtamentum reuocetur per ſecundum, ſi teſtator iurauerit ſe illud non reuocaturum.

QVidam teſtamentum fecit ſolennibus adhibitis, atque in eo hæredes extraneos inſtituit; deinde teſtibus quinque adhibitis declarauit, ſe illud reuocare velle, quoniam inteſtatus decedere in animo habet. Quæritur, an prius teſtamentum perinde infirmetur ac ſi ſecundum ſcripſiſſet teſtamentum, atque hæredes ab inteſtato venientes inſtituiſſet.

Communis eſt ſententia reuocatum videri prius teſtamentum, ita Alexander, in l. Sancimus, C. de Teſtamentis. Couarruuias ad Rubricam de Teſtamentis, in ſecunda parte. Verſiculo, Sexta concluſio. Alios citat Cardinalis Franciſcus Mantica, de coniecturis vltimarum Voluntatum, libro ſecundo, titu. decimoquinto, nume. decimooctauo. Et fundamentum eſt, quia is, qui vult inteſtatus decedere, cenſetur hæreditatem venientibus ab inteſtato relinquere, l. conficiuntur, ff. de iure Codicillorum: ſicut ergo primum teſtamentum eſſet reuocatum, ſi ſecundum condidiſſet, in quo venientes ab inteſtato inſtituiſſet hæredes, vt in l. Hac conſultiſſima, § ſi quis autem, C. de Teſtamentis: ita etiam reſpondendum videtur in hac ſpecie, in qua tacitè venientibus ab inteſtato hæreditatem reliquit.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Paulus Caſtrenſis & Fulgoſius in d. l. Sancimus. C. de Teſtamẽtis, penderq; hæc iuris controuerſia ab ea quæſtione: An teſtamentum reuocetur ex eo, quod teſtator declarauerit, ſe velle illud reuocare, ac inteſtatum decedere. Qua in re aliqua ſunt iuris loca, ex quibus deciſio colligi poſſit: in primis textus in l militis, §. Veteranus, ff de militari Teſtamento. *Veteranus miles*, inquit Papinianus, *teſtamentũ iure communi, tempore militię factum, irritum eſſe voluit, et inteſtatus eſſe maluit. Hęredum inſtitutiones ac ſubſtitutiones in eodem ſtatu manſiſſe placuit Legata verò petentes exceptione doli mali ſecundum ius commune ſubmoueri, cuius exceptionis vires ex perſona petentis æſtimantur, & alioqui potior eſt in re pari, cauſa poſſeſſoris.*

Sententia legis hæc eſt. Teſtamentum minimè reuocari quantum ad inſtitutiones, & ſubſtitutiones, ex eo, quod teſtator dixerit, velle ſe illud irritum eſſe, & inteſtatum decedere, ſed quantum ad legata, reuocatum cenſeri, & ideo legatarijs petentibus legata ex tali teſtamento, doli mali exceptionem obijci poſſe: *Si tamen* res legatas poſſideant, eorum cauſam meliorum eſſe: quia ſcilicet, non poterunt hæredes ab eis res legatas petere.

Secundus locus eſt in l. prima, §. ſi hæres, ff. ſi tabulæ Teſtamenti nullæ extabunt, Vlpianus: *Si [illegible] inſtitutus non habeat voluntatem* (defuncti) *vel quia inciſę ſunt tabulę, vel quia cancellatæ, vel quia alia ratione teſtator voluntatem mutauit, voluitque inteſtato decedere: dicendum eſt ab inteſtato rem habituros eos, qui bonorum poſſeſſionem acceperunt.*

Hic locus videtur contrarius præcedenti: Hoc enim Vlpianus vult: Hæreditatem pertinere ad venientes ab inteſtato, propterea, quòd teſtator priori mutata voluntate declarauerit ſe velle inteſtatum decedere.

Tertius locus eſt in §. ex eo, in Inſtitutionibus: Quibus modis Teſtamenta infirmentur: *Ex eo autem ſolo*

inquit Imperator, *non poteſt infirmari teſtamentum, quòd poſtea teſtator id noluerit valere*, &c. A

Hic locus videtur eſſe ſimilis primo, quem citauimus.

Quartus locus eſt in l. Sancimus, C de Teſtamentis, vbi Iuſtinianus ita dicit: *Si quidem perfectiſſima eſt ſecundi teſtamenti confectio, ipſo iure tollitur primum teſtamentum; Si autē teſtator tantummodo dixerit, non voluiſſe prius ſtare teſtamentum, vel alijs verbis vtendo, contrariam apparuerit habuiſſe voluntatem, & hoc vel per teſtes idoneos, non minùs tres, vel inter acta manifeſtauerit, & decennium fuerit emenſum, tunc irritum eſſe teſtamentum tàm ex contraria voluntate, quam ex curſu temporali*, &c.

Sunt igitur tria iuris loca, ex quibus probatur: Teſtamentum non reuocari ex eo ſolo, quod teſtator dixerit ſe nolle illud valere, ſed potius inteſtatò decedere; ex quibus planè efficitur, vt in quæſtione propoſita Fulgoſij & Caſtrenſis ſententiam iuris magis conſentaneā eſſe non dubitem: Si enim teſtamentum illo modo reuocari non poteſt, niſi & decennale tempus concurrat, ſequitur dicendum in propoſita quæſtione, reuocatum non videri. B

Reſpondent cōtrariæ ſententiæ authores; Leges proximè allatas loqui, quoties teſtator tres tantùm adhibuerit teſtes in reuocando teſtamento autoritate d. l. Sancimus, ibi. *Et hoc vel per teſtes idoneos, non minùs tres*, &c. Non rectè; Quia idem vult textus in d. l. Sancimus. Etiamſi eſſent plures teſtes quàm tres; Illa enim verba, *Non minùs tres*, ſignificant, non pauciores eſſe oportere, quàm tres, ſed tamen idem eſſe reſpondendum, licet ſint plures, quàm tres.

Non obſtat textus in d. l. 1 § ſi hæres, ff ſi tabulæ teſtamenti nullæ extabunt: quia Iuriſconſultus ibi non docet ex profeſſo; Teſtamentum irritum fieri ex eo, quod teſtator illud reuocet, & velit inteſtatus decedere: ſed præcipua eius mens ac intentio eſt, explicare: Vtrum ab inteſtato venientes, qui bonorum poſſeſſionem acceperunt, excludere aliquando poſſint hæredē ſcriptum: & reſpondit, poſſe, ſi hæres ſcriptus non habeat defuncti voluntatem, vt puta, ſi tabulæ teſtamenti ſint inciſæ, vel cancellatæ à teſtatore, vel ſi qua alia ratione voluntatem teſtator mutauerit, volueritque inteſtatus decedere. Quæ autem ſit illa ratio, Iuriſconſultus non declarat, neque verò illa ratio eſſe poterit: Si videlicet teſtator dixerit, ſe velle inteſtatum decedere: quia hæc ſola non ſufficit ad infirmandum teſtamentum prius confectum, vt iam dictum eſt; ſed hoc intelligere oportet, ſi teſtator aliquid aliud fecerit ſimile inciſioni & cancellationi tabularum, ex quo manifeſtum ſit, ipſum mutaſſe voluntatem, vt puta, ſi teſtium ſigilla, vel ſubſcriptiones, vel partem ſcripturæ teſtamenti lacerauerit, dixeritque ſe velle inteſtatum decedere: tunc enim irritum efficitur teſtamentum, l. penult. C. de Teſtamentis. C

Non obſtat textus in d. l. hac conſultiſſima, §. ſi quis autem, loquitur enim de eo, qui poſt primum teſtamentum aliud fecit. Et licet eadem ratio eſſe videatur etiam in hac ſpecie, tamen illud eſt impedimento, quod ſecundum iuris regulas primum teſtamentum ex eo ſolo non rumpitur, quod poſtea teſtator dixerit, ſe nolle, illud valere. D

Quòd attinet ad alteram quæſtionem: ſunt qui exiſtiment, primum teſtamentum iuramento non obſtante reuocari, ſunt qui negent; ſunt qui reuocari quidem putēt, ſed teſtatorem in periurium incidere. Vide Couarruuiam, ad Rubricam de Teſtamentis, in 2. parte, nu. 9. Et Iulium Clarum, §. Teſtamentum, q 94.

Qui reuocari putant, eo mouentur argumento; quod iuramentum ſequitur naturam actus ſuper quo interponitur, l. vltima, C. de non numerata pecunia. hæc autem eſt natura teſtamenti, vt reuocari poſſit: qui verò negant, iuramento nituntur, & is, quæ pro eius efficacia, & virtute Sacris Canonibus conſtituta ſunt, c. cùm contingat, de iureiurando, cum alijs ſimilibus.

Sed mihi magis probatur reuocari poſſe, quamquam temerè iurantem, hoc modo à peccato excuſare non poſſim, ex notatis in c. vlt. de Procuratorib. lib. 6. Etſi enim iuſiurandi magna ſit virtus & efficacia in contractibus, & cæteris conuentionibus, non tamen eandem eſſe in actibus, qui ex ſola voluntate facientis pendent, iudico, quantum ad hoc, vt reuocari non poſſint. Illud non probo, quod nonnulli aſſerunt, tale iuramentum eſſe contra bonos mores: quia liberam teſtandi facultatem impedit, ex l. ſtipulatio hoc modo concepta, ff de verborum obligationibus. Neque enim illa lex ad hunc caſum rectè accommodari poteſt, & ſi quæ aliæ ſunt ſimiles leges: quia de ſtipulante & paciſcente loquuntur, qui liberam teſtandi facultatem alijs præripere conatus eſt. A

C A P V T IX.

Vtrum teſtamentum ex cauſa exhæredationis filiorum ſit nullum.

VAriæ ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ, ſi paterfamilias Teſtamento facto ſuos exhæredauerit liberos, an valeat teſtamentum. Et quidem nequaquam valere, ſi exhæredationis cauſæ non adſcribantur; vel adſcriptæ non probentur, docuit olim Martinus Gloſſator, & Iacobus Beluiſius, quorum ſententiam de iure veriorem eſſe ſcribit Aretinus in Commentarijs Auth. Non licet, C. de Liberis præteritis. Cæterùm, communis ſententia eſt, diſtinctionem adhibendam eſſe, in hunc modum. Vt ſi quidem nulla exhæredationis cauſa teſtamento fuerit inſerta, vel talis cauſa inſerta fuerit, quæ legitima non ſit ac ſufficiens, tunc teſtamentum ſit nullum: ſi verò cauſa legitima inſerta ſit, ſed probari ab hærede non poſſit, tunc teſtamentum conſiſtat, ſed tamen reſcindi per quærelam de in officioſo poſſit. Ita docuerunt Bartolus, Alexander, Iaſon, numero 18 Cagnolus num. 75. in Authen. Ex cauſa, C. de Liberis præteritis. Iulius Clarus, §. Teſtamentum, quæſtio. 40. B

Tertia denique eſt ſententia, in omnibus his caſibus teſtamentum quidem valere: cæterùm quærela propoſita reſcindi tanquam inofficioſum poſſe Ita docuere Fulgoſius, in Commentarijs. d. Auth. Ex cauſa, Ioannes Iruolenſis, ad l. 1. ff. de Teſtamentis. Viglius ad Inſtitutiones, titulo de inofficioſo teſtamento, in principio Vaſquius de Succeſſionum creatione, parte. 1. lib. 1. §. 10 num. 161. Et in eandem ſententiam inclinare videtur Couarruuias, ad c. Raynucius, in principio, nu. 6. de Teſtamentis. Adde Duarenum in Commentarijs ad Tit. C. qui teſta. facere poſſ. c. 3. & ad Titulum de inoff. teſtamento. C

Atque hanc ſententiam poſtremo loco relatam, ego veriſſimam eſſe iudico, quam breuiter confirmabo; deinde argumentis contrarijs reſpondebo.

Probatur igitur hæc ſententia primò, quia certum eſt, ante Nouellam Iuſtiniani, de qua in §. aliud quoque capitulum, in Authentic. Vt cùm de Appellatione cognoſcitur: Eiuſmodi teſtamentum inofficioſum appellari poſſe, ac proinde reſcindi per quærelam, non autem nullum eſſe & inualidum. id patet ex toto ferè titulo, ff. & C. de inofficioſo Teſtamento, ergò nullo alio argumento nullū eſſe demonſtrari poteſt, quàm ex dicta Nouella Iuſtiniani, ſed in d. Nouella ius antiquum non corrigitur à Iuſtiniano circa quærelam inofficioſi teſtamēti, quod ſanè ius antiquum ſi tollere voluiſſet Imperator, vel aliqua ex parte mutare, æquum fuiſſet id exprimere, ſicuti expreſſit, dum cauſas iuſtas exhæredationis & præteritionis conſtituit Et ſanè cuilibet vel mediocriter verſato in lectione Nouellarum, notum eſſe poteſt, eum eſſe morem Iuſtiniani, vt nunquam ius antiquum emendet ac mutet, niſi præmiſſa præfatione, & cauſis, quibus ſe inductum fuiſſe commemoret. Quam ob rem cùm in tota illa Nouella nullum ſit verbum, ex quo talis correctio & mutatio deprehendatur, non eſt à nobis temerè inducenda. D

Secundò probatur ex verbis d. Nouellæ Iuſtiniani, in § ſin autem hæc obſeruata non fuerint, ibi: *Sed quantum ad hoc non reſciſſum teſtamentum*, &c. Et ruſus ibi: *Et*

reſciſſo

reſciſſo teſtamento, &c. his enim verbis indicatur teſtamẽtum reſcindi poſſe, & conſequenter nullum dici non poſſe; quia id quod nullum eſt, reſcindi non poteſt. l. nam etſi ſub conditione, ff. de iniuſto, rupto & irrito teſtam.

Nec valet reſponſio illa: Reſcindi poſſe teſtamentum impropriè, quatenus de facto proceſſit: ſicuti & alibi id, quod nullũ eſt, reſcindi dicitur, l. 1. ff. de Ferijs, l. 1. ff. quæ ſententiæ ſine appellatione reſcindantur. Nam nulla ſuppetit ratio in d. Nouella, ita accipiendi verbum *reſcindi*, quod cum propriè referatur ad actum validum, qui tamẽ infirmari poteſt, noſtrum non eſt à proprietate verbi recedere; præſertim cum ex hoc inducatur correctio legum antiquarum, ſed potius ſequi nos proprietatem oportet, vt eam euitemus correctionem. Nec bona eſt conſequentia. Verbum aliquod alibi in eo ſenſu accipiendum eſt: igitur & hoc in loco: alijs enim locis conuenire poteſt, & congruere illa interpretatio, non autem huic loco.

Primum argumentum contrariæ ſententiæ ſumitur ex § Aliud quoque capitulum, Nouellæ ſupra dictæ, in illis verbis: *Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, auo vel auiæ, &c. filium ſuum, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtamento; niſi forſitan probabuntur ingrati; & ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento*, &c. Ergò niſi hæc obſeruata fuerint, teſtamentum eſt nullum, velut factum contra legem, argumento l. non dubium, C. de legibus, & l. cum lex, ff. de fideiuſſoribus.

Reſpondeo: Teſtamentum nõ eſſe nullum, ſed reſcindi poſſe per querelam. Nam & olim ſine iuſta cauſa non licuit parentibus filios exhæredare, & tamen teſtamentum valebat, ſed reſcindi poterat: hoc enim ſufficit in eum qui legis præcepta non obſeruat, conſtituere, vt ſcilicet actus effectu non conſiſtat, & infirmari poſſit.

Secundum argumentum eſt ex eadem nouella, in §. ſiue igitur, vbi Imperator ſtatuit: Teſtamentum ſuam habere firmitatem, ſi parentes vnam, vel plures ex cauſis ibi enumeratis expreſſerint in exhæredatione liberorum & ſcripti hæredes eam probauerint: Ergò à cõtrario ſenſu nullum eſt teſtamentum, ſi hæc ſeruata non fuerint.

Reſpondeo. Non hoc ſequi, ſed teſtamentum ſuam firmitatem non habiturum, quia videlicet reſcindi poterit. cauſis autem expreſſis & probatis nequaquam, & ſic argumentum à contrario ſenſu rectè ſumetur.

Tertium argumentum eſt ex eadem Nouella, vbi Iuſtinianus poſt §. ſiue igitur, ita dicit: *Si autem hæc obſeruata non fuerint, nullum liberis exhæredatis præiudicium generari*: ſi enim nullum generari poteſt præiudicium: ergo teſtamentum non valet: Nam ſi valeret, aliquod præiudicium generaretur, ſi vel tempore conſtituto querela inofficioſi teſtamenti non proponeretur, vel filius exhæredatus antequam eſſet præparata, moreretur.

Reſpondeo, nullum fieri præiudicium liberis exhæredatis, ſcilicet ſi querelam propoſuerint tempore conſtituto, non autem ſi teſtamentum approbauerint. Nam etſi nullum eſſet teſtamentum, & ipſi illud approbarent, præiudicium oriretur. Fateor vtilius eſſe liberis ſi teſtamentum ſit nullum, quàm ſi ſit inofficioſum: ſed non propterea inferri poteſt, nullum eſſe, & querela opus non eſſe: quia ſatis eſt, ſi propoſita querela, quam proponendi liberam habent poteſtatem, vt teſtamentum reſcindatur, liberi poſſint impetrare, & ea ratione ſuæ indemnitati proſpicere.

Quartum argumentum eſt ex eadem nouella poſt § ſiue igitur. in illis verbis: *Sed quantum ad inſtitutionem heredum teſtamento euacuato ad parentum hereditatem liberos tanquam ab inteſtato peruenire.*

Reſpondeo, *euacuato teſtamento*, ſcilicet per querelam. Nam per eam reſcinditur & exinanitur teſtamentum, & res ad cauſam inteſtati reducitur.

Poſtremum argumentum eſt ex eodem §. ſiue igitur. in illis verb. *Si tales igitur cauſas, vel vnam ex ijs liberis teſtamentis inſcripſerint, & ſcripti ab iiſdem heredes eam probauerint, teſtamentum in ſua firmitate manere præcipimus:*

A *ſi autem hæc omnia non fuerint obſeruata, nullam vim huiuſmodi teſtamentum, quantum ad inſtitutionem heredum habere ſancimus.*

Reſpondeo; *Nullam vim habere*, quia reſcindi poterit. id patet ex verbis ſequentibus; ſtatim enim ſubdit textus: *Sed reſciſſo teſtamento, eis, qui ab inteſtato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari diſponimus.*

CAPVT X.

Quomodo accipiendum quod dicitur in Auth. Præterea, C. de liber. præteritis, ſi teſtamentum irritum ſit ex cauſa præteritionis & exhæredationis, cætera tamen firma manere.

Controuertitur autem quo modo ſit accipiendum, quod dicitur in d. Authen. Præterea, cætera in teſtamento contenta præter inſtitutionem firma
B manere; verum ſcilicet in ea parte ita teſtamentum conſiſtat, vt ex eo naſcatur actio legatarijs & fideicommiſſarijs. Duplex eſt Doctorum ſententia. Vna crebrior, vt mihi videtur, agendum eſſe ex teſtamento. ita Bartol. Caſtrenſ. Alexand. Iaſon, Corneus, in Commentarijs d. Authen. Præterea, C. de liber. præterit. And. Geyll. lib. 2. Obſeru. 113. ad finem.

Fundamentum eſt in §. ſiue igitur, In Authen. vt cum de Appell. cog. ibi. *Tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum.*

Secunda eſt ſententia Dyni, Cyni & Petri, actionem ex teſtamento non oriri, ſed agendum Condictione ex lege. Fundamentum eſt: quia nemo poteſt decedere pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, ſecundum vulgatem Iuris Regulam. Igitur cum teſtamentum, quantum ad inſtitutionem, ſit irritum, valere non poteſt quoad cætera in ea diſpoſita, licet cætera firma maneant, ac præſtari debeant. Non enim ex teſtamento peti poterunt,
C ſed Condictione ex lege, tanquam ab inteſtato. Præſertim vero, quod ex lege firmantur, & cum aliquid confirmatur agendum ſit ex confirmante, non ex confirmato, argum. l. à ſe toto. ff. de hæred. inſtit. l. ſi quis priore, ff. ad Trebell. l. poſtum. § vlt. ff. de iniuſto, rupto & irrit. teſtamento. Huc accedat quod textus in dicto §. ſiue igitur, non abſolutè dicit, teſtamentum in ea parte valere, ſed inquit, *Et tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum.* Illa dictio, *Tanquam*, eſt improprietatis nota, ſecundum Albericum, in Dictionario, in verbo, tanquam. Denique, nemo poteſt decedere cum duobus teſtamentis validis, ſed ſi poſterius valet, tollitur prius, § poſteriore, in Inſtitut. quibus modis teſtam. infir. Si quis ergo vnum faciat teſtamentum, deinde aliud, in quo filium exhæredet, hoc ſecundum teſtamentum, cum ſit irritum, nõ poterit præcedens tollere; ergo præcedens manebit firmum, & ſimul quoque poſterius, quantum ad cætera in eo diſpoſita præter inſtitutionem.

D Verum iſtis nil morantibus, communem ſententiam veriorem eſſe iudico, & ad primum contrariæ ſententiæ argumentum reſpondeo: ab initio quidem neminem poſſe decedere pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum; ſecus ex poſt facto, l. circa, ff. de inof. teſtamen. Ergo pro parte rumpi teſtamentum poterit defuncto teſtatore, & pro parte obtinere; Et cum hac de re clara ſit Conſtitutio Iuſtiniani, nullatenus ambigendum videtur. Nam & ſtatuto obtineri poſſe, vt teſtamentum pro parte valeat, & pro parte non valeat, optimè probat Decius, ad l. ius noſtrum, ff. de regul. iur. Quod vero dicebatur ex confirmante agendum, non ex confirmato, non ſemper verum eſt, id patet: quia cum pactum à lege confirmatur, ex pacto agitur, l. legitima, ff. de pactis. Et ratio eſt; quia, ſi teſtamentum, quod reſcindi poterat, ita confirmatur à lege, vt valeat, nec reſcindi poſſit, ſine dubio illud, tanquam validum, actionem producit, ſicut cætera teſtamenta. Et dictio *Tanquam* aliquando eſt veritatis nota, vt docet Albericus loco annotato. Ad vltimum argumentum

mentum

mentum reſpondeo: ſi talis proponeretur facti ſpecies: primum teſtamentum vires habiturum, non ſecundum quippe quod in omnibus non conſiſtat, nec aliter poſteriore teſtamento prius infirmetur, quam ſi poſterius voluerit. Vide Angelum inter conſilia Petri Ancharani, conſil. 203.

CAPVT XI.

Cum teſtamentum eſt nullum, ex cauſa præteritionis filij, vel inofficioſum, ex cauſa exhæredationis; vtrum filius, qui ab inteſtato vindicat hæreditatem, eam reſtituere teneatur hæredibus in teſtamento ſcriptis virtute Clauſulæ codicillaris in teſtamento adiectæ.

COmmunis eſt ſententia; filium, qui ab inteſtato vendicat hæreditatem, eam ob cauſam, quod ſit exhæredatus, vel præteritus in teſtamento, vigore clauſulæ codicillaris fideicommiſſo teneri ad reſtituendam ſcriptis hæredibus hæreditatem, detracta ſcilicet legitima. Vide Bartolum in Authent. ex cauſa, C. de liber. præteri. in leg. prima, num. 9. ff. de iure codicillor. Caſtr. Alexand. Iaſon, & alij, de quibus per Gabrielium commun. concluſ. tit. de clauſulis, concluſ. 7. & Iulium Clarum, in § teſtamentum, quæſt. 46.

Et fundamentum eſt primo in l. ex ea, §. 1. ff. de teſt. Paulus: *Ex his verbis quę ſcriptura paterfamilias addidit; Hoc teſtamentum ratum eſſe volo, quacunque ratione poterit, videri eum voluiſſe, omnimodo valere ea, quę reliquit, etiam ſi inteſtatus deceſſiſſet.* Secundò, quia codicillaris clauſula idem operatur, ac ſi teſtator venientes ab inteſtato rogaſſet, vt hæreditatem ſcriptis hæredibus reſtituerent, l. vlt. C. de codicill. ibi: *Illud quoque pari ratione ſeruandum eſt,* &c. Sed ſi ita rogaſſet expreſſe venientes ab inteſtato, vt ſcriptis hæredibus reſtituerent hæreditatem, nullum videretur eſſe dubium, quin fideicommiſſum præſtandum eſſet, l. ſi quis cum teſtamentum, de iure codicillor. Ergo idem reſpondendum, vbi clauſula codicillaris teſtamento adiecta eſt.

Verum huic communi ſententiæ vt aſſentiri non poſſim facit textus in l. Titia, ff. de inoff. teſtam. Scæuola: *Titia filiam hęredem inſtituit, filio legatum dedit; eodem teſtamento ita cauit. Ea omnia, quę ſupra dari fieri iuſſi, ea dari fieri volo ab omni hęrede bonorumve poſſeſſore, qui mihi erit etiam iure inteſtato Item quę dari iuſſero, ea, vti dentur fiantque fidei eius committo. quęſitum eſt, ſi ſoror centumvirali iudicio obtinuerit, an fideicommiſſa ex capite ſuprascripto debeantur. Reſpondi ſi hoc quęratur: an iure cęterum, quos quis ſibi ab inteſtato hæredes, bonorumve poſſeſſores ſucceſſuros credat, fideicommittere poſſit Reſpondi, poſſe. Paulus notat. probat autem nec fideicommiſſa* ab inteſtato data deberi, *quaſi à demente.*

Vides hic, quod Paulus docuit in l. ex ea, §. 1. ff. de teſtamen. non probari eidem Paulo in hac, de qua agitur, ſpecie: quia fideicommiſſum à demente factum videtur. Et ſanè leges, quæ teſtamentum has ob cauſſas reſcindunt, & filijs præteritis ſiue exhæredatis ab inteſtato ſucceſſionem deferunt, quodammodo eluderentur, hac, de qua agimus, cautela clauſulæ codicillares, omniſque minueretur ferè honor liberis debitus ex honorabili inſtitutionis titulo, ſi reſciſſo teſtamento hæreditatem nihilominus reddere ſcriptis hæredibus cogerentur.

Idem docet Scæuola in l. patronus, §. vlt. ff de legat. 3. *Apud Scæuolam* (inquit textus) lib. 18. *Digeſtorum, Claudius notat, nec fideicommiſſa ab inteſtato data debentur ab eo, cuius de inofficioſo teſtamento conſtitiſſet: quia crederetur quaſi furioſus teſtamentum facere non potuiſſe, ideoque nec aliud quid pertinens ad ſuprema eius iudicia valet.*

Dicebam olim, ſublatam eſſe hanc rationem, qua nititur l. Titia ex Iuſtiniani Nouella, ſtatuentis cætera in teſtamento contenta, præter inſtitutionem, firma manere. Sic enim præſumi ac cenſeri non poſſunt, veluti à demente ordinata, alioqui firma non manerent. Corre-

A cta autem ac ſublata ratione legis, videri ſublatam & correctam legem, vt docet Gloſ. in l. prima, ff. de legit. tutor. Iaſon ad l. poſtum. nu. 18. C. de bonorum poſſeſſ. contra tabu. Sed iam non placet hæc reſponſio: quia procedere poteſt quoad alia in teſtamento ordinata pręter inſtitutionem. hic verò eſt quæſtio de ipſa inſtitutione, an vigore clauſulæ codicillaris conuertatur in fideicommiſſum: Et de hac re nihil Iuſtinianus ſtatuit, ſed de alijs duntaxat legatis & fideicommiſſis, quæ in teſtamento continentur. Et ratio eſt; quia teſtator nil peccauit circa reliqua legata & fideicommiſſa, ſed duntaxat circa ipſam inſtitutionem, meritò illa irrita efficitur, non cætera legata. Si irrita efficitur & corruit, non facilè intelligo, quo modo poſſit ad fideicommiſſum trahi; Non lex, non ratio id ſuadere poteſt. Quare à communi ſententia recedendum puto, vnà cum Accurſio in Authen. ex cauſſa, C. de liber. præterit & cum multis alijs à Gabrielio citatis loco annotato. Adde Burſatum in conſil. 15.
B num. 8 lib 1.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo: concedo eam eſſe regulariter vim clauſulæ codicillaris, ſed nego eam in propoſita ſpecie obtinere; quia præſumitur in ea re fuiſſe teſtator furioſus, ac non ſanæ mentis.

Ad ſecundum reſpondeo, ſi paterfam. rogaſſet filios ſuos, qui ab inteſtato ſuccedunt, vt hæreditatem illis reſtituerent, tunc omnia ſalua fore, & filios retenta legitima portione, quæ de reſtitutione excipienda eſt, iuxta §. quamobrem, in Authent. de reſtitu. & ea quæ parit, & c. Reſtituturos hæreditatem. quia nihil continet abſurdi illa diſpoſitio ac voluntas teſtatoris. Filij enim ſunt hæredes, ſicut lex præcipit, & fideicommiſſo grauati, quod lex non vetat. At vbi filijs præteritis vel exhæredatis, alius hæres inſtituitur, manifeſtus eſt dementiæ teſtatoris prætextus, ac cui per codicillarem clauſulam prouideri non poteſt.

C

CAPVT XII.

Vtrum clauſula codicillaris teſtamento adiecta, operetur, vt poſtumus ignoranter præteritus, qui teſtamentum rumpit, teneatur ſcriptis hæredibus reſtituere hæreditatem ex fideicommiſſo.

SVbnectam his vulgarem, ſed arduam & celebrem controuerſiam de poſtumo ignoranter præterito; an, etſi rumpat teſtamentum, teneatur tamen ſcriptis hæredibus reſtituere hæreditatem vigore clauſulæ codicillaris teſtamento adiectæ, legitima ſcilicet, vel etiam, ſecundum aliorum ſententiam Trebellianica detracta. Bartolus reſpondit, non teneri, in l. prima, num. 10. ff. de iure Codicillor. quem multi ſecuti ſunt, & multi reprobarunt, vt videre licet ex Alexandro,
D in conſilio 50. lib. 6. Crauet. conſil 34. Tiraquell. ad l. ſi vnquam, in verbo, *Donatione largitus*, nume. 269. C. de reuocand. donat. Antonio Gabriel. commu. concluſ. titu de clauſulis, concluſ. 8. numero 8. Rolando à Valle, in conſ. 7. lib. 4. Cagnol. in Authent. ex cauſſa, C. de liber. præter. Iulio Claro, §. Teſtamentum, quæſt. 46. Burſato, in conſil. 15. Andrea Geyll, lib. 2. Obſeru. 114. Omnium latiſſimè Anton. Teſſauro, decis. Pedemont. 141. Menochio, conſil. 499. lib. 5. & de Præſumpt. lib. 4. præſumpt. 32.

Argumenta Bartoli & ſequacium hæc ſunt. Donatio inter viuos reuocatur filiorum natiuitate, l. ſi vnquam, C de reuoc donat. Ergo multo magis fideicommiſſum, quod in clauſula codicillari continetur. Nam donatio ex conſenſu duorum perficitur, nempe donatoris & donatarij; Fideicommiſſum autem ex conſenſu vnius tantum, nempe, defuncti, & conſequenter difficilius reuocari debet, quam fideicommiſſum, argumento eorum quæ notantur in l. 1. C. de pactis. Duplex enim funiculus magis ligat, &c.

Secundò

Secundò, in teſtamento militis, quod iure communi confectum eſt, tacitè ineſt illa clauſula, Vt, ſi non poſſit iure communi valere, iure militari valeat, l. 3. ff. de milit. teſtam. & tamen poſtumi ignoranter præteriti natiuitate, rumpitur, argum. l. qui iure militari, ff. eod. titu. & l. ſi cum vel in vtero, C. eod.

Tertiò, legata non debentur à poſtumo ignoranter præterito, vbi alius hęres inſtitutus eſt, & ipſe cohęres, efficitur, quia videlicet de eo teſtator non cogitauit, l. qui grani, l. penult. ff. de iure codicillor. Ergo multo minus fideicommiſſum ipſius hęreditatis debebitur. neque enim veriſimile eſt, defunctum teſtatorem voluiſſe poſtumo, de quo non cogitauit, tale fideicommiſſum iniungere, vt hęreditatem reſtituat hęredi ſcripto.

Quartò, hęc confirmantur ex eo, quod non pręſumitur teſtatorem voluiſſe alienam ſobolem ſuę anteponere, atque adeo bona ſua peruenire ad hęredes ſcriptos, excluſis filijs proprijs, argumento l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ. l. generaliter, C. de inſtit. & ſubſtit. l. ex teſtamento, ff. de vulgar. & l. ſi is qui ducenta, § item ſi pater, in fine, ff. de reb. dub. Videretur autem illud voluiſſe, ſi Clauſula Codicillaris in hac ſpecie id efficeret, vt filius poſtumus videretur eſſe grauatus fideicommiſſo bona reſtituere ſcriptis hęredibus.

Fundamentum autem contrarię ſententiæ eſt in eo poſitum, quod per clauſulam codicillarem teſtator videtur velle, (præſertim cum verbis ad futurum tempus reſpicientibus, concepta eſt) vt in teſtamento diſpoſita iure fideicommiſſi effectum habeant, ſi teſtamentum quomodocunque infirmetur, l. vlt. C. de codicill. Cum igitur ob poſtumi pręteritionem, teſtamentum rumpatur, videtur ipſe poſtumus tanquam proximior & hęres ab inteſtato, quaſi ex Codicillis, rogatus fideicommiſſo hęreditatem reſtituere ſcriptis hęredibus.

Confirmari poteſt hoc argumentum ex eo, quod licet poſtumus natus, teſtamentum rumpat, non tamen rumpit Codicillos, & fideicommiſſa pręſtare tenetur, vt in l. ſi quis cum nullos § ſed & ſi poſt codicillos, l. conficiuntur, § ſi poſt factum, l. qui grati, & l. pen. ff. de iure codicillor. Denique, iuuare hanc ſententiam videtur textus in l. generaliter, §. ex teſtamento, ff. de fideicommiſſ. libertat. vbi rupto teſtamento poſtumi natiuitate, libertates deberi, probatur, cum à legitimis quoque hęredibus relictę ſunt.

Ego iuri & ęquitati magis conſentaneam exiſtimo priorem ſententiam, quam Bartolus amplexus fuit, & multi alij ſecuti ſunt. Et moueor tum argumentis allatis, tum hac potiſſimum ratione, quod, cum nulla lex propoſitam hanc facti ſpeciem decidat, ex iuris & ęquitatis ratione decidendam neceſſario eſſe. Illa vero maximè pugnat pro ſententia Bartoli; ſiue etiam teſtatoris defuncti expreſſam voluntatem contemplemur, ſiue id, quod veriſimile eſt ipſum facturum fuiſſe, ſi de poſtumo naſcituro cogitaſſet, ſiue rei ipſius æquitatem & iuſtitiam intueamur, proculdubio exiſtimabimus, poſtumum D teſtatoris filium, fideicommiſſo de quo agitur, grauatum non videri. In expreſſa enim teſtantis voluntate, quę teſtamento continetur, nullum eſt verbum de fideicommiſſo poſtumo naſcituro iniungendo; immò verbum nullum, nulla prorſus de poſtumo cogitatio. Quod ſi de naſcituro filio cogitaſſet teſtator, qui defunctus eſt, quis eſt interpres tam durus voluntatis paternę, qui eam in alios magis, quàm in proprium ſanguinem propenſiorem exiſtimare velit? Si iuſtitiam ipſam & æquitatem reſpiciamus, hęreditatem rupto teſtamento ſecundum leges filio attribuemus; Cęteris quidem legatis ſaluis, prout magis videbitur eiuſdem defuncti voluntati conuenire. Cęterum inſtitutione prorſus irrita effecta, non autem ex fideicommiſſo vires habitura. Quę enim eſt hęc ſubtilitas, quę legum iuſtiqueque ordinem peruertit?

Non me deterret ab hac ſententia virtus ordinaria clauſulæ codicillaris, quaſi argumẽto ſit, teſtatorẽ ſaltem in genere cogitaſſe de caſu iſto, quo poſtumi natiuitate A teſtamentum rumpi ſolet. Quomodo enim de hoc cogitare potuit teſtator, qui de poſtumo nihil cogitabat, quem ignorabat ſe habiturum, & quem ſi habiturũ ſperaſſet, proculdubio hęredem feciſſet? Aut quanti momẽti eſt imaginaria iſthęc cogitatio generalis, vt honeſtati, rationi, & ęquitati pręferatur, filijs hęreditatis emolumẽtum auferat, alienis largiatur?

Non offendunt hanc ſententiam leges, quę docent poſtumum codicillos non rumpere. Cur enim rumperet codicillos, in quibus nec alijs directè data eſt hęreditas, nec ipſi adempta: neque enim dari aut adimi directò poteſt, § codicillis, in Inſtitut. de codicillis? At in hac ſpecie de teſtamento agitur, in quo alij, poſtumo ipſo prætermiſſo, inſtituti ſunt hæredes. Hoc vero, ſi rumpit poſtumus, vt certum eſt, qui fieri poteſt, vt illud per obliquum exequi cogatur? Fac parentem de poſtumo cogitaſſe, tum codicillos feciſſe, quibus poſtumi fidei committat, vt alijs hæreditatem reſtituat: tunc concedam natum poſtu- B mum codicillos non rumpere, exequi parentis codicillos oportere. Si non cogitauerit de poſtumo defunctus, tunc non equidem natus ille, rumpet codicillos, ſed non eos exequetur, præſertim vero in hac, qua de agitur ſpecie, qua hæreditatem alijs reſtituere cogeretur.

Denique nihil mouet hoc, quod dicitur, poſtumum legitimam ſuam detracturum, quæ detractio ceſſat in ſpecie, de qua loquitur l. ſi vnquam, C. de reuocan. donatio. Etenim, non ea ratione nititur l. ſi vnquam, quod inofficioſa ſit donatio, ſed quia veriſimile non eſt donaturum fuiſſe parentem, ſi de liberis naſcituris cogitaſſet: quæ ratio in hac ſpecie euidenter militat. Enimuero, quod de legitimæ detractione adfertur, nihil moratur; quæ enim eſt ratio, aſſignare liberis exiguam portionem trientis, alieniſque beſſem hæreditatis per fideicommiſſum reſtitui oportere?

Ad textum in l. generaliter, §. ex teſtamento, ff. de fideicommiſſ. liber. reſponſio ex dictis patet; neque enim C agitur ibi de hæreditate præſtanda hæredibus ſcriptis, vt in ſpecie noſtra, ſed de libertate danda, quæ legato vel fideicommiſſo relicta eſt à legitimis hæredibus. Ex quo non rectè inferri poteſt ad hæreditatem relictam, poſtumo ſcilicet auferendam, & alijs reſtituendam.

CAPVT XIII.

An ſit idem reſpondendum circa poſtumum ignoranter præteritum, cum teſtator ſuperuixit, & teſtamentum non mutauit.

SEd rurſus controuertitur: quid ſi poſt natum filium, quem in vtero vxoris exiſtentem ignorans teſtator præterijt, ipſe aliquo tempore ſuperuixerit, nec teſtamentum mutauerit, an id operetur clauſula codicillaris teſtamento adiecta, vt filius teneatur fideicommiſſo D reſtituere ſcriptis hæredibus hæreditatem? Affirmant multi ex his quos annotauimus in præcedenti capite, multi etiam negant. Affirmantium illud eſt fundamentum, quod cum teſtator diu ſuperuixit, & teſtamentum non mutat, videtur in eadem voluntate decedere, & conſequenter velle, ſuam hæreditatem ad legitimos hæredes peruenire, cum ſciat ruptum eſſe teſtamentum filij prætermiſſi natiuitate. Argumento ſumpto ex leg. Athletæ, §. dat remiſſionem, ff. de excuſat. tutor. ex l. tractabatur, ff. de inoffic. teſtamen. ex l. 3. C. de inoffic. teſtam. ex leg. 3. & l. eum qui, ff. de probation.

Negantis autem ſententiæ fundamentum eſt potiſſimum primo, in l. filio, §. Seia, ff. de adim. leg. vbi legatum ob ſuperuenientes inimicitias reuocatum, non debetur, tametſi poſtea teſtator in codicillis illud non reuocauerit. Deinde in eo, quod habetur in Authent. Vt factæ Nouæ Conſtitutiones, & c. quatenus nihil imputari poſſe Iuſtinianus dicit teſtatori, quod teſtamentum non mutauerit: *Non enim*, inquit Iuſtinianus, *omnia ſicut in nobis*,

nobis, nec ſemper quibuſque tempus eſt teſtandi, & repentè plerunque incidunt hominibus mortes, teſtandi eis poteſtatem auferentes.

Mihi negantium ſententia magis placet, ſed alio argumento, illo nempe; quod directa hæredis inſtitutio in teſtamento facta ad fideicommiſſum trahi non poſſit, etiamſi adiecta ſit clauſula codicillaris, rupto teſtamento filij præteritione, quia fideicommiſſa videntur ab inteſtato data, quaſi à demente, hoc in caſu ex l. Titia, ff. de inoffic. teſtamen. vt concluſum eſt ſupra, cap. 11. Videtur enim quaſi dementis, hoc velle, vt filius cogatur extraneis vel alijs remotioribus hæreditatem reſtituere. Quare id nequaquam præſumendum eſt voluiſſe eum, qui poſt conditum teſtamentum ſuperuixit. Hic pugnant inuicem præſumptiones. Illa 1 quia ſuperuixit, videri in eadem voluntate deceſſiſſe: Iſta, non videri, ne dementiæ arguatur, præferendo filijs alios remotiores & alienos. Quis vero ambigat hanc eſſe vehementiorem, veriſimilem magis, æquiorem, iuri magis conſentaneam? Vincat igitur aduerſantem eamque proſternat. Nec vllum impedimentum afferunt leges in argumento allatæ, quibus voluntatis conſtantia elici videtur, ex eo, quod teſtator ſuperuixit, nec mutauit teſtamentum: neque enim eo in caſu loquuntur, quo contraria militat præſumptio, vt in ſpecie iſta.

Dices etiam in ſpecie, de qua loquitur l. 3. C. de inoffic. teſtamen. filium præteritum fuiſſe, qui poſtea natus fuerat, & dici neglectum a patre eam ob cauſſam, quod teſtamentum cum poſſet, non mutauerit. Reſpondeo, etiam in ſpecie noſtra euſque fatemur parentum in eadem voluntate manſiſſe, vt videlicet poſtea natum filium neglexiſſe videatur, ac proinde teſtamentum ruptum eſſe dicatur nato poſtea filio, ſed non dicimus, neque præſumimus, eum voluiſſe teſtamentum ita in codicillos conuerti, vt filius inteſtato ſuccedens, alijs cogatur hæreditatem reſtituere, ne talem parentem dementiæ arguamus, charitate paterna exuamus, nobis præſertim cũ exiſtimare liceat, eum de ſuo nihil diſpoſuiſſe teſtamento, eo quod ſciret filio ſuſcepto reuocatum fuiſſe: nec putaret generalem illam clauſulam codicillarem eas vires habituram, vt hunc etiam caſum contra mentem eius, & iuris rationem comprehenderet, filiumque legitimum hæredem fideicommiſſo inducto luctuoſa ſpoliaret hæreditate.

CAPVT XIV.

Vtrum legata conſeruentur teſtamento ex poſtumi præteritione ignoranter facta reſciſſo.

SEd & ſi de legatis teſtamento relictis agatur quod præteritione poſtumi ignoranter facta reſciſſum eſt, inter Doctores controuertitur, vtrum ea conſeruentur ac præſtari debeant. Et quidem negant conſeruari Bartolus, Caſtrenſ. Iaſon, & alij multi, in commentarijs, Authen. ex cauſſa. C. de liber. præterit. & per Clarum, in §. teſtamentum, quæſt. 52. verſicu. Sed quid ſi poſtumus. Quorum illud eſt fundamentum; quod licet ex nouella Iuſtiniani, vt cum de Appel. cog. § aliud, & ſeq. perſpicuum ſit, legata conſeruari ac firma remanere teſtamẽto, præteritione, vel exhæredatione filiorum ſcienter facta, reſciſſo; quia filij appellatione intelligitur, tam is, qui natus eſt viuente teſtatore, quam qui poſtea, l. etiam, l. nomen filiorum, ff. de verb. ſign. l. ſi quis filiabus, ff. de teſtamen. tutela. tamen vbi ignoranter eſt præteritus, alia eſt ratio. Non enim præſumitur is, qui teſtamentum fecit, ea legata donaturus fuiſſe, ſi ſe liberos ſuſcepturum cogitaſſet. Argumento l. ſi vnquam, C. de reuoc. donat.

Confirmatur hæc ſententia ex l. qui grani, ff. de iure codicillor. Papinianus. *Qui grani vtero vxorem eſſe ignorabat, codicillis ad filium ſcriptis libertates dedit, nata poſt* A *mortem patris filia, cum de ea nihil patrem ſenſiſſe conſtitiſſet, placuit libertates à ſolo filio præſtari poſſe.* Idem reſpondit Marcellus in l. pen. ff eo. tit.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Alexander & Corneus, in dicta Auth. ex cauſſa, pro qua etiam teſte ibidem Cagnolo, num. 23. Collegium Mediolanenſe reſpondit, quorum duo ſunt potiſſimum argumenta. Primum, quia cum parens ignoranter præterit filium ſuum, minus peccat, quàm cum ſcienter. Cum itaque legata firma manere inter omnes conſtet, vbi filius ſcienter eſt præteritus, multo magis idem eſt dicendum, vbi ignoranter præteritus eſt. Secundum argumentum eſt ex l. cum mater, ff. de inoff. teſtam. vbi Iuriſconſultus: *Cum mater*, inquit, *militem filium falsò audiuiſſet deceſſiſſe, & teſtamento hęredes alios inſtituiſſe, diuus Adrianus decreuit hæreditatem ad filium pertinere, ita vt libertates & legata pręſtentur.*

Sed planè fortiora ſunt prioris ſententiæ ac communioris B argumenta, quamobrem adſtipulatorem me illi adſcribo non inuitus. Et quod ad primum contrariæ ſententiæ argumentum attinet; illud equidem valeret, niſi repugnaret coniectura voluntatis defuncti. Itaque non idcirco legata irrita ſunt in hac propoſita ſpecie, quod teſtamentum irritum ſit. Licet enim olim ita eſſet conſtitutum, tamen à Iuſtiniano emendatum eſt, ita ſtatuente, vt teſtamento hâc ob cauſſam irrito effecto, firma tamen legata maneant, ſed legata non debentur à filio ignoranter præterito; quia non ab eo relicta ſunt. Et dubium eſt, an, ſi ſciuiſſet teſtator alium naſciturum, relicturus fuiſſet.

Quod vero attinet ad l. cum mater, ff de inoff. teſtam. cum illam Baldus obieciſſet Bartolo, is reſpondit ex verbis ſequentibus ſolutionem haberi. Subdit enim textus: *Hic illud adnotatum eſt, quod de libertatibus & legatis adijcitur. Nam cum teſtamentum inofficioſum arguitur, nihil ex eo teſtamento valet.*

C His enim poſtremis verbis videtur reſponſum prius corrigi, quaſi textus velit, non deberi legata. Et ſolutio hęc communiter recepta eſt, Cagnolo teſte, nu. 30. verſic. tenenda ergo.

Sed non eſt bona ſolutio, neque ſenſus legis eſt, quod ſuperius dictum eſt, legata & libertates præſtandas, id correctũ eſſe. Ait enim textus: *Hic illud adnotatum eſt*, &c. Non autem emendatum eſt: non ea eſt verbi ſignificatio: nec Iuriſconſulti Pauli eſt emendare, quod D. Adrianus decreuit. Hic verò eſt ſenſus: Hic illud adnotatum eſt, quia cum Teſtamentum inofficioſum arguitur, nihil ex eo Teſtamento valet, & conſequenter etiam in ea ſpecie idem reſpondendum videbatur. Sed tamen aliter eſt conſtitutum & decretum; & ratio eſt; quia cùm filius eſt præteritus, quem mater non extare putabat, & ideo alios hæredes inſtituit, filius ſi extet, videtur tacitè inſtitutus, & vocatus ad hęreditatem ex coniectura voluntatis maternæ, quę procul dubio filium inſtituiſſet, ſi putaſſet viuere, D vt habetur in l. 3. C. de inoff. Teſtam. & l. 1. vlt. ff de hęred. inſtit. Cum itaque filius in ea ſpecie hęreditatem cõſequatur, tanquam tacitè vocatus ex Teſtamento, & ex voluntatis coniectura, meritò legata & libertates præſtare debet, ſicut ea præſtaret, ſi expreſsè inſtitutus fuiſſet. Et hoc eſt, quod Iuriſconſultus dicit: *Hic illud adnotatum eſt*, &c. Licet enim, cum Teſtamentum inofficioſum pronunciatur, omnia legata corruant, tamen in ea ſpecie filius non ſuccedit, quaſi ab inteſtato, quaſi inofficioſum teſtamentum ſit; Sed ſuccedit tanquam tacitè vocatus in ipſo teſtamento à matre, & ideo legata præſtare cogitur. Ita hanc legem, ſed non ita clarè & prolixè Iacobus Cuiacius explicat, lib. 10. c. 22 Obſeruationum.

Cæterum, ne quis impingat, ſcire oportet, nos hic non omnia legata infirmare, ſed tantum ea, quæ poſtumus præteritus rupto teſtamento, pro ſua parte præſtare deberet, veluti ab inteſtato rogatus, ex clauſula codicillari. Nam ſi alij extent filij in teſtamento inſtituti, qui pariter ſuccederent, legata ab eis præſtanda ſunt: niſi tamen

in eam facti ſpeciem incidamus, de qua textus loquitur in l.3.C.de inoffic. teſtam.& in d. l.cum mater, ff. eodem titu. tunc enim legata præſtanda eſſent, etiam à filio præterito.

CAPVT. XV.

Quomodo accipiendum ſit, quod dicitur in l. quoties. C. de hæred. inſtitu. hæredem inſtitutum in re certa, loco legatarij habendum, & quod ſi nullus alius inſtitutus fuerit hęres, ſed ipſe in re certa inſtitutus, prohibeatur plus habere.

HAEredem inſtitutum in re certa, loco legatarij eſſe, docet textus in l. quoties, C. de hæred. inſtitu. ſed controuerſia eſt, quo modo id accipiendum ſit. Prima eſt interpretatio Accurſij, ad l. ſi quis priore, ff. ad Trebell. inſtitutum in re certa, in omnibus haberi pro legatario, præterquam reſpectu querelæ inofficioſi teſtamenti. Nam ne illã intentare queat, filius in re certa inſtitutus, loco hæredis videtur.

Sed nõ probatur hæc interpretatio, quoniam certum eſt etiam alias ob cauſas inſtitutum in re certa pro hærede habendum, etiam extra cauſam impugnationis teſtamenti, vt in l. prima, §. ſi hæres ex fundo, ff de hæred. inſtitu.

Secunda eſt opinio antiquorum interpretum, quos Bartolus recenſet in dicta l. quoties, C. de hæred. inſtitu. inſtitutum in re certa, in omnibus eſſe loco hæredis, præterquam quoad actiones hæreditarias, vt in d. l. quoties.

Sed nec iſta ſententia placere poteſt, quia manifeſtum eſt, inſtitutum in re certa, loco eſſe legatarij, non ſolum eo nomine, quod actiones hæreditarias non habeat, neque ijs obſtrictus ſit, verum etiam aliam ob cauſam. Nam eum conſtat detractioni ex lege Falcidia inſtar legatarij obnoxium eſſe, vt in l. quoties, C fam. hercisc.

Tertia eſt ſententia, inſtitutum in re certa, loco hæredis cenſeri, ſi ſit filius, argumento eorum quæ habentur in §. Aliud quoq; Capitulum, in Auth. Vt cum de appel. cognoſc. ſecus ſi filius non ſit, & ita accipienda l. quoties, C. de hæred. inſtit.

Non placet, quia etiamſi extraneus ſit hæres inſtitutus in re certa, aliquando tamen loco hæredis habetur, ſi nullus ſcilicet alius hæres inſtitutus ſit, vt in d l. 1. §. ſi hæres ex fundo, ff. de hæred. inſtit.

Poſtrema eſt ſententia vera & communis, quam ſecuti ſunt Bartol. Caſtrenſ. Alexand. Iaſon. Sichardus, & alij, in dicta l. quoties, inſtitutum in re certa, non eſſe propriè legatarium, nec propriè hæredem, ſed tertiam quandam ſpeciem conſtituere, quæ in aliquibus legatarij naturam; in aliquibus autem hæredis imitetur. Nam quatenus is non vtitur actionibus hæreditarijs, nec illis conueniri poteſt, naturam legatarij participat, & quatenus etiam ex lege Falcidia detractionem patitur. In ſumma quoad rẽ, in qua inſtitutus eſt, legatarius cenſetur, l ex facto proponebatur. l ſi alterius, ff de hæred. inſtit. Cæterum, reſpectu tituli inſtitutionis, videtur quodammodo hæredis loco eſſe, & ideo nec teſtamentum impugnat, & totam hæreditatem, ſi nullus alius ſit hæres inſtitutus, cõſequitur, vt in d. l. 1. § ſi hæres ex fundo.

Sed oritur hic controuerſia; ſi inſtitutus in re certa, plus accipere prohibeatur, vtrum, nullo alio hærede exiſtente, totam nihilominus conſequatur hæreditatem detracta rei mentione,

Reſpondet Bartolus in l. quoties, §. ſi duo, ff de hæred. inſtit. quem ſecutus eſt Caſtrenſis ibidem, necnon Corneus in d. l. quoties, C. eodem titu. Siquidem nullus alius in eo teſtamento hæres inſtituatur, hęreditatem tali inſtituto in re certa, non accreſcere: ſecus verò ſi alius hęres inſtituatur qui vel nolit, vel non poſſit hæreditatem accipere.

Fundamentum eſt, quia cum inſtitutus hæres alius A repudiat hæreditatem, vel eam capere non poteſt, tunc ceſſat ratio, quę teſtatorem mouit ad prohibendum, ne inſtitutus in re certa plus acciperet; Ita enim prohibuiſſe cenſetur, vt alius hęres hęreditatem obtineret. Quare eo veluti obice iam ſublato, videtur ceſſare ipſa prohibitio. argumẽto l. peto, ff de leg 2 l. 2. §. ſed ſi ſint, ff. ad Tertull. Iſtud autem argumentum ceſſat, vbi nullus eſt alius hęres inſtitutus; tunc enim, quia teſtatoris voluntas refragatur, non licet in re certa inſtituto hęreditatem obtinere. argumento d. l. quoties; §. ſi duo, ff de hęred. inſtituend. Vlpianus: *Si duo ſint hæredes inſtituti, vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex beſſe eiuſdem fundi, Celſus expeditiſſimam Sabini ſententiam ſequitur, vt detracta fundi mentione, quaſi ſine partibus hæredes ſcripti hæreditate potirentur: ſi modò voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragatur.*

Alij vero dixerunt in propoſita quęſtione non accreſcere reliquam hęreditatem inſtituto in re certa, ſiue nullus B alius fuerit hæres inſtitutus, ſiue fuerit quidem, ſed is hæreditatem habere noluerit, vel non potuerit, ita Decius, in l 1. num 2. C. de tęſtam. milit Purpuratus, in conſil. 558. lib. 2 quanquam hic in ea facti ſpecie loquitur, in qua nullus alius hæres inſtitutus eſt, & Iacobus Menochius, in conſ 483 lib 5.

Fundamentum eſt in voluntate teſtatoris: Is enim voluit inſtitutum in re certa, illam rem duntaxat habere, non alia bona Voluntas autem teſtatoris eſt ſeruanda, §. diſponat, in Auth de nuptijs.

Confirmatur hæc ſententia argumento d. l. quoties, § ſi duo, ff de hæred. inſtit. ibi: *Si modò voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragatur.* Si dicatur non poſſe quemquam ex paganis decedere pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum, reſpondent iſti, hoc in caſu teſtamẽtum corruere, quia nullus ſit hæres inſtitutus, l. vlt. ff. de iure codicillor. & conſequenter rem ad cauſam inteſtati peruenire, ac hæreditatem in totum pertinere ad legiti- C mos hæredes.

Tertia denique ſententia eſt hæreditatem hoc in caſu accreſcere inſtituto in re certa, ſiue nullus alius cohæres inſtitutus ſit, ſiue inſtitutus quidem, ſed hæres eſſe noluerit, vel non potuerit. Ita Imolenſis, in c. Rainucius, nu. 64. de teſtam. & Alexander ad d. l. quoties, num. 11. C. de hæred. inſtit.

Fundamentum eſt: quia nemo poteſt facere, quin leges in ſuo teſtamento locum habeant, l. nemo poteſt, ff. de leg. 1. leges autem ſtatuunt, neminem paganum decedere poſſe pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum, l. ius noſtrum, de reg. iur. Et ideo ſi hæres in re certa inſtituatur, eum totam hæreditatẽ conſequi detracta rei mentione, l. 1. ſi hæres ex fundo, ff. de hæred. inſtitu. Et in milite ſpecialiter eſt conſtitutum, vt poſſit vnum hæredem ex parte bonorum, puta ex fundo inſtituere, & in reliqs bonis inteſtatus decedere, l ſi miles, 6. ff de mil. teſtam.

Et ideo Iuriſconſultus in l. Si quis ita hæres inſtitutus, D 74. ff. de hæred. inſtit. *Si quis*, inquit, *ita hæres inſtitutus fuerit, excepto fundo, excepto vſufructu hæres eſto, perinde erit iure ciuili atque ſi ſine ea re hæres inſtitutus eſſet, idque autoritate Caij Aquilij factum eſt.*

In hanc poſtremam ſententiam ego ſanè procliuior ſum. Etenim cum teſtator in ſolo fundo hæredem quempiam inſtituit, ſatis apertè declarat, ſe velle vt ſolum habeat fundum; ſimiliter cum hæredem quis inſtituit, excepto fundo, manifeſtum eſt eum nolle vt fundum habeat. Et tamen in his caſibus hæres totam hæreditatem conſequitur, ne inutilis illa adiectio vel detractio, vitiet inſtitutionem. Quare & in propoſita quæſtione eadem eſt ratio, ideoque non voluntas ipſa teſtatoris ſequenda, ſed legis conſtitutio eſt; Quamob rem & Iuſtinianus in §. diſponat, in Authent. de nuptijs: *Diſponat*, inquit, *teſtator vnusquiſque vt dignum eſt, & ſit lex eius voluntas. Vt dignum eſt*, inquit Gloſ. id eſt, ſecundum leges & bonos mores.

Vnus eſt textus, ex quo pro contraria ſententia argu-

mentum

mentum ſumitur non contemnendum, in l. quoties, §. ſi duo, ff. de hæred. inſtit. in illis verbis: *Si modo voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragatur*. Cæterum reſpondeo, duplicem illa verba ſenſum habere poſſe; Vnū, niſi patrisfamilias voluntas refragetur, hæredes ſcriptos hæreditate non potiri; ſed fundum duntaxat habituros. Alterum, hæreditate non potiri quaſi ſine partibus, detracta fundi mentione, inſtituti eſſent. Prior ſenſus non eſt admodum probabilis: quia non dixit Iuriſconſultus in verbis præcedentibus hoc tantum, videlicet hæredes ita ſcriptos hæreditatem conſecuturos; tunc enim rectè ſubijceretur exceptio; niſi voluntas teſtatoris refragaretur; ſed Iuriſconſultus dixit, *detracta fundi mentione quaſi ſine partibus*, hæredes ſcriptos hæreditate potituros. Quam ob rem, illa exceptio, *niſi voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè refragatur*, huc referri debet, nempe, potituros hæreditate ſcriptos hęredes quaſi ſine paribus, & ſic æquis partibus, *niſi voluntas manifeſtiſſime refragatur*. Quia ſi voluntas manifeſtiſſimè refragetur, potirentur quidem hæreditate; ſed non æquis paribus, perinde, ac ſi ſine partibus hæredes ſcripti eſſent, ſed ex partibus inæqualibus, prout voluntas patrisfamilias manifeſtiſſima deſignauerit. Poſterior ergò ſenſus magis eſt probabilis. Huc accedat, quod ſi priorem ſenſum admittamus, fateri cogimur, teſtatorem poſſe hoc efficere, vt in ſolo fundo hæredes habeat ex teſtamento, quod repugnat l. prima, §. ſi hæres ex fundo, ff. de hæred. inſtit. Si verò poſteriorem ſenſum amplectamur, nullum ſequitur abſurdum, & ſententiam verbis ac rationi conſentaneam colligimus. Porro ex coniecturis ab hac ſententia recedendum nęc ne ſit, verbi gratia, ſi teſtator alium magis dilexerit, quàm inſtitutum in re certa, vt veriſimile ſit eum maluiſſe ad eum reliqua bona peruenire, quā ad inſtitutum in certa. Vide Crauettam de antiquit. tempor. in quarta parte principali, num. 132. & in conſi. 856. num. 17. lib. 5.

GAPVT XVI.

Cum quis vxorem ſuam in vſufructu hæredem inſtituit, alio poſt eius mortem hærede inſtituto, quæ ſit interpretatio adhibenda.

COntrouertitur etiam illud, quo modo accipienda ſit vxoris vel alterius inſtitutio in vſufructu facta, alio poſt eius mortem inſtituto. Et duplex adhibetur interpretatio; Vna, prout verba ſonant, nempe, vt vxor vſufructum habeat donec vixerit: alter verò, qui poſt mortem eius inſtitutus eſt, videatur ſub conditione inſtitutus: Et ſi quidem vxori fructuariæ ſuperuixerit, tunc hæreditatem conſequatur; ſi verò præmoriatur, hæreditas accreſcat vxori inſtitutæ in vſufructu. Ita Corn. in l. extraneum, C. de hæred inſtit. Aretin. in l. filius à patre, ff. de libe. & poſtum. Couuar. lib. 2. Variar. reſol. capit. ſecundo, numero quinto. Ruinus in conſil. 54. lib. 2. Mantica de Coniecturis vltimar. volunt. lib 4. tit. 5. artic. 7.

Altera eſt interpretatio: vxorem detracta vſusfructus mentione, In totum hæredem eſſe, ſed rogatam videri per fideicommiſſum reſtituere hæreditatem ei, qui poſt mortem inſtitutus eſt. Hanc ſecuti ſunt Alexander, in conſil. 162. lib. 2. Crauetta, in conſ. 820. lib. 5. Menoch. in conſ. 273. lib. tertio. & de præſumpt. lib. 4. capit. 141. numero 26.

Priori ſententiæ magnopere adſtipulantur voluntas teſtatoris, & verba ipſius, quę hanc interpretationem planè recipiunt; Aut igitur is qui poſt vxoris mortem inſtitutus eſt, vxori ſuperuiuet, & hæreditatem adibit, aut nō ſuperuiuet, vel hæreditatem non adibit: Priore caſu à morte teſtatoris hęres fuiſſe videbitur; quia conditio retrotrahitur, l. quod dicitur, ff. de teſtam. milit. l. Hęres quandocunque, 54 ff. de acquir. hęred Poſteriore autem in caſu hęreditas vxori accreuiſſe intelligitur, iuxta l. pri-

A nam, §. ſi hæres ex fundo, ff de hæred. inſtit. Et tale ius accreſcendi ad hæredes vxoris tranſmittetur, l. ſi ex pluribus, ff. de ſuis & legitim. hæred. l. qui patri, ff. de acquiren. hæred.

Poſteriorem autem ſententiam iuuant aliquæ iuris noſtri regulæ generales. Illa in primis. Hæres inſtitutus in re certa, nullo dato cohærede vniuerſali, in totum hæres eſt, detracta rei mentione, l. prima, § ſi hæres ex fundo, ff. de hæred. inſtit. Ergo vxor in hac facti ſpecie erit in totum hæres, quia nullus ei datus eſt cohæres. Secunda regula: Is qui ſemel eſt hæres, non poteſt deſinere hæres eſſe, l. ei qui ſoluendo, ff de hæred. inſtit. l. & ſi ſine, §. ſed quod Papinianus, ff. de Minoribus Ergò vxor, quæ ſemel eſt hæres, vt dictum eſt, non poteſt deſinere hæres eſſe, & conſequenter, quia poſt mortem eius alius eſt hęres inſtitutus, videbitur fideicommiſſo rogata ei reſtituere hæreditatem. Tertia regula: Subſtitutio directa fieri non poteſt alicui pagano poſt pubertatem, l. verbis ciuilibus,
B ff. de vulg Ergò talis ſubſtitutio valebit in vim fideicommiſſ. argumento l. Scæuola, ff ad Trebell.

Ego priorem ſententiam magis probo. Nam certum eſt, hæredem ſub conditione inſtitui poſſe, §. hæres; in Inſtit de hæred. inſtit. & poſt mortem alterius, l filius a patre, ff de liber. & poſtumis. Is ergò, qui poſt mortem vxoris inſtitutus eſt hæres, videbitur inſtitutus ſub conditione, ſi videlicet vxori ſuperuixerit, l. hæres meus, l. quibus diebus, § quidam Titio, ff. de cond. & demonſtr Ergò nihil prohibet, quo minus hanc interpretationem accipiamus, quæ in omnibus eſt conſentanea iuri, & menti teſtatoris. Huc accedat, quod poſterior interpretatio magnopere videtur incommoda. In primis repugnat menti teſtatoris, qui voluit vxorem eſſe fructuariam; illa verò interpretatio facit eam hæredem. Deinde directa ſubſtitutio transfertur in fideicommiſſariam abſque vlla neceſſitate, & detractioni Trebellianicæ ſit locus. Denique, nō eſt difficile ad argumentum contrarię ſententię reſpon-
C dere. Nam cum dicitur in argumento, nullum fuiſſe datum vxori cohęredem, id negari poteſt: fuit enim illi datus cohęres, licet ſub conditione, & poſt mortem vxoris quod iure permiſſum eſt.

CAPVT XVII.

Quid ſtatuendum cum in ſolo vſufructu hæres eſt inſtituta Vxor, & nullus alius etiam poſt eius mortem hæres inſtitutus eſt.

SEd & controuerſia eſt, quid reſpondendum, ſi vxor inſtituta fuerit in vſufructu donec vixerit, & nemo alius poſt eius mortem inſtitutus fuerit hęres, vtrum ea ſuccedat in tota hęreditate ſimpliciter detracta vſusfructus mentione; an verò ſuccedat quidem, ſed cum onere reſtituendi hęreditatem venientibus ab inte-
D ſtato, cum ipſa morietur. Etenim, rogatam quaſi per fideicommiſſum tacitè videri hęreditatem legitimis hęredibus reſtituere, reſpondit Paulus Caſtrenſis, in conſi. 241. lib. 2. Idem reſponderunt multi alij, quos refert & ſequitur Menochius, lib. 4. de præſumpt. cap. 141. num. 5. Cęterum, non videri, reſponderunt Corneus, In conſ. 60. nu. 6. lib 1. & alij quos refert & ſequitur Franciſcus Mannca, de Coniecturis vltimar. volunt. lib. 4. titulo 5. in principio, num. 13.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt; quia cum teſtator auferat legitimis hæredibus hęreditatem donec vxor vixerit, ea mortua videtur velle ad eos peruenire, argumento l. vlt. C. de legatis, l. Titia, cum teſtamento, § vlt. de leg. 2. & l. peto, poſt principium. verſ. Idem dicemus, eod. tit.

Sed poſterior ſententia magis mihi probatur; Nam certum eſt, hæreditatem ex die, & ad diem, dari non poſſe, ſed detracta temporis mentione purè relictam videri l. hæreditas ex die, ff. de hæred. inſtit. Certum eſt etiam,

ſi ex

ſi ex certa re quis hæres inſtituatur, detracta rei mentione, in totum hæredem intelligi, l. 1. §. ſi hæres ex fundo, ff eod. tit. cùm ergo vxor in ſolo vſuſructu inſtituta fuerit, donec vixerit, detracta tẽporis & rei mentione, cùm nullus alius cohæres datus fuerit, hęres purè, & in totũ eſſe iudicabitur. Quod verò tacitè rogata eſſe videatur, hæredibus legitimis hęreditatem reſtituere nulla ratione, nulla lege demonſtrari poteſt.

Nec enim mouent, quæ ſuperius allatæ ſunt leges. Nã quod attinet ad l. vltimam, C. de legatis, Iuſtinianus hoc tantùm voluit: legata temporalia, ſiue ad tẽpus relicta, poſt completum tẽpus ad hæredem redire. Nihil id cõmune habet cum quęſtione noſtra. Nam in ea ſpecie, de qua Iuſtinianus loquitur; hæres erat inſtitutus in teſtamento, qui proinde lapſo tempore legatis pręſtandis cõſtituto, non tenebatur de cætero præſtare. Hic verò nullus alius eſt hæres præter vxorem inſtitutus.

Quod verò attinet ad l. Titia, §. vlt. *Reſponſum eſt, licet ea verba non proponerẽtur, quibus teſtatrici ſilia fideicommiſſum petere poſſet propter voluntatem, tamen poſt patris mortem petere poſſe.* Rectè. Nam cùm teſtatrix viro ſuo multa reliquiſſet, donec is vixiſſet, ſimul voluiſſe videtur, eo defuncto, res relictas ad hæredem filiam pertinere. Quamobrem & Bartolus in Summario inquit: *Qui voluit res ad aliquem pertinere ad tempus, poſt illud videtur velle ad ſuum hæredem redire.* Ibi ergò maritus erat legatarius, & hæres inſtituta filia. Hic vxor eſt hæres & nemo alius hæres inſtitutus.

Denique, quod Papinianus ſcribit in d. l. peto, nihil iuuat priorem ſentẽtiam; loquitur enim Papinianus, cùm teſtator & rationem habuit legitimi hæredis, & illius mentionem fecit. Verba hæc ſunt: *Idem dicemus, ſi, cùm ex aſſe ſcripſiſſet hæredem eius gratia, qui legitimus hæres futurus eſſet ita loquatur. Peto pro hæreditate, quam tibi relinqui, quæ ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus ſit centum aureis.*

CAPVT XVIII.

Quid ſi vxori legatus fuerit omnium bonorum vſusfructus, alio poſt eius mortem hærede inſtituto, an valeat euiſmodi legatum.

SEd priuſquam ad alias controuerſias tranſeamus, non eſt illa diſputatio negligẽda: an legatum vſusfructus omnium bonorum valeat vxori relictum in teſtamento, alio hærede poſt eius mortem inſtituto. Quæſtio celebris, & ab antiquis Doctoribus agitata, noſtris verò temporibus plurimum illuſtrata ſcriptis duorum præſtantiſſimorum Iuriſconſultorũ Franciſci Manticæ nunc Illuſtriſſimo Cardinali, de Coniect. vltimar. volunt. lib. 4. tit. 5. artic. 10. & Iacobi Menochij de Præſumpt. lib. 4. cap. 141. numero 33. Non mihi faciendum putaui, vt tanquam actuarius omnia deſcriberem, atque huc adſerrem, quæ ipſi dixerunt: ſed operæpretium duxi, meam potius ſententiam breuiter adſcribere. Exiſtimo, ſaluis iuris noſtri regulis, legatum conſiſtere non poſſe; ſed tamen teſtatoris voluntatem hoc efficere, vt locum habeat, quaſi aliter dictum, aliter verò ſcriptum videatur. Primum quod aſſerui, haud quaquam probatu difficile eſt. Nam vſusfructus legatum ex die aditæ hæreditatis cedit, l. 2. ff. quando dies leg. cedat, l. vnica, § in nouiſſimo, verſ. libertatibus, C. de cad. tollend. Hic verò hæreditas adiri non poteſt, niſi mortua vxore, quo tempore vſusfructus extinguitur, §. finitur, in Inſtitu. de Vſufruct. & conſequenter præſtari non poteſt.

Quod verò ſecundo loco dixi, non vſque adeo exploratum eſt, ſed tamen veriſimile puto, propter volũtatem patrisfamilias. Nam eius voluntas tam enixa deprehenditur legati conſeruandi, vt non aliam ob cauſam hæredem alium inſtituerit poſt vxoris mortem, & non ante, quàm vt illa vſumfructum haberet, quaſi dubitaret, ne alio hærede ſimpliciter inſtituto, illa vſufructu careret.

Nec improbabiliter quis dixerit, hæredem in hac facti ſpecie purè inſtitutum videri, detracta temporis mẽtione, argumento l. hæreditas ex die, ff de hæred. inſtit. Neque enim vxor hoc in caſu inſtituta eſt in vſufructu, vt vigore tituli inſtitutionis dubitari poſſit, an cæteram ex iure accreſcendi conſequi valeat hæreditatem, vt in præcedentibus eſt diſputatum.

Quæ cùm ita ſint, non poſſum ſatis mirari, cur apud clariſſimos autores, quos citaui, tanta ſit difficultas ac diſpotatio circa remedium, quo mulier hoc in caſu conſequi vſumfructum poſſit. Nam interpretatione hac recepta & admiſſa voluntatis teſtatoris, hęres purè intelligitur inſtitutus, & conſequenter ad legatum pręſtandum ordinarijs actionibus conueniri poteſt. Vide de eadem hac quęſtione Andream Geyll, lib. ſecundo. Obſeruat. 143.

CAPVT XIX.

Vſufructuarius omnium bonorum ex teſtamento relictus, an teneatur æs alienum teſtatoris defuncti ſoluere.

SEd quando incidimus in vſufructuarium omnium bonorum, antequam eum relinquamus, operæprecium erit, celebrem illam controuerſiam expendere, an teneatur ad ſoluendum æs alienum defuncti. Quatuor ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Prima, vſufructuarium teneri. Secunda, non teneri. Tertia, non teneri quidem vſufructuarium, & hoc onus hæredi incumbere, ſed eidem hæredi permittendum, vt ex bonis hęreditarijs æs alienum in primis detrahat; deinde id, quod detracto eo ſupereſt, fructuario reſtituat. Quarta eſt ſententia fructuarium non teneri, nec hęredem poſſe ex bonis æs alienum detrahere, ſed omnia bona abſq; diminutione tradere oportere fructuario, vt eis vtatur, fruatur. Vide Bartolum ad l. vlt. ff. de Vſufr. leg. Bald. in conſil. 23. lib. 2. & 477 lib. 3. & in conſ. 237. lib. 1. Gozadin. in conſ. 94 colum. 5. Guid. Papę deciſ. 541. Angelum Aretin. in § conſtituitur, nu. 3. in Inſtit. de Vſufr. Pract. Papienſ. in forma libelli, quo agitur ad dotem, in verbo, Dedit, col. 2. Decium in conſil. 536. & 590. & in conſil. 620. in fine. Alexand. ad l. vſufructu, ff. ad legem Falcid. Couuar. lib 2. Variar. reſol. cap. 1. numero 4 Borgninum Caualcan. de Vſufr. mulieri relicto, nu. 211. Andream Geyll, lib. 5. Obſer. 146. Menochium de Præſumpt. 143. poſt nu 9.

Ego eorum ſententiam probo, qui dixerunt fructuarium ad ſoluendum æs alienum non teneri, ſed hæredẽ, cui id incumbit onus, deducere in primis æs alienum ex bonis poſſe, & quod ęre alieno deducto, ſupererit, fructuario tradere oportere: Nam hęc ſententia textibus ſatis luculenter probatur. In primis ſpectare ad hęredem æris alieni diſſolutionem, probat textus in l. 1. C. ſi cert. pet, & in l. 2. C. de hæred. actio. Hæredem autem deducere æs alienum poſſe, probatur ex l. vlt. ff. de Vſufr. legato. Verba eius: *Nam ſi bonorum vſufructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducetur.* Item ex l. vſuſructu, ff. ad leg. Falcid. Pomponius: *Vſufructu bonorum legato, æs alienum ex omnibus rebus deducendum eſt.*

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere, quibus aliæ ſententiæ nituntur. Nam illorum argumentum, qui putarunt fructuarium ad ſoluendum æs alienum teneri, ſumitur ex l. vxori meæ. ff de Vſufruct legato, Labeo: *Vxori meę vſumfructum lego bonorum meorũ. Quęſitum eſt an prædiorum, tam ruſticorum, quam vrbanorũ, & mancipiorum, et ſupellectilis, itemq́; Calendarij vſusfructus ad uxorem pertineat. Reſpondi ſecundùm ea, quæ proponerentur pertinere.*

Si Calendarij vſusfructus pertinet, ergò debita & credita uidentur pertinere: Calendarium enim continet debita & credita, l. qui filium, ff. de leg. 3.

S Re-

Reſpondeo, Calendarium debita non continere, ſed nomina debitorum, & ſic credita & pecuniam iam exactam & fœnori deſtinatam, vt declarat tex. in d. l. qui filium, de leg. 3 Cum enim veteribus menſtruas uſuras facere moris eſſet, quæ ſingulis Calendis ſoluebantur, inde Calendarium eſt dictum, id eſt, negotiatio ipſa nominum faciendorum, vt diligenter explicat Connanus lib 7 Commentar iuris, cap primo, numero. 12. Et verò, (bona pace doctorum virorum dictum ſit) ineptum videtur exiſtimare Iuriſconſultum in dicta l. vxori meæ, ff de vſuſr legat. illud quærere, an vſuſructu à teſtatore legato, debita ipſius legantis contineantur ſub Calendarij nomine: niſi hoc voluerint, etiam debita contineri in conſequentiam creditorum, vt qui vſumfructum habet creditorum, onus etiam ſubire debeat debitorum: ſed tunc nec tex d. l vxori meæ; ad rem faciet, nec bona erit illa conſequentia; cum ad hæredem onus ſoluendi æs alienum pertineat, ad quem ſpectat emolumentum & commodum hæreditatis.

Argumentum verò poſtremæ ſententię ſuperius à nobis relatæ, illud mihi videtur; quoniam ita onus æris alieni ſoluendi ad hæredem ſpectat, vt debeat fructuarius veluti legatarius eo nomine indemnis ſeruari; quod non fieret, ſi ea detractio permitteretur. Sed iſta ratio locũ habere poſſet in legato vſusfructus rerum aliquot particularium, non autem in vſufructu omnium bonorum legato; ſi quidem perſpicuum eſt bona appellari; quæ deducto ære alieno ſuperſunt, l. ſubſignatum, §. bona, ff de verborum ſignific. & cum clariſſimi ſint textus, quibus hæc deductio manifeſtè probatur, non puto cuiuſquam rationes tanti æſtimandas, vt veritati ac legi anteponantur.

CAPVT XX.

Inſtitutus in re certa, an comprehendatur in conceſſione emphyteuſis facta pro hæredibus.

ANtequam ad alia tranſeamus, cum multas de inſtituto in re certa, controuerſias tractauerimus, non putauimus illam omittendam: an filius in re certa inſtitutus, comprehendatur in emphyteuſi conceſſa pro filijs hæredibus. Et hac de re tres extare Doctorum ſententias animaduertimus. Vna eſt Bartoli, in l. vt iuſiurandi, § liberi, ff. de oper. libert. qui reſpondit, inſtitutum in re certa, obtinere debere partem rei in emphyteuſim conceſſæ, exemplo filiorum patroni, qui à liberto exigere poſſunt operas debitas, quamuis patroni defuncti hæredes ſint ex partibus inæqualibus, vt in d. § ſi liberi, talibus enim liberis, vt hæredibus operæ debentur, l. cum patronus, § 1. ff. eo tit.

Altera eſt ſententia Pauli Caſtrenſis, ad l quoties, C. de hæred. inſt ſi de re Eccleſiaſtica in emphyteuſim cõceſſa agatur, quoniam illa ad filios tantum, non etiam ad extraneos tranſit, tunc veram eſſe Bartoli ſententiã; quia maior eſt habenda ratio eius, quòd ſit filius, quàm quòd ſit hęres. Cæterùm, ſi de re in emphyteuſim data à priuatis, ſit quęſtio, quoniam illa etiam ad extraneos hæredes peruenire poteſt, tunc veram non eſſe Bartoli ſententiam, ſed iſtud etiam requiri, vt filius ſit hæres, & ideo inſtitutum in re certa, non eſſe admittendum; quia videtur eſſe legatarius, vt in d. l. quoties, C. de hæred inſtit.

Tertia eſt ſententia vera & communis, emphyteuſim hoc in caſu non pertinere ad filium in re certa inſtitutum, ſed ad filios hæredes: quia duo hæc coniunctim requiruntur, vt filij ſint, & ſimul etiam hæredes. Hæredis autem appellatione continetur vniuerſalis ſucceſſor, l. quædam, § nihil intereſt, ff. de edend. Hæredes enim iuris ſucceſſores ſunt, l. quoties, § hęredes, ff de hæred. inſtitu. Ita docent Alexand. Iaſon & Iacopinus, in dicto § nihil intereſt, Couuarru. lib. ſecundo, variar.

A reſolut. cap. 2. poſt nume. 5. Iulius Clarus §. emphyteuſis, quęſtio. 38. Bellonus Supputationum iuris lib. quarto, cap. 18.

Ad argumentum Bartoli reſponderi poteſt, aliam eſſe rationem eius, qui inſtitutus ſit pro parte inęquali hæres, de qua ſpecie loquitur textus in dicto § ſi liberi, de quo in argumento, talis enim ita inſtitutus hęres, nihilominus hęres eſt verè & propriè, cum in partem hęreditatis ſuccedat, vnde meritò etiam in partem rei emphyteuticę ſuccedere debet. At nos de filio loquimur in re certa inſtituto, qui alio hęrede inſtituto, non eſt hęres, ſed inſtar legatarij, l quoties, C. de hęredibus inſtitu. neque enim in ius vniuerſale, aut in totum, aut pro parte ſuccedit, ſed in re particulari duntaxat & certa.

CAPVT XXI.

B

De hęrede in re certa inſtituto, an ſit in poſſeſſionem mittendus, ex l. vlt. C. de edicto Diui Adriani tollend.

INſtitutum in re certa, in teſtamento non abolito, non cancellato, neque ex aliqua parte vitiato, mittendum eſſe in poſſeſſionem, ex l. vltima, C. de edicto Diui Adriani tollendo, cenſuerunt Curtius iun. in Commentarijs dictæ l. vlt. nume. 38 & alij, quos refert & ſequi videtur Tiraquellus, in tracta. *le mort ſaiſit*, parte ſecunda, Declaratione 4. numero 13. Quorum illud eſt argumentum, quod ſecundum illam legem hæres etiam ex parte mittendus ſit in poſſeſſionem bonorum defuncti: inſtitutus autem in re certa, videtur eſſe aliquo modo hæres, aut hæredi ſimilis, cum poſſit autoritate propria poſſeſſionem accipere bonorum, in quibus inſtitutus eſt, ad inſtar hæredis, vt docet Bartolus, in l.
C ex facto, nume. ſecundo, ff de hæred. inſtit. Alexander & Iaſon, ad l quoties, C. eod. titu. Ex quo ſequitur, eum multo magis eam poſſeſſionem autoritate iudicis obtinere poſſe. Denique, non videtur vlla ratio diuerſitatis inter hæredem & inſtitutum in re certa, vterque enim à teſtatore inſtitutus eſt, cuius voluntatem executioni mandari publicè intereſt, l. vel negare. ff. quemad. teſtam. aper.

Sed contrariam ſententiam magis probabilem exiſtimo; quoniam inſtitutus in re certa, re vera non eſt hæres, ſed inſtar potius legatarij, dicta l. quoties, C. de hæred. inſtit. lex autem illa de hærede loquitur. Nec obſtat, quod poſſit autoritate propria poſſeſſionem bonorum accipere; quia, vt maximè id verum ſit, de quo iam non diſputo, non tamen efficitur eum hæredem eſſe. Et dum dicitur. Si poteſt autoritate propria: Ergò multo magis ex l. vlt. Negatur: quia conſequentia non eſt bona. Illa eſt bona collectio; Ergò multo magis Iudicis au-
D toritate ex remedio iuris ſibi competente, poſſeſſionem accipere poterit.

Non obſtat quod dicitur, non eſſe rationem diuerſitatis inter inſtitutum in re certa, & hæredem; quia immò eſt diuerſitatis ratio, illa nempe, quòd hæres ad onera hæreditaria tenetur: & vicem ſuſtinet defuncti; quamobrem, eum ſtatim in poſſeſſionem mittendum, ſumma ratione & æquitate conſtitutum fuit; vt ſcilicet exequeretur ea, quæ teſtator iniunxit, actionesque exciperet, & exerceret, ac perſonam defuncti repręſentaret; Non talis eſt inſtitutus in re certa, nec tanto fauore dignus, ac proinde non eſt in eo eadem ratio, quę in hęrede.

CA-

CAPVT XXII.

Vtrum filia hæres ex teſtamento vel ab inteſtato, mittenda ſit in poſſeſſionem bonorum feudalium, contradicentibus agnatis, tanquam vocatis ex inueſtituris feudalibus.

SI proponatur patrèfamilias deceſſiſſe hærede relicta filia ex teſtamento, vel ab inteſtato, & adſint feudalia bona, an in poſſeſſionem eorum ſit mittenda, an verò potius agnati, qui contendunt, feuda ad ſe pertinere, controuerſi iuris eſt. Et hic totius difficultatis vertitur cardo; quia dicit tex. capitul. primo. § inter filiam, ſi de feudo defuncti controuerſia fuerit inter dominos & agnatos vaſalli *Inter filiam defuncti & agnatos defuncti, de quodam prędio mota eſt quæſtio, agnatis feudum, filia vero allodium eſſe aſſerentibus, ſuper poſſeſſione apud quem manere debeat, quærebatur. Reſponſum eſt, apud filiam poſſeſſionem interim eſſe collocandum.*

Huius ergo textus argumento, filiam eſſe in poſſeſſionem mittendam. Etiam quando conſtet bona eſſe feudalia, primus omnium Ioan. Andreas docuit, quem & alij omnes autorem laudant, in add. ad Specul. tit. de Teſtamen §. pen. verſ. perſonam, vbi ait, poſt miſſionem demum eſſe cognoſcendum ad quem feudum pertineat. Sequitur Alex ad l. vlt col. vlt & ibid. Iaſon, num. 36. C. de edicto Diui Adriani tollen. & alij a Menochio citati de adipiſcen. poſſeſſ remed. 4. nu. 375. & poſt eum ab Hartmanno Piſtorio, Quęſt. iuris. lib 2. parte poſteriore, c. 39. num. 32. Quibus (quatenus de filia ex teſtamento hærede loquuntur) aſtipulari uidetur ipſa l. vlt. C de edicto Diui Adr. toll. vbi generaliter eſt conſtitutum, hæredem eſſe mittendum in poſſeſſionem omnium bonorum defuncti. Non obſtat, ſi dicatur, in feudis regulariter fœminas non ſuccedere; quoniam in multis caſibus ſuccedant, ut in c. 1. de natura ſucceſſ. feud. cap. 1. de feudo fœmin. & alibi.

Cæterum; in his terminis, in quibus loquimur, videlicet, quando conſtat bona eſſe feudalia, non eſſe filiæ, ſed agnatis tradendam poſſeſſionem, reſponderunt Iaſon in conſi. 152. lib. 4. Gozad. in conſi. 12. num. 8. Albert. Brunus in conſi. 18. nu. 18. Alba in conſi. 78. nu. 16. Plotus ad l. ſi quando, nu. 111. C. vnde vi, Iacob. in d. l. vlt. C de edicto diui Adria. toll. nu 49.

Horum argumentum illud eſt, quia fœminæ regulariter feudorum ſunt incapaces, & illa pertinent ad hæredes maſculos, cap. 1. §. filia, de ſucceſſ. feudi, c. 1. §. Hoc autem notandum, qui feudum dare poſſunt, c 1. §. ad filios, de ſucceſſ. fratris. Quamobrem agnati & hæredes maſculi, ad quos feudum ſpectat, videntur potius in poſſeſſionem mittendi, quàm filia ad quam non ſpectat.

Tertia eſt ſententia Iacobi Menochi, in d. remed. 4. nume. 381. de adipiſcen poſſeſſ. vt ſi quidem conſtet bona eſſe feudalia, & præterea etiam agnati probationes in promptu habeant, eius eſſe qualitatis, vt fęminæ non ſuccedant, tunc agnatis danda ſit poſſeſſio, aliàs ſecus, & ita videtur opiniones Doctorum conciliare ac interpretari.

Mihi verò ea ſententia uidetur probabilior, quæ maſculis hæredibus ſiue agnatis feudorum poſſeſſionem adiudicat, & multo magis, vbi ex inueſtituris conſtat fœminam ſuccedere non poſſe; ſed ſolos maſculos agnatos, exploſa prorſus prima illa opinione, quæ nullum habet fundamentum ſolidum. Nam cum fœminæ regulariter in feudis non ſuccedant, ſed agnati & hæredes maſculi, ipſi iam fundatam habent intentionem, ut loquuntur noſtri, tum ad fœminam excludendam, tum ad obtinendam pro ſe ipſis bonorum poſſeſſionem. Illis enim procul dubio dari debet, quibus a lege delata eſt, non alijs, qui non vocantur. Et licet in aliquibus caſibus fęminæ in feudis ſuccedant, dum tamen de hac re

A diſputatur & cognoſcitur; quia regula iuris ipſis fœminis aduerſatur, ſanetque agnatis, iuſtius eſt & æquius, vt interea poſſeſſio tradatur maſculis hæredibus quàm fœminis. Sic & textus in dicto § inter filiam, dum cognoſcitur an res ſit feudalis vel allodialis, mandat fœminæ poſſeſſionem tradi; quia filia rem allodialem eſſe aſſerēs regulam pro ſe habet, qua dicimus quamlibet rem præſumi liberam, & nulli obnoxiam ſeruituti, l. altius, C. de ſeruit. & aqua. Et licet feudalis eſſe poſſit; interea tamen viſum eſt iuri magis conſentaneum, fœminam in poſſeſſione eſſe, cui iuris regula fauet, quàm agnatos, quibus aduerſatur.

Ex quibus manifeſtum euadit, fundamentum prioris ſententię nixum d § inter filium, & perquam infirmum eſſe, & potius noſtræ ſententiæ ſuffragari, ſi ratio tex. rectè perpendatur

Quòd vero attinet ad l. vlt. C. de edicto Dauid Adriani tollen illa prorſus nullum præſtat argumētum, ſi quidem, cur hæres in teſtamento inſtitutus, in poſſeſſionem
B bonorum defuncti mittendus ſit, illa eſt ratio; quia hæres ſuccedit in vniuerſum ius defuncti, l. nihil aliud, ff. de regulis iur. ſed fœmina in feudo non ſuccedit, meritò in poſſeſſionem mitti non debet, niſi prius cognitum fuerit tale eſſe feudum, in quo etiam fœminæ ſuccedant.

CAPVT XXIII.

Ex quibus rebus legitima filiorum detrahenda ſit.

CVm filijs legitima in bonis parentum debeatur, eaque ſit triens, ſi filij ſint quatuor, vel ſemis, ſi plures exiſtant, vt notum eſt ex Nouella Iuſtiniani de Triente, & Semiſſe. Controuerſia eſt nonnulla,
C in quibus bonis debeatur, ſeu ex quibus detrahenda ſit: Quam rem ego quatuor propoſitis concluſionibus commodè explicari poſſe iudico. Prima concluſio. Ex bonis iuri primogenituræ ſubiectis, vt cum noſtris loquar, veluti ſunt Regna, Ducatus, Marchionatus, & ſimilia, hæc enim primogenito ex conſuetudine deferuntur, legitima detrahenda non eſt. Huius aſſertores concluſionis ſunt Guido Papæ, deciſio. 476. Gloſ. in cap. licet, de voto, Panormitan. in conſil. duodecimo, in tertio dubio, lib. primo, & alij, quos refert & ſequitur Tiraquellus, de iure primogenitorum, quæſtio. quinta. Ergo, ſi princeps plures habeat liberos, in principatu ſuccedet primogenitus, nec ex eo legitima debetur alijs filijs; licet aliquid aliud in pecunia, vel in alia re ſit dandum, ex quo alimenta, & alia neceſſaria conſequi poſſint.

Et huius concluſionis ratio eſt: quia eiuſmodi dignitates diuidi non debent, vt in c. 1 § præterea ducatus, de
D prohibita aliena. feudi per Fridericum. Nam vt Ariſtoteles inquit lib. 12. Metaphyſicor. *Multos imperitare malum eſt, Rex vnicus eſto.*

Secunda concluſio: Legitima debetur, iuſteque deducitur & aſſignatur ex bonis feudalibus & emphyteuticis, ſi ſint hæreditaria, id eſt, conceſſa pro hæredibus quibuſcunque. Ita docent Bart ad l. 1 §. nec Caſtrenſe, nu. 6. ff. de collat. bono. Ripa, ad l in quartam, nume. 177. ff. ad leg. Falcid. Clarus, in § feudum, q. 46. Menoch. in conſil. 251. num. 61. lib. 3.

Probatur hæc concluſio; quia talia bona ſunt ſicut cætera hæreditaria & patrimonialia, quæ allodialia uocantur. Quare ſicut ex alijs bonis legitima debetur, ita & ex iſtis.

Tertia concluſio: Legitima non debetur, neque aſſignari poteſt ex bonis feudalibus ac emphyteuticis, quæ hæreditaria non ſunt, ſed conceſſa pro filijs & deſcendentibus, Doctores appellant ex pacto & prouidentia, ſi non acquiſita ſint à patre, ſed ab auo, vel alijs aſcen-

dentibus, vti declarant Alexander, in conſil. 19. nume 4. lib. 5. Ripa, in l. in quartam, nu. 179. ff. ad leg Falc. Ratio eſt: quia legitima eſt pars bonorũ patris, de cuius ſucceſſione agitur. Hæc autem bona non ſunt à patre profecta, ſeu acquiſita, ſed ab auo; Et conſequenter quaſi aduentitia ipſis filijs, & non patris, ſed aui beneficio parta, argumento l quæſitum, ff. de leg. 1.

Quarta concluſio: Legitima non debetur ex eiuſmodi bonis & ſeudalibus & emphyteuticis à patre acquiſitis, ſi non hæreditariæ ſint conceſſiones ac inueſtituræ; ſed ex pacto & prouidentia. Ita docent Ang. in § optimè, in Authen. de nuptijs. Caſtren. ad l. ſi patroni, ff. ad Treb. Alex. in conſ. 89. num. 5. lib 4.

Fundamentum eſt: quia hæc bona filius non videtur habere patris beneficio, ſiue à patre ipſo; ſed potius à domino, qui conceſſit ac inueſtiuit patrem & filios: legitima verò debetur ex ſubſtantia patris, l. ſcimus, §. Repletionem, C. de inoffi. teſtam.

Contrariam ſententiam habuerunt multi, quos refert & ſequitur Alex. in conſi. 29. nu 4. lib. 5. & in l. ſi patroni, ff. ad Treb. Ripa ad l. in quartam, num. 178. ff. ad leg Falc. Clarus, §. ſeudum.

Fundamentum eſt, quoniam filius hæc bona videtur à patre habere. Primo, quia pater illa acquiſiuit. Secundo, quia poterat illa alienare. Tertio, quia poterit ipſa ſeuda reſutare in manus domini, vt loquuntur ſeudiſtæ. Poſtremò, quia cum ſtipulatur pro ſe, & filijs, primo ſibi ſtipulari & acquirere intelligitur, deinde filijs: & ſic videtur mortis cauſſa hæc bona filijs donare, argumento, l. 2. ff. de donat. cau. mort. Donatio autem cauſſa mortis in legitimam filio imputatur, l. etiam, § ſi patrono, ff. de bonis libertot.

Reſpódeo, ſi pater emerit eiuſmodi bona, & precium numerauerit, argumenta ſupra dicta locum ſibi vindicare. Et aliud præterea argumentum, quod ſumi poteſt ex l. omnimodo, § imputari, C. de inoffi. teſtam. vbi in militia, quam pater emit, ita cõſtitutum eſt, vt in legitimã imputetur. Cęterum, ſi de feudo agatur, quod ex mera gratia & beneficio domini proceſſerit, argumenta illa ceſſare videntur: quia non immediatè ex patris ſubſtãtia proueniunt eiuſmodi bona. Nec obſtat, quod pater potuiſſet non acquirere, vel reſutare, vel alienare; quia, ſecundum Philoſophos, cauſſa remouens prohibens, non dicitur eſſe cauſſa per ſe, ſed per accidens.

Non obſtat, quod dicitur, patremdum ſtipulatur primo ſibi, deinde filijs, videri mortis cauſſa donare, quia id iure non probatur. Et cum ipſe non det filijs, ſed tantum recipiat, non poteſt vlla donatio fingi, quę proueniat ex patre, ſed ex domino qui ſeudum dedit.

Si tamen proponatur ſeudalia bona fuiſſe conceſſa filijs, contemplatione ipſius patris & non filiorum, tunc putarem ea profectitia eſſe, argumento l. cum in plures, §. in arrogato, ff de vulg. & l. profectitia, verſ. *Et quid ſi quis patri donaturus*, ff. de iure dotium. Et conſequenter in legitimę ratione computanda, ſicut cętera bona, quę ex patris ſubſtantia proficiſcuntur.

GAPVT XXIV.

Vtrum patris teſtamentum inter liberos valeat, ſi vni ex filijs legitimam abſque titulo inſtitutionis relinquat.

TEſtamentum patris inter liberos valere, quo vni ex filijs legitima abſque titulo inſtitutionis relicta ſit, autor eſt Accurſius, in Auth. Nouiſſima, C. de inoſ. teſtam. in ver. tit. & alij, quos refert & ſequitur Iaſ. ibi, nu. 16. Argumenta verò ſunt iſta. Primum, quia teſtamentum etiam imperfectum inter liberos eſt ſeruandum, vt in l. hac conſultiſſima, § ex imperfecto, C. de teſt. Ex quo ſumitur argumentum non eſſe neceſſario adhibenda iuris ſolemnia: ergo multo minus illud erit neceſ-

A ſe, vt inſtitutionis titulo legitima relinquatur. Id enim ad ſolennia pertinere dubium non eſt.

Secundum argumentum eſt ex cap. Rainucius, de teſtamẽtis, in quo ſimpliciter titulo legati relictum aliquid fuit vni ex filijs, & illud teſtamentum ualere ptæſupponit; nec infringit.

Tertium eſt ex traditis per Bartolum in l 1. num 62. C. de ſacroſanct. eccleſ. docet ibi Barto. teſtamentum ad pias cauſſas, in quo legitima filio relicta titulo inſtitutionis non eſt, valere: quia in eo teſtamento non requiruntur Iuris Ciuilis ſolennitates. Sic ergo dicendum videtur etiam in teſtamento inter liberos, quia nec in eo tam ſubtiliter exigi oportet iuris ciuilis ſolennitates, relinqui poſſe legitimam abſque titulo inſtitutionis.

Quartum argumentum eſt: quia receptum eſt teſtamentum ualere, quo legitima titulo legati filijs relinquitur, ſi contineat clauſulam, omni meliori modo, ut docet Baldus, in l. quoties, C. de hæred. inſtit. Marſilius Sin
B gul. 36. Sed hæc clauſula, omni meliori modo, tacitè intelligitur in teſtamento inter liberos, ut tradit Gloſ. in l. cohæredi, §. cum filiæ, in uerbo, *non videbit*, ff. de vulg. ergo teſtamentum inter liberos ualebit abſque titulo inſtitutionis.

Sed contraria ſententia eſt communior, & ut mihi videtur, etiam uerior. Vide Couuar. in cap. Rainucius, §. 1. numero 2. ad Teſtament. Clarum, §. Teſtamentum, quæſtio. 8 verſ. ſed pone teſtator. Fundamentum illud eſt ſolidum, quod generaliter ſancitum eſt a Iuſtiniano, in §. aliud quoque capitulum in Authen. vt cum de appell. cognoſc. filios eſſe inſtituendos, vel ex iuſtis cauſis exhæredandos, & ſic a parentibus honorabili inſtitutionis titulo vocandos ad hæreditatem. Cum ergo Imperator de teſtamento loquatur condito a parentibus, perſpicuum eſt, ipſum loqui etiam de teſtamento inter liberos confecto & ſcripto. Quare omnis dubitatio eſt inanis, & ſuperuacanea.

C Ad primum argumentum reſpondeo, & ſi voluntas patris inter liberos ſeruanda ſit, etiam ex teſtamento imperfecto, quod ſcilicet vel ſubſcriptione teſtium deſtitutum ſit, vel ſignaculis, vel id genus alijs ſolennitatibus, non tamen obtinere poteſt, & ſi ipſa inſtitutione filiorum, ſiue honorabili inſtitutionis titulo deſtitutum ſit. Immo vero tale teſtamentum reſcindi poterit, ut d. Nouella Conſtitutione Iuſtiniani habetur.

Ad ſecundum reſpondeo, nullum poſſe fundamentum poni in capit. Rainucius, quia narrat tantum Summus Pontifex teſtamenti tenorem, in quo filio aliquid relictum fuit, ſed quo titulo relictum fuerit, & quomodo non explicat. Quamobrem intelligi debet, relictum fuiſſe eo modo, quo relinqui oportuit, ut declarat optimè Couuar. ibi. n. 7.

Ad tertium ex autoritate Bartoli reſponderi poteſt, eius ſententiam iure non probari nec defendi poſſe.

D Ad quartum negatur in teſtamento inter liberos tacitè illam Clauſulam, Omni meliori modo intelligendam eſſet, & illam Gloſ. multi reprobarunt, vt per Couuar. loco annotato, num. 3.

CAPVT XXV.

Quid ſi parens in teſtamento dicat, ſe filio centum pro ſua legitima relinquere.

SEd rurſus controuertitur: quid ſi pater dicat in ſuo Teſtamento; Titio filio meo centum pro ſua legitima relinquo, vtrum valeat, ac ſufficiat, licet non dixerit inſtituo? Reſpondit Bartolus ſufficere, quia intelligitur relicta eo modo, quo relinqui debet, hoc eſt, titulo inſtitutionis, ita inquam reſpondit in conſ. 151. Idem reſpondit Franciſcus Tigrini eius coætaneus in conſilio immediatè ſequenti inter conſilia eiuſdem Bartoli. Sed

con-

contrarium quidam alius eadem tempeſtate Iuriſconſultus reſpondit, cuius reſponſum eſt ibidem impreſſum poſt conſilium Franciſci Tigrini. Bartoli ſententiã probarunt Caſtrenſ. & Decius in l. humanitatis, C. de Impub. & alijs ſubſtit. Clarus alios citans, §. Teſtamentum, q. 38. verſ. Sed quid ſi dicat. Diuerſæ autem ſententiæ adſtipulati ſunt Saly. ad l. quoties, C. de hæred. inſtit. Alexand. ad l. nam quod. §. non omnis, col. 1. ff. ad Treb. & in conſil. 70. lib 2. Iaſon in auth. Nouiſſima, num. 28. C. de inoff. teſtam Couuar. alios citans in c. Rainucius, §. 1. num. 6. de Teſtam.

Fundamentum Bartoli eſt hoc, quod cum parens ita relinquit, videatur tacitè relinquere eo modo, quo oportet, & ſic titulo inſtitutionis, argumento, l. vlt. C. de neceſſ ſer. hæred inſtit. l. ſciendum, ff. de verb. oblig. cum alijs ſimilibus teſtimonijs, quibus dici, ſolet, intrinſecam ſolennitatem præſumi adhibitam fuiſſe.

Fundamentum verò contrariæ ſententiæ eſt illud; quod in propoſita facti ſpecie titulus inſtitutionis non fuerit adiectus, qui tamen neceſſariò requiritur, ut in d. Nouella Iuſtiniani. Vt cum de Appel. cog §. aliud quoque capitulum Neque enim verbum, (Relinquo) certè tei adiectum, inſtitutionem importat, ut declarat Bart. in l Centurio, num. 3 ff. de vulg.

Hæc ſententia contra Bartolum videtur mihi ſanè probabilior; quia ſi titulus inſtitutionis eſſet præſumendus, non eſſet opus illum adijcere, nec vnquam teſtamentum eam ob cauſam reſcinderetur, quod legitima non eſſet relicta inſtitutionis titulo; ſemper enim dici poſſet, illum titulum inſtitutionis tacitè ſubaudiendum, ac intelligendum. Quam ob rem, vana eſſet Iuſtiniani Conſtitutio in d. Nouella.

Nec me mouent argumenta Bartoli. Nam quod attinet ad primum, longè diuerſam habet rationem; quia cum ſeruum quis hæredem inſtituit, neceſſe eſt vt libertatem ei reliquerit, vt in lege allegata: quia alioqui nec hæres eſſe poſſet, ſed filius poteſt conſequi ea, quæ relicta ſunt, etiam ſi titulo inſtitutionis non fuerint relicta.

Quod verò dicitur in l. ſciendum, ff de verbor oblig. *Si quis ſcripſerit ſe fideiuſſiſſe, videri omnia ſolèniter acta*, nihil obſtat; quia loquitur in dubio, cum ſcilicet non apparet an ſolennia fuerint adhibita; neque enim rectè ſcriptum eſſet *fideiuſſiſſe*. Sed hic verſamur in claris, cum in Teſtamento prætermiſſus fuit titulus inſtitutionis, & pater dixit, ſe relinquere pro legitima, non eſt hic dubium, an adiecerit inſtitutionis titulum teſtator, necne; apparet enim non adiecìſſe. Quare longè diſſimilis eſt caſus, & longè diſpar ratio.

CAPVT XXVI.

Vtrum legitima filiorum augeatur auctis patrisfamilias facultatibus poſt eius mortem?

BOna defuncti patrisfamilias augeri poſſunt vel extrinſecè, vel intrinſecè (placet enim vti vocabulis vſitatis apud pragmaticos Doctores.) Extrinſecè dicuntur augeri, cum aliquid eis accedit, vel alluuione, vel alias ob cauſas. Intrinſecè verò, cum eorum æſtimatio creſcit: ſæpè enim accidit, vt rerum precia pro diuerſitate temporum varia ſint ac diuerſa. Et quidem ſi de extrinſeco agatur augmento, communis eſt ſententia, cui & ipſe aſſentior, legitimam non augeri. Ita docent Paulus Caſtrenſ. & Alexander, in l. in ratione, 30. ff. ad legem Falcid. Romanus Sing. 128. Volo tibi vnum dicere, & alij, quos refert & ſequitur Curtius ſenior in conſ. ſuo omnium vltimo.

Et probatur hæc ſententia ex l. cum quæritur, C. de inoff. teſtam. ibi: *Si quartam partem mortis tempore teſtator, reliquit*. Et ex l. ſi patronum, 44. § ſi ex bonis, ff. de bonis libert. Solet autem in contrarium adferri, l. ſerui qui, 42. ff ad leg. Falcid. Sed vera & communis eſt ſolutio, illum textum loqui de Falcidia, non autem de Legitima.

A Ratio diuerſitas eſt; quia vt Falcidiæ locus non ſit, latior fieri debet interpretatio: ſic enim legata non minuuntur, & voluntas defuncti executioni mandatur. Alia ratio eſt in Legitima. Nam ſi ea filio ſoli ſit relicta, iam apparet noluiſſe defunctum plus filium habere; ſi verò non reliquit, Teſtamentum non ualet, ſed reſcinditur.

Cæterum, ſi de Intrinſeco augmento agatur, controuerſia eſt inter Doctores; an inſpiciendum ſit tempus mortis teſtatoris, vel tempus, quo Legitima ipſa petitur. Sit hæc facti ſpecies: Deceſſit paterfamilias relictis bonis æſtimationis trium millium aureorum, hæc bona poſt decem annos æſtimantur ſex millibus. Quęritur, an filius qui legitimam ſuam portionem non niſi poſt decem annos a parentis morte petijt; debeat illam obtinere ſecundum æſtimationem eius temporis; quo pater vita functus eſt, quod ſi fiat, mille conſequetur: an verò ſecundum æſtimationem eius temporis, quo illam petit, quod ſi concedatur, longè plus obtinebit, ut patet.

B Et quidem inſpiciendum eſſe mortis tempus, & eius temporis præſtandam eſſe æſtimationem, cenſuerunt Baldus, in conſ. 22. lib. 4. Curtius ſenior in conſ. ſuo omnium vltimo Curtius iunior in conſ. 21. n. 14. Hippolitus Riminaldus alios citans, in conſ. 148. lib 2.

Argumenta ſunt iſta: Primum; legitima eſt portio bonorum, quæ erant tempore mortis patris, l. cum quæritur, C. de inoff teſtam. Ergò debet aſſignari filio ſecundum æſtimationem eiuſdem temporis mortis patris; quia ſi ea ęſtimatio non obſeruetur, filius aliquando plus aliquando minus habebit, quàm tempore mortis patris eſſet habiturus.

Secundo, legitima non augetur, licet bona patris poſt eius mortem augeantur extrinſecè, quoad quantitatem, vt inter omnes conuenit, ergò idem reſpondendum eſt, ſi bona patris augeantur quoad ęſtimationem, & precium.

Tertiò, niſi tempus mortis patrisfamilias per omnia

C ſpectetur, etiam quantum ad æſtimationem, ſemper erit incertum, quanta ſit legitima filij, quia ſemper bona augeri vel minui poſſunt, quoad æſtimationem. Hoc autem eſt abſurdum; Ergò, &c.

Contrariam ſententiam habuerunt Corneus in conſil. 263. libro 2. Gratus reſpond. 79 libro 2. Bertrandus, 141. libro 2. Berengarius ad l. in quartam, num. 122. ff. ad leg. Falcid.

Et hæc ſententia mihi veriſſima videtur. Namque augmentum, ac diminutio æſtimationis bonorum ad eum pertinere debet, ad quem bona pertinent, l. in ratione. 30 ff ad leg Falcid. l. pignus, C. de pig. act.

Sed legitima ad filium pertinet ſtatim a morte patris, l. Scimus, §. cum autem, C. de inoffic. teſtam. ibi: *Quia noſtra conſtitutio omnem dilationem, omnemque moram cenſuit eſſe ſubtrahendam, vt quarta pars pura, & mox filio reſtituatur*. &c.

D Ergò omne augmentum, ac diminutio legitimæ portionis ad filium ipſum ſpectare debet.

Omitto cætera argumenta, quia non videntur mihi tam fortia, ac vrgentia.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis reſpondeo, legitimam eſſe portionem tertiam, vel ſemiſſem bonorum, quæ tempore mortis erant. Et ideò rectè infertur, eius augmentum ad filium pertinere; quia ſi tempore mortis patris illam habuiſſet, procul dubio etiam eiuſmodi commodum habuiſſet augmẽti: Nec abſurdum eſt, filium plus conſequi ratione auctæ huiuſmodi æſtimationis, quam tempore mortis habuiſſet; Id enim fit ex accidenti, hoc eſt, ex mutatione precij rerum & varietate, quam varia, ac diuerſa tempora inducere ſolent.

Ad ſecundum argumentum iam reſponſio patet; quia alia eſt ratio augmenti extrinſeci, alia intrinſeci quoad æſtimationem, vt dictum eſt.

Ad tertium reſpondeo negando incertitudinem reſpectu corporum, hoc eſt, bonorum ipſorum defuncti

legitima enim erit ſemper tertia pars, vel ſemis pro nu- A
mero liberorum. Reſpectu verò æſtimationis, nil refert an ſit certitudo, necne, eo enim pacto omnibus incertũ eſt quid & quantum poſſideant, quoniam æſtimatio bonorum indies mutatur, vt notum eſt.

CAPVT XXVII.

Si filio legitima à patre viuente fuerit aſſignata, vtrum au-ctis facultatibus patris, mortis eius tempore poſſit filius eam petere ſecundum bonorum quantitatem, quæ tempore mortis reperietur.

PAter filio legitimam ſuam dedit, poſtea factus eſt ditior, & mortuus eſt, filius petit legitimæ quantitatem iuxta tempus mortis, habita ſcilicet bonorum ratione poſtea quæſitorum. Quæritur an rectè petat. Non rectè petere, ſed contentum eſſe debere quantitate bonorum ſibi data à patre viuente pro legitima, do- B
cuerunt Iacobus Butrigarius, in l. pactum, C. de Collat. Roman. in l. ſtipulatio hoc modo concepta, ff. de verbor. oblig. & alij, quos refert, & ſequitur Guilhelmus Benedictus, ad c. Raynucius, in verſ. Duas habẽs vxores, nu. 242. de Teſtam. Menoch. de Arbitr. iudic. Caſu 149. num. 18.

Fundamentum eſt, quia filius habuit legitimam iuxta facultates patris tunc viuentis, & ſic cum voluerit eam ante tempus habere, ſibi imputare debet; nec enim ſe læſum fuiſſe allegare poterit ex eo, ꝙ pater alia bona quæſierit; quia potuiſſet amittere, & in ſumma paupertate mori; quo caſu nemo diceret filium aliquid reſtituere oportere, quaſi plus debito accepiſſet, habita ratione bonorum quæ tempore mortis erant: Itaque cum ita ſe res habet, vt lucrum, & commodum parere poſſit, idq; pendeat ex incerto, ac futuro euentu, læſio allegari, ac deceptio non poteſt, l. de fideicommiſſo, C. de Tranſact. l. 1. C. de pactis, l. ſi ea lege, C. de vſuris.

Huc accedat, quod ad læſionem cognoſcendam inſpi- C
ciendum ſit tempus rei geſtæ, l. voluntate, ad finem, C. de reſcind vend. l. habitationum, ff. de periculo, & commodo rei vend. ſed ſi tempus, quo legitima aſſignatur, inſpiciatur, nulla apparet læſio ipſius filij; quia tunc pater non habebat plura bona, ergo nulla læſio allegari poteſt.

Contrariam ſententiam habuerunt Paulus Caſtr. & Alexand. in l. in ratione, 30. ff. ad leg. Falcid. Iaſon. In Authen. Nouiſſima, nu. 9. C. de inoff. teſtamen. & alij, quos refert, & ſequitur Couuarr. in c. quamuis, in 3. parte, § 1. nu. 2. de pactis, lib. 6. quibus adde Vaſquium de ſucceſſio. Creatione, lib 2. §. 20. 4 parte, num. 291. & D. meum Cephalum, in conſ. 165 nu. 15 lib. 2.

Et hæc ſententia mihi probabilior videtur, & ſatis luculenter probari, ex l. ſi quando, § primo, C. de inoffic. teſtam. *Si quis* (inquit) *à patre certas res, vel pecunias acce-piſſet, & pactus fuiſſet, quatenus de inofficioſo aduerſus teſta-mentum paternum querela ab eo minime moueretur*, Et D
paucis verbis interiectis, *huiuſmodi pacto filium minimè prægrauari ſecundum Papiniani reſponſum, in quo definiuit meritis magis filios ad paterna obſequia prouocandos, quam pactionibus adſtringendos.*

Si non prohibetur filius impugnare teſtamentum, & conſequenter plus petere, & conſequi pro legitima portione, licet pactus fuerit, de non petendo, & de teſtamento non impugnando: cum certas res à parente pro legitima, vt ego interpretor, accepit: ergo multò minus prohiberi debet cum ſimpliciter accepit certas res pro legitima, & nihil pactus eſt in contrarium. Huc accedat ratio: nam legitima portio moderanda eſt ex bonorum quantitate, quæ tempore mortis patris reperiuntur, l. cum quæritur, C. de inofficioſ teſtamen. Cum igitur mortis tempore facultates auctæ reperiantur, manifeſtum eſt ex illis ita auctis legitimæ portionem eſſe conſtituendam.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo; non eam ob cauſam filio licere ſuam petere legitimam ſecundum quantitatem bonorum, quæ tempore mortis patris eſt, quia videlicet ex pactione ſit læſus, qua legitimã illi pater viuens aſſignauit, ſed alia de cauſa; nempe, quia aut filius res certas pro legitima accipiens, pollicitus eſt ſe nil amplius petiturum, & talis promiſſio nihil valet; aut nec tacitè, nec expreſsè promiſit, & tunc nihil proponitur, cur petere non poſſit legitimam ſibi aſſignari pro quãtitate bonorum, quæ pater mortis tempore reliquit. At voluit, inquies ante tempus habere legitimam, ergò ſibi imputare debet: nec enim ſi bona patris diminuta eſſent, aliquid reſtitueret. Reſpondeo, filium quidem ita voluiſſe, ſed eiuſmodi pactiones iure non probari, ſed potius reijci, ac proinde ſiue auctis, ſiue diminutis paternis facultatibus totam hanc legitimam portionem ad ſuum tempus referendam eſſe, & ex bonis relictis a defuncto prorſus moderandam fore.

CAPVT XXVIII.

De legitima parentum, & fratrum, an ſit triens vel quadrans.

FIliorum legitimam non vt antiquo iure quadrantem hæreditatis, ſed trientem eſſe, inter omnes conſtat ex Nouella Iuſtiniani de Triente, & Semiſſe. Sed parentum legitimam eſſe trientem, vera, & communis eſt ſententia, vt notat Iaſon in Auth. Nouiſſima, num. 36. C. de inoff. teſtam. Caſtr. In Auth. Ex cauſa, num. 2. C. de lib præter. & Rolandus a Valle, in conſil. 39. lib. 3. Et ſatis clarè probatur ex d. Nouella de Triente, & Semiſſe, in illis verbis: *Hoc obſeruando in omnibus perſonis, in quibus ab initio antiqua quartæ ratio de inoffi-cioſo lege decreta eſt.*

Cæterum, an idem conſtitutum ſit in ea legitima, quæ fratribus debetur, quoties turpis perſona eſt inſtituta, nonnulla eſt inter Doctores controuerſia: Et enim auctam non eſſe fratrum legitimam, ſed quadrantem intelligi, vt olim autores ſunt Alexand. in l. ſi patroni, § vlt. ff ad Trebell. Cagnol. ad l. 1. num. 22 ff. de inoffic. teſtamento. Natta in conſil. 478. Afflictus deciſ. 204. quorum illud eſt fundamentum, quòd Iuſtinianus in Nouella de Triente, & Semiſſe legitimam duntaxat filiorum, & parentum auxerit, quibus ordinario quodam iure querela competit inofficioſi teſtamenti: non autem fratrum quibus ita demum querela datur, cum turpis perſona eſt inſtituta. Id patet: quia Imperator in præfatione dicit ſe diſponere velle, ſecundum id, quod conſequens eſt naturæ: Sed fratri non debetur legitima iure naturæ. Et cum fratribus ab initio querela non competat inofficioſi teſtamenti, ſed ex poſt facto, cum ſcilicet turpis perſona eſt inſtituta, colligitur Imperatorem non de legitima fratris eſſe locutum in verſic. *Hoc obſeruando in omnibus perſonis, in quibus ab initio*; &c.

Verùm iſtis nil morantibus, contrariam ſententiam amplector, & autoribus vtor, Hieronymo Gabrielio, qui & alios citat, in conſil. 126. & Iacobo Cuiacio, in expoſitione Nouellæ 18. non procul a principio. Et argumento ſumpto ex d. Nouella, in verſic. *Hoc obſeruando*, &c. Si enim idem obſeruandum eſt in omnib. alijs, quibus antiquo iure querela competebat inofficioſi teſtamenti, vt videlicet eorum legitima ſit aucta, & triens eſſe intelligatur, ſequitur dicendum idem etiam obſeruandum in fratribus, quibus conſtat querelam competiiſſe turpi perſona inſtituta.

Nec verum eſt Iuſtinianum auxiſſe tantum earum perſonarum legitimam, quibus ordinario quodam iure querela competebat. Non hoc dicitur in Nouella.

Non obſtat, quod dr ex poſt, facto cõpetere, non ob initio. Nã primũ verba, *ab initio*, in tex. Nouellæ nil aliud

ſigni-

A ſignificant, niſi ſecundũ iura vetera: deinde ſi hæc ratio valeret, etiã parentibus non eſſet aucta; quoniam nec illi querelam inſtituere poſſunt, niſi ſint exhæredati, & ſic ex poſt facto. Illud tantum eſt in fratribus conſtitutum, vt non habeant querelam, niſi ſint exhæredati, & ſimul inſtitutæ turpes perſonæ: ſed huius rei non eſt habenda ratio; quia ſatis eſt illos habuiſſe querelam antiquo iure, quod ſufficit, vt Conſtitutio locum habeat. Denique illa verba præfationis Nouellæ non obſtant; quia Imperatoris intentio præcipua fuit prouidere filijs; ſed tamen etiã ad alios extendit ſuam Cõſtitutionem, omnes videlicet, quibus querela competebat. Quare ſub hac lege fratres quoque contineri iudico, quia & ipſis olim querela competebat turpi perſona inſtituta.

CAPVT XXIX.

Quanta ſit legitima matris, ſi filius teſtamento condito hæredes inſtituat duos fratres vtrinque coniunctos, & matrem in legitima inſtituat.

CVm ſicut deſcendentium, ita & aſcendentium Legitima ſit tertia pars hæreditatis, vt dictum eſt in præcedenti capite, iam alia oritur controuerſia. Filius condito teſtamento matrem in legitima inſtituit hæredem, duos fratres vtrinque coniunctos hæredes inſtituit; quæritur, quanta ſit matris legitima. Eſt antiqua & celebris controuerſia inter Iacobum Butrigarium & Bartolum. Cenſuit Butrigarius Legitimam eſſe tertiam partem totius hæreditatis. Bartolus contra, eſſe tertiam partem tertiæ partis hæreditatis. Bartoli ſententiam ſecuti ſunt Iaſ. in conſil 61. lib. tertio, Alexander in conſil. 14 lib primo. Corneus in conſil. 150 lib. primo, & Iacopinus in l pater filium, numero 40. ff de inoffic teſtam. Butrigarij verò ſententiam amplexi ſunt Bald. in Auth. Nouiſſima, C. de inoffic teſtam. Oldr. in conſ. 123. Socin. ſen. in conſil. 75. num. 7. lib. 3.

C Fundamentum Butrigarij eſt in § 1. in Authen. de Triente & Semiſſe, vbi Imperator ſtatuit legitimam filiorum augendam eſſe, ita, vt integram habeant tertiam partem hæreditatis: ac idem obſeruandum eſſe mandauit in omnibus, quibus querela inofficioſi teſtamenti cõpetebat: & ſic idem obſeruandum eſſe colligitur ac infertur etiam in legitima parentum, vt dictum eſt. Conſequenter legitima parentum erit integra tertia pars hæreditatis.

Fundamentum verò Bartoli eſt; quia legitima eſt iam tertia, ſed olim quarta pars eius partis, quam quis ab inteſtato habiturus eſſet, l. Papinianus, § ſi quis mortis cauſa, ff de inoffic. teſtam. Sed hoc in caſu mater ab inteſtato ſuccedens habuiſſet tertiam partem hæreditatis; quia duo fratres extabant, inter quos & matrem hæreditas diuidenda erat in capita, vt notum eſt ex Authentic. Defuncto. C. ad Tertullianum. Ergo legitima matris erit tertia pars huius tertiæ partis. Et hęc ſententia mihi

D ſanè probabilior videtur: Quod enim ex Nouella de Triẽte & Semiſſe infertur Legitimam matris portionem eſſe integram tertiam partem ſubſtantiæ ſeu hæreditatis filij, rectè infertur, ac ſibi locum id vindicare poteſt, vbi mater eſt ſola, cui debetur inteſtati ſucceſſio; non autem vbi ſunt alij legitimi hæredes. Nam ſi, verbi gratia, quatuor eſſent fratres defuncti hęredes ab eo inſtituti, & mater in ſola legitima inſtituta, plus haberet mater, quã alij hęredes ſinguli, quòd videtur eſſe abſurdum, præſertim ſi inſtituta mater fuerit in minima portione, quo in caſu legitimę ſupplementum petere poteſt, iuxta l. omnimodo, C de inoffic teſtam petendo ſupplementum plus conſequeretur, quam quilibet ex hęredibus eſſet habiturus, & quam ipſamet eſſet habitura, ſi vna cum fratribus eſſet inſtituta.

A

CAPVT XXX.

Vtrum legitima ſit aſcendentibus titulo inſtitutionis relinquenda, vt valeat teſtamentum.

LEgitimã aſcendentibus quocunque titulo relinqui poſſe, atque ideò inſtitutionis titulum non eſſe neceſſarium, Bar. exiſtimauit in Authen Nouiſſima, C. de inoffi teſtam. eo argumento adductus, quod idem ſit receptum in legitima patroni, iuxta no. in l. 1. §. 1. ff. ſi quis à parente fuerit manum. & quia, cum olim quocunque titulo rectè relinqueretur, vt probatur ex d. Auth. Nouiſſima, nullus extet locus, quo probetur in aſcendentibus ius antiquum immutatum eſſe, & legitimam inſtitutionis titulo illis relinquendam.

Sed contrarium docet vera & communis Doctorum ſententia, vt per Iaſonem in d Authen. Nouiſſima, nu 3.

B quæ probatur ex § Aliud quoque capitulum, iuncto §. Et hæc quidem de parentum ordinauimus teſtamentis, in Authen. vt cum de appell cog Dicitur in §. aliud quoque capitulum, filios à parentibus hæredes inſtituendos eſſe, aut ex iuſta cauſſa exhæredandos, etiamſi eis legitimam portionem legati titulo vel alio modo reliquerint. Poſtea ſubdit Imperator: *Et hæc quidem de parentum teſtamentis ordinauimus. Iuſtum autem perſpeximus & econtrario de liberorum teſtamentis hæc eadem cum aliqua diſtinctione diſponere.* Et infra: Diſponit idem, vt non liceat filijs parentes exhæredare ſine iuſta cauſſa; ſed hæredes inſtituendos eſſe. Quamobrem illa verba hoc etiam in loco repetita videri debẽt, nempe: *Etiamſi eis legitimam portionem legati titulo, vel alio modo reliquerint.* Sed hæc res mihi videtur eſſe clarior, quàm vt longiori egeat diſputatione.

CAPVT XXXI.

C

Vtrum filij, qui parentibus non ſuccedunt, in numero cenſendi ſint filiorum ad augendam, vel minuendam portionem legitima eorum, qui ſuccedunt?

GRauis eſt, ardua, & ſubtilis diſputatio: vtrum filij, qui à parentum ſuorum ſucceſſione excluduntur, in numero filiorum exiſtimandi ſint ad aliorum, qui ſuccedunt, legitimæ portionem, vel augendam, vel minuendam. Ego aliquot concluſionibus propoſitis rei obſcuræ aliquam lucem adferre, & diſſidentium Iuriſconſultorum ſententias explicare conabor. Igitur filius filiave à ſucceſſione patris excludi poteſt; Primò, exhæredatione ex cauſſa legitima facta. Secundò, renunciatione iurata, iuxta c. quamuis, de pact. lib. 6. Tertiò, municipali conſtitutione: vtpute, ſi exiſtentibus filijs maſculis fœminæ excludantur, dotatę, vel dotandæ.

D Quartò, ſi filius incapax reddatur delicto perpetrato, vel religionis ingreſſu ordinis Minorum S. Franciſci. Poſtremo, ſi non velit ſuccedere, & ſic hęreditatem repudiauerit.

Rurſus, talis filius à ſucceſſione excluſus in numero filiorum haberi poteſt ad minuendam legitimę portionem aliorum filiorum, qui ſuccedunt, vel ad eam augendam. Ad minuendam, exempli cauſa. Pater quatuor habet filios, quorum vnus aliqua ex pręmiſſis cauſſis à ſucceſſione repellitur, alij verò tres ſuccedere poſſunt. Quęritur, quanta ſit legitima horum trium filiorum; videlicet, quoniam eſt triens, an non triens diuidendus ſit in quatuor partes, an verò in tres? ſi filius à ſucceſſione excluſus, in numero ſit habendus ad minuendam aliorum legitimam, triens erit in quatuor partes diuidendus, & ſic filiorum quilibet vnciam tantum habebit: ſi verò filius excluſus non ſit in numero filiorum, totus triens in tres tantum partes diſtribuetur, ita vt quilibet filiorum ſucceſſionis capacium tertiam partem trientis,

tis, non autem quartam, vt In alio caſu, conſequatur.

Ad augendam verò legitimę portionem aliorum, qui ſuccedunt, filius à ſucceſſione excluſus haberi in numero filiorum poteſt, hoc modo: Pater habet quinque filios: Vnus eorum non poteſt ſuccedere, is ſi in filiorum numero ſit habendus ad aliorum portionem augendam, tunc legitima erit ſemis, quaſi quinque ſint filij, ſin minus legitima erit triens, perinde ac ſi eſſent tantum quatuor, nulla ratione habita eius filij, qui non ſuccedit.

Tractant hanc quæſtionem Alexander & Iaſ. in l. planè, §. ſi duobus, ff de leg. 1. Caſtrenſ. l. huiuſmodi, §. ſi Titio, ff. eod. ti. & in conſi. 287. lib. 1. Guido Papę deciſ. 245. & 599. Curt. ſenior conſi. 5. Alciatus in conſil. 775. Socinus iunior in conſilio 25. lib. 1. Fabianus de Giochis, & Marcus Antonius Cucchius in Authen. Nouiſſima, C. de inoffic. teſtam. Bellonus in conſil. 83. Dominus meus Cephalus in conſil. 245. libro ſecundo, Iacobus Menochius in conſi. 207. lib. 3. Andreas Geyll, lib. ſecundo, Obſeruat. 121.

Hæc igitur ſit prima Concluſio: Filius exhæredatus à parente ex iuſta & legitima cauſſa, in filiorum numero cenſendus non eſt ad minuendam aliorum filiorum legitimam portionem: Itaque, ſi pater reliquerit tres filios, & iuſtam ob cauſſam vnum ex eis exhæredauerit, aliorum duorum legitima erit triens integer.

Probatur hæc concluſio ea ratione, quia cũ filius exhęredatus nihil ex hæreditate patris habiturus ſit, cæteri filij, qui excluſi non ſunt, in tota hæreditate ſuccedunt; ergo legitima eorum erit tertia pars hæreditatis: quoniam legitima eſt tertia pars eius partis, quæ ab inteſtato defertur, l. parentibus, C. de inoffic. teſta. l. Papinianus, §. ſi quis mortis cauſſa, & §. quoniam, ff. eod. tit.

Confirmatur hæc ſententia ex l. ſi poſt mortem, §. liberi, ff. de bonorum poſſeſ contra tab. *Liberi*, inquit, tex. *qui contra tabulas habere non poſſunt, nec partem faciunt. Quod enim bonum eſt eis fauere, vt partem faciant nihil habituri.*

Huc accedat tex. in §. ſi verò filios, in Auth de nupt. vbi Imperator ſtatuit lucra nuptialia reſeruanda eſſe filijs: *Sed ſi* (inquit) *quis ex eis ingratus videtur, præmium hoc alijs damus nihil tale agentibus, vt & alios corripiamus parentes honorare, & ad fratrum exemplum reſpicere.*

Poſſem huc adferre regulam, l. planè, § ſi duobus, ff. de leg. 1. vbi dicitur: eum qui ad partem non admittitur, partem non facere: ſed quia alibi contrarium dicitur, qua de re eruditè Zaſius diſputat lib. 1. Sing. Reſp. c. 19. Ideo hoc argumento non vtor.

Cæterùm ſententiæ ſupra dictæ aduerſantur Bart. & Paulus Caſtrenſ. ille, in l pater filium, num. 14. ff. de inoffic. teſtam. iſte, in d. l. planè, § ſi duobus, & in conſil. 286. lib. 1. in eo tantum caſu, quo pater tres filios habens, vnũ exhæredauit, & alios hæredes inſtituit in re certa, ac in omnibus alijs bonis extraneum hæredem inſtituit. Hoc in caſu exiſtimant exhæredati filij portionem nequaquam lucro cedere aliorum filiorum, ſed hæredis inſtituti. Hanc rationem afferunt, quod filij non exhæredati melioris conditionis eſſe non debeant propter alterius exhæredationem, ne culpa vnius alijs proſit. Sed hæc ratio nihil valet, quia contrarium docet Iuſtinianus in d. § ſi vero, in Auth. de nupt. nempe, partem exhæredati & ingrati aliorum, qui digni ſunt, & bene merentes, lucro cedere.

Secundum argumentum adſerunt, quia, cum filij non exhæredati non ſint vniuerſales hæredes ſed particulares in re certa, non poteſt eis accreſcere pars exhęredati, arg. l. Proculo, de leg. 2.

Reſpondeo, filios non exhæredatos non hoc commodum habere ex iure accreſcendi; quaſi videlicet eis accreſcat pars exhæredati, ſed per remotionem obſtaculi, vt ita dixerim. Nam cum legitima ſit triens, illis ſolis debetur, qui ad ſucceſſionem vocantur; & filius exhæreda-

A tus obſtare alijs poterat, quo minus integrum haberent trientem; iam vero non obſtat: quoniam ille non ſuccedit, & cum à ſucceſſione ſit excluſus, videtur in conſequentiam à legitima quoque excluſus, quæ ſucceſſionis eſt pars.

Tertio vtuntur hoc argumento, quòd teſtator exhæredati portionem maluiſſe credatur ad vniuerſalem hæredem peruenire, quàm ad filios in re certa inſtitutos. Sed quis talem patrisfamilias mentem cognoſcere poterit? aut qua æquitate propriam quis ſobolem extraneis poſt habere credatur?

Secunda concluſio: Sicut exhæredatus filius in numero filiorum non habetur, ad aliorum portionem in legitima minuendam, ita nec ad augendam. Itaque, ſi paterfamilias quinque liberos habens, vnum ex illis exhæredauerit, & alios in legitima inſtituerit, illa erit in hoc caſu triens, quaſi quatuor ſint filij, non autem ſemis, perinde, ac ſi quinque forent.

Probatur hęc communis & vera concluſio duabus ra-
B tionibus: altera, quia legitima eſt pars hæreditatis, vt iã dictum eſt. Cum ergo quatuor duntaxat filij ad hæreditatem vocentur, ſequitur legitimam eſſe trientem, nulla ratione habita eius filij, qui exhæredatus eſt, quia videlicet ab hæreditate excluditur. Altera eſt ratio, quoniam Imperator ideo decreuit legitimam eſſe ſemiſſem, quãdo ſunt plures filij, quàm quatuor, ne nimis pauperes eſſent, ſi tantum trientem haberent, vt in d. Nouella, de Triente & Semiſſe. Sic enim ait tex. *Frequenter igitur & alia vice mirati ſumus, quomodo legitimis & beneuolis filijs, quibus agunt gratias parentes, quibuſque quod relinquitur iam etiam debitum vocant ſolum truncium definiunt, ex neceſſitate relinqui; reliquum verò interim voluntate parentum, & capiunt quidem cognati omnia, & extranei: filij verò, licet multi conſiſtant, confunduntur: & trunciũ dimidiũ ſolum, vel ſi decem forte, aut amplius fuerint pauperes erunt filij, donec vixerint parentes idonei.*

Vbi ergo quatuor tantum exiſtunt, inter quos legiti-
C ma diuidatur, ceſſare videtur ratio paupertatis. Eſt autem ita in propoſita facti ſpecie: quia filius exhæredatus non habet partem, & ſic ſoli tres trientem participabunt.

Sed iterum hic repugnantem Bartolum habemus, in d. l. pater filium, nu. 15. ff de inoff. teſtam. vbi docet, eo in caſu, quo exhæredati portio cæteris fratribus accreſcit, legitimam portionem filiorũ non exhæredatorum ex perſona exhæredati augeri Mouetur hoc argumento: quod videlicet filij exhæredati portio cæteris filijs accreſcat, ex l qui repudiantis, & l. ſi ponas, §. vlt. ff. de inoffic. teſtam. Quibus in locis habetur: vno ex filijs exhæredato renunciante querelæ. reliquis eius portionem accreſcere, ita, vt reſciſſo per querelam teſtamento, totam obtineant hæreditatem.

Sed hæc videntur mihi diſſimilia; quoniam ibi filio exhæredato competit querela, & portio hæreditatis reſciſſo teſtamento, quamobrem ſi non velit querelam in-
D tentare animo repudiãtis, vt inquit tex merito illius portio cæteris accreſcit, iuxta l. vnam, C. quando non petentium partes petentibus accreſcant. Cæterum, in ea facti ſpecie, de qua agitur, cum filius ex legitima cauſſa exhæredatus proponatur, ille non habet partem vllam, ideoq; nec alijs accreſcere poteſt: Tunc enim ius accreſcendi locum habet, cum portio vni eſt delata, qui non vult, vel non poteſt eam habere, vt in d. l. vna, C. quando non peten. partes, & in l vna, §. vbi autem, C. de caducis tollen. & in ſpecie noſtra declarat Alexan. in d. l. planè, § ſi duobus, num. 5. de leg. 1.

Tertia concluſio; filius ex delicto, vel aliã ob cauſſam incapax hæreditatis & ſucceſſionis effectus, inter filios recẽſendus non eſt, quo ad aliorum filiorum, qui capaces exiſtunt, portionem vel minuendam, vel augendam.

Hæc concluſio confirmari poteſt iiſdem argumentis, quibus in pręcedentibus vſi ſumus, neque enim ratio diſcriminis apparet inter hunc & pręcedentes caſus.

Quar-

A Quarta Concluſio; Filia excluſa renunciatione ab hæreditate paterna, iuxta formam, cap. quamuis, de pactis, lib. 6. non eſt referenda in filiorum numerum ad augendam aliorum filiorum, qui non renunciarunt, portionẽ, ſed ad eam minuendam inter filios reputanda eſt.

Probatur vtraque pars Concluſionis hoc modo: Vbi filia renunciat hæreditati paternæ, illa renunciatio cedit in fauorem, & commodum patris: quia pater dote ei data non tenetur amplius eam inſtituere: Ergò ſi, v.g. pater habeat tres filios, & filiam, eaque renunciauerit, iam pater eius portionem conſecutus eſt; & conſequenter in numero filiorum eſt habendus, ad hoc, vt triens diuidatur in quatuor partes, quarum vna cedat patri vigore renunciationis, aliæ tres cedant alijs tribus filijs. Non habetur autem in numero filiorum, ad augendam aliorum legitimam: quia ſic pater damnum ſentiret ex renunciatione. Et quia ſi, verbi gratia, ſint quinque filij; & inter eos filia renuncians, ſoli quatuor inter ſe diuident trientem.

B Quinta Concluſio: Filia à ſucceſſione excluſa vigore Statuti mandantis eam dotari, & filios maſculos ad ſucceſſionem vocantis, non eſt in numero filiorum ad minuendam portionem legitimæ maſculorum.

Probatur: quoniam excluſa a ſucceſſione, dicitur eſſe excluſa etiam à legitima; cum illa ſit pars hæreditatis, & ſucceſſionis: Et cum ita non admittatur ad partem, nec partem facere debet ad aliorum detrimentum, l. planè, §. ſi duobus, ff. de leg 1.

Huc accedat, quod tale Statutum conditum eſſe videtur in fauorem maſculorum, & agnationis; ſed ſi filia faceret partem ad diminuendam maſculorum portionem, videretur in odium quodammodo retorqueri, l. quod fauore, C. de legibus.

Contra iſtam Concluſionem adferri ſolet textus in l. huiuſmodi, §. ſi Titio, de leg. 1. *Si Titio, & Meuio* (inquit textus) *legatus fuerit Stichus qui Titij erat, debebitur pars Stichi Meuio. Nam Titius quamuis ad legatum non admittatur, partem facit.*

C Reſpondeo, Titius ibi non admittitur ad partem legati: quia dominus erat ſerui, & res propria non poteſt alicui legari, l. proprias, C. de legatis. Facit autem partem: quia ius retentionis habet iure vetuſtioris dominij, vt ibi explicat Bartolus, & poſt eum Zaſius, libro primo. Sing. Reſponſ. cap. 19. & Socin. iun. in dict. conſil. 25. num. 12. lib. 1.

Sexta Concluſio: Filia Statuto excluſa a ſucceſſione, vt ſuprà, inter filios annumeranda eſt ad legitimæ portionem maſculorum augendam, vt, ſi verbi gratia, ſint quinque, & inter eos filia excluſa: legitima ſit ſemis, non autem triens.

Probatur: quia hic ſunt quinque filij; ergò legitima eſt Semis, vt in Nouella, de Triente, & Semiſſe. Non obſtat, ſi dicatur filiam quidem extare, ſed non ſuccedere, quia nihilominus in numero eſt habenda ad commodum filiorum. Ratio eſt: quia dotem habuit, vel

D habitura eſt, & ſic dos videtur eſſe loco legitimæ: quamobrem erit perinde, ac ſi ipſa quoque legitimæ portionem habuiſſet; conſequenter alij pinguiorem partem habere debent; quia incommodum ex dote data, vel danda, habituri ſunt. Et ſanè, ſi trientem tantum haberent, cum onere dotis dandæ, nimis exigua eſſet portio eorum.

Sed contrarium reſpondit Paulus Caſtrenſ. in conſil. 287. lib. 1. atque vtitur hoc argumento. Is qui loco extranei cenſeri debet, non poteſt in numero filiorum haberi; quia hæc longè differunt, haberi pro extraneo, & haberi pro filio: Sed filia ſic excluſa, pro extranea habetur, quantum ad ſuccedendum patri: Ergò non debet pro filia haberi, quantum ad eum effectum. Aſſumptio probatur. quia nec talis filia querelam habet inofficioſi teſtamenti, nec ei legitima debetur: cum enim à ſucceſſione excluſa ſit, videtur etiam excluſa à legitima, quæ pars eſt ſucceſſionis.

Reſpondeo, filiam ſic excluſam non haberi prorſus pro extranea perſona: quia dotari debet, & dos eſt loco legitimæ; quæ res cum in detrimentum cedat filiorum maſculorum, meritò & ipſi ex eius perſona pinguiorem, & vberiorem facient legitimæ portionem.

Quædam alia adferuntur argumenta contra ſuperiorem ſententiam, ſed illa, & leuia ſunt, & diligenter à Domino meo Cephalo refutantur in dict. conſ. 245. lib. 2. vt non ſit operæprecium actum agere.

Poſtrema Concluſio: Si filius ſit excluſus a ſucceſſione, quia nolit ſuccedere, ac repudiauerit hæreditatem, illius portio hæreditatis conſequenter etiam legitimæ cæteris accreſcit, l. vna, C. quando non petent. partes, petentibus accreſcant.

CAPVT XXXII.

Vtrum legitima filiorum Statuto tolli poſſit.

CONtrouerſia etiam eſt circa legitimam filiorum, an ea tolli ex Statuto poſſit? Sunt enim qui exiſtimant tolli poſſe, ſunt qui negant; & non deſunt, qui minui poſſe affirment, tolli autem poſſe negent. Vide Couuar. in 4. lib. Decret. par. 2 c 8 § 6. nu. 5. Andream Geyll, lib. 2. Obſeru. 122.

Qui tolli poſſe exiſtimant, hoc argumento vtuntur: Id quod Iure Ciuili conſtitutum eſt, alio Iure Ciuili, nempe, ex Statuto, mutari, & tolli poteſt, vt in §. ſed naturalia, in Inſtit. de iure natur. gent. & Ciuili. Sed legitima eſt à Iure Ciuili conſtituta; ergo alio Iure Ciuili puta Statuto, tolli poterit.

Aſſumptio probatur ex l. Lege XII. Tabularum, C. de legit. hæred. vbi Imperator ait: Lege XII. Tabularum conſtitutum eſſe, vt ad ſucceſſionem tam maſculi filij, quàm fœminæ vocentur. Legitima verò eſt pars ſucceſſionis. Et ex §. 1. in Auth. de Triente, & Semiſſe, vbi Imperator dicit: Legem parentibus neceſſitatem imponere, vt filijs legitimam relinquant.

Confirmatur hæc ſententia: nam remedia, quibus ipſa hæreditas, ac legitima obtineri poteſt, Iure Ciuili prodita ſunt, veluti quærela inofficioſi, petitio ſupplementi, & ſimilia: Ergò Iure Ciuili videtur eſſe legitima conſtituta.

Negantis autem ſententiæ firmamentum eſt in contrario Syllogiſmo. Quod iure naturali debetur, mutari ac tolli Iure Ciuili non poteſt, §. ſed naturalia, in Inſtitut. de iure natur. gent. & ciuil. ſed legitima iure naturali debetur, & filijs conſtituta eſt: Igitur Statuto tolli non poterit.

Aſſumptio probatur primum ex l. cum ratio, ff. de bonis damnator. *Cum ratio naturalis* (inquit textus) *quaſi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem adijciat, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando, &c.*

Secundò, ex l. ſcripto, ff. vnde liberi, Papinianus: *Liberos ad bona parentum natura ſimul, & communc parentum votum admittit.*

Tertiò, ex §. primum itaque, in Authent. de hæredib. Falcid. *Primum itaque* (inquit textus) *illud eſt cogitandum; quia teſtantibus alijs quidem neceſſitatem imponit Lex, diſtribuere quandam partem perſonis quibuſdam, tam quam hoc ſecundum ipſam naturam eis debeatur, quale eſt filijs, & nepotibus, & patribus atque matribus, interdum verò etiam fratribus, &c.*

Quartò ratione probatur: nam legitima debetur filijs, vt ex ea ſe alere, & ſuſtentare poſſint, teſte Imperatore in Auth. de Triente, & Semiſſe: Cum ergo alimenta iure naturæ filijs debeantur, l. 1 §. ius naturale, ff de iuſt. & iur. ſequitur, & legitimam eodem iure deberi.

Tertiæ autem opinionis fundamentum eſt in eo poſitum, quòd iure naturali legitima debeatur; & idcirco tolli in totum non poſſit, ſed quia eius quantitas Iure Ciuili præſcripta, & definita eſt, idcirco ex lege municipali

aliqua

aliqua ex parte minui poſſe, iuſta ſcilicet cauſſa ſubſi- A ſtente.

Hanc poſtremam ſeutentiam æquiorem, ac probabiliorem eſſe iudico, & omninò ſequendam; tum, quia ſupremum Cameræ Imperialis tribunal eam ſequi ſolet, teſte Andrea Geyll, loco proximè citato; tum, quia illam amplecti ſolet etiam Rota Romana, vt notatur deciſio. 18. in nouiſ. Fuit dubitamm, & deciſ. 476. Nota conſuetudo, in antiquis.

Ita tamen hanc ſententiam arbitror locum ſibi vendicare poſſe; ſi modò non ita minuatur, vt ad filiorum ſuſtentationem non ſufficiat; Cuius declarationis autore vtor Couuarruuia, loco proximè citato: & eo argumento, quod alioqui Statutum eſſet iniquum, & irrationabile, & conſequens non valeret, cap. Erit autem lex, quarta diſtinct.

Ex his argumenta in contrarium non obſtare manifeſtum eſt. Eſt enim legitima partim Iure Ciuili, partim Iure naturali conſtituta· Iute ciuili, quoad quantitatem, Iu- B re Naturali, quoad rem ipſam, & ſubſtantiam; ideo, quatenus ex Iure ciuili definitionem accepit, mutari poteſt, quatenus verò ex Iure Naturali debetur, mutari nou poterit; vti nec ipſum Ius Naturale.

CAPVT XXXIII.

Vtrum pater aſſignare filio legitimam poſſit in pecunia numerata.

SI pater fillum in legitima inſtituerit, eamque in pecunia aſſignauerit; vtrum filius cogatur acquieſcere paternæ voluntati, non eadem eſt omnium ſententia Erenim, ſi iu hęreditate relicta, pecunia reperiatur, aſfirmat cogendum filium a quieſcere, & eam acceptare, poſt alios, quos citant Ripa, ad l. in quartam, nu. 126. ff ad legem Falc. & Iacobus Menoch de arbit iudic. Caſu 163. Fundamentum eſt quia legitima relinqui debet ex ſub- C ſtantia patris: Talis autem eſt pecunia in hæreditate inuenta; ergo nihil prohibet, quo minus in eiuſmodi pecunia aſſignati poſſit ac relinqui. Nam & omnia bona patri alienare permiſſum eſt, ſi velit, eaque in pecuniam redigere, nec filio iniuriam facere videtur.

Cęterum, negantem ſenteutiam amplexi ſunt Bartol. in l ſnus quoque, ff. de hæred inſtit. ad finem. Alexand. in conſ. 79. lib. 1. Iaſon ad l. non amplius, § cum honorem, numer. 7. de legat. 1. Et fundamentum eſt: quia legitima eſt tertia pars vel Semis, pro uumero liberorum, paternę ſubſtantiæ, vt pater ex §. 1. in Authent. de Triente, & Semiſſe. Ergo in ipſis bonis ac ſubſtantia eſt aſſignanda, nō autem in pecunia: Intereſt enim filij, potius res habere, quam pecuniam, propter iuſtam affectionem, eam ob cauſam, quod fuerit maiorum ſuorum, argumento l. ſi in emptionem, ff. de minorib.

Hæc ſeutentia videtur mihi tutior: & confirmari poteſt ex eo, quod parentibus uon licet, nec modum, nec D dilationem, nec conditionem, nec quodcunque aliud grauamen legitimæ adijcere, l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. teſtamen. Videtur autem aliquis modus, immò grauamen adijci, cum in pecunia numerata legitima aſſignatur filio. Nam debet ei liberum ius patere eam conſequendi, prout iuſtum videtur; non quidem vnam rem eligendo meliorem, vel ex rebus ſingulis cum aliorum præiudicio partem deducendo: ſed ita res eſt moderanda Iudicis arbitrio, & prudentia, vt ex vna vel pluribus rebus legitima deducatur, filioque aſſignetur, prout magis commodum, & minus alijs damnoſum videbitur, argumen. l. non amplius, § cum bonorum, & l. Seqnentis, de legat. 1. & l a., C. quando, & quibus quarta pars debeatur, lib. decimo, vide Menoch. dicto caſu 163. nume. 16.

CAPVT XXXIV.

Vtrum legitimam filius amittat, propter inuentarium non confectum.

NOn eſt omittenda celebris hæc coutrouerſia Vtrū filius Legitimam amittat propter Inuentarium non confectum. Et quidem filium legitimam amittere propter Inuentarium nou confectum, atque adeo, ad omnia legata, & fideicommiſſa perſoluenda teneri, etiam ſi eis ſolutis nihil pro legitima ei ſuperſit, autores ſunt multi. Oldrad. in conſil. 134. Paulus Caſtrenſ. in conſ. 188. lib. 2. & alij. quos diſtinctione quadam adhibita refert & ſequitur Couuar. in cap. ſi hæredes, num. 10. de teſtam. ſed latiſſimè omnium Franciſcus Sarmientus lib. 2. Selectar. Interpret. cap 7. addi poteſt his & Cuiacius, in expoſitioue d. Nouellæ, de hæred. & Falc. & Phanucius de Inuentario hæredis, parte 7. num. 13.

Argumenta vero tria ſunt potiſſimum. Primum eſt; quia hæres, qui Inuentarium non confecit, tenetur etiam vltra vires hæreditarias; nec diſtinguitur an ſit ſuus hæres, vel alienus, l. vlt. C de iure delib. § ſin autem dubias, & in §. ſi verò poſtquam. Et diſertè habetur in §. ſancimus, in verſ. ſi vero non fecerit, in Auth. de hæred. & Falcid. *Si vero non fecerit Inuentarium*, &c. inquit Iuſtinianus, *complebit legatarios, & fideicommiſſarios, quamuis puræ ſubſtantia morientis excedat menſuram legatorum datio.*

Secundum argumentum eſt. Hæres non conficiens Inuentarium; ſi ſit creditor defuncti, actionem, & creditum amittit, l. debitori, C. de pactis. Hoc eſt enim vnum ex beneficijs, quæ conſequitur ex Inuentarij confectione, vt actiones hæredi ſint ſaluę, quas contra defunctum habuit, vt in d l. vlti. §. In computatione, C. de iure deliberan. Ergo etiam filius hæres non conficiens Inuen- C tarium, actionem ad legitimam, & illud quaſi creditum, amittet.

Tertium argumentum eſt: quia ita conſtitutum eſt in Falcidia, vt eius commodo & beneficio hæres non fruatur, qui Inuentarium non confecerit, vt in dict. l. vlt. C. de iure deliber. & in Auth de hæred. & Falcidia præſumitur enim ſubtraxiſſe bona, quæ Falcidiæ ſufficiebant, vt ibi dicimr. Ergò idem eſt in legitima.

Et confirmari poteſt hoc argumentum: quia in Falcidia eadem ratio videtur, quæ in legitima. nam ante ius nouiſſimum, etiam Falcidia a teſtatore prohiberi non poterat; l. ſit vt allegas, l. quanquam, C. ad legem Falcid. ſicut uec legitima. Ergo idem iuris videtur eſſe in vtraque.

Sed contrariam ſententiam amplexi fuere Gloſ. & Alexand. in l. vlt. §. penult. C. de iure deliber. Idem Alexander, in conſil. 67. lib quarto, & 134. lib primo. Imol. in cap. primo, nnmer. 10. de teſtament. Alciatus in conſil. 41. D lib. 9 ſecundum impreſſionem Lugdunenſem Cagnol. in l. Papinianus, § meminiſſe, num. 15. ff. de inoffic. teſtam. Oſaſcus deciſio. Pedemont. 148. num. 6 Rolandus à Valle de Confectione Iuuentarij, §. 5. §. dubitatio oritur. Andreas Geyll, lib. 2. pract. Obſeru. cap. 138. nnmer. 14. qui & alios citant.

Et hanc ſententiam ego probabiliorem eſſe iudico. Primum enim ſatis firmum pro eius confirmatione illud eſt argumentum, quod nulla lege cautum hoc ſit, quemadmodum in Falcidia, quæ locum habet cum vltra dodrantem legata relinquuntur. Deinde illud eſt firmiſſimum argumentum; quoniam hæc diſputatio oriri non poteſt, niſi cum filius hæres inſtitutus, & legatis vel fideicommiſſis vniuerſalibus aut particularibus grauatus eſt: Quantum enim attinet ad æs alienum defuncti, inter omnes conſtat, illud legitimæ præferendū eſſe, ex l. Papinianus, §. quarto, ff. de inoffic. teſtamen. Sed illud certum eſt, legitimam uec directè tolli poſſe, nec indirectè, nec vllum grauamen præiudiciumve filio inſerri in legitima poſſe,

poſſe, vt in l. quoniam in prioribus, C. de Inoff. teſt. poſſe, ſcimus, § cum autem, C. eod. & habetur in Nouella de reſtitutionibus & ea quæ parit in vndecimo menſe, vbi cauetur, legitimam eſſe excipiendam ab onere reſtitutionis iniunctæ. Ergo legata & fideicommiſſa, quibus legitima vel tollitur, vel diminuitur, irrita ſunt, & pro non ſcriptis habenda. Ergo filius etiam inuentarium non conficiens, propter eiuſmodi legata & fideicommiſſa, damnum in legitima ſentire non poteſt, nec debet: neque enim inuentarij confectio ei a lege iniungitur, vt legitimam integram & nulli oneri ſubiectam obtinere valeat. Quod ſanè, ſi neceſſarium fuiſſet, æquum erat exprimere, vt filius ſciuiſſet leges, quibus legitimæ proſpectum eſt, ceſſare inuentario non confecto, ſicut expreſsè cautum eſt Falcidia.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpõdetur, hæredem inuentarium non conficientem ad legata præſtanda & fideicommiſſa teneri vltra uires hæreditarias, cum talia ſunt legata & fideicommiſſa, quæ de iure valent, & relinqui potuerunt, ſed legata & fideicommiſſa in præiudicium ac diminutionem legitimæ ordinata, irrita ſunt, ac nullius momenti, & pro non ſcriptis habentur, vt iam dictum eſt, ergo filius ad ea ſoluenda non tenetur.

Ad ſecundum reſpondeo, argumentum illud locum habere poſſe, cùm filius hæres inſtitutus, vel ab inteſtato ſuccedens nemini tenetur hæreditatem reſtituere, vel legata præſtare, quibus hæreditas exhauriri poſſit; tunc enim cum ſit hæres, & bona teneat, actiones illi cõpetentes confunduntur: ſed cum hæreditatem alijs reſtituere tenetur, vel legata præſtare, alia eſt ratio; tunc enim ſeparare poteſt legitimam ſibi debitam, eamque ſaluam ac præcipuam retinere, & reliquum reſtituere. Nec illud ius legitimæ ſiue ad legitimam pertinens, quod filio competit, ex aditione confundi poteſt; quia iam per legem prorſus exceptum & exemptum eſt ab omni reſtitutione ac onere. Si enim vult lex legitimam exemptam eſſe a reſtitutionis onere, conſequenter vult legitimam filio reſeruare, eamque ſeparare ab omni onere reſtitutionis: *Quamobrem præſentem ponimus legem*, inquit Iuſtinianus in Auth. de reſtitut. & ea quæ parit, &c. *Omnia quidem alia prioris a nobis poſita conſtitutionis, rata manere volentes: hoc verò innouantes ſolummodo, vt ſi quis de cætero reſtitutionem fecerit ſuarum rerum, primum quidem ſeruet filio legitimam partem, non quartam*, &c.

Hæc igitur legitima, quo modo poſſit legatis vel fideicommiſſis exhauriri, & exinaniri, eò, quod filius inuentarium non confecerit, cuius conficiendi ad hunc effectum, legitimæ non amittendæ nullum a lege præceptũ habet, ego prorſus non intelligo; ſi enim legatum ac fideicommiſſum ab ipſo initio non præiudicat legitimæ, nec illam tangit, quia reſeruanda eſt, quomodo fideicommiſſo abſorberi poterit ex poſt facto, ob inuentariũ non confectum?

Ad tertium argumentum reſpondeo, de Falcidia id quidem luculenter conſtitutum fuiſſe; ſed alia eſt detractio ex lege Falcidia, alia eſt legitima filijs debita, illa, vt maximè olim prohiberi non potuerit a teſtatore, nunc tamen poteſt, vt illa ipſa Nouella de hæredibus & Falcidia conſtitutum eſt à Iuſtiniano, hæc verò nec olim, nec hodierno iure prohiberi a parente, tolli, minui, aut abſorberi poteſt, & omnia quæ in eius grauamen ſcripta ſunt, pro non ſcriptis cenſentur. Illa nec ratione naturali debetur, & legi antiquæ duodecim tabularum repugnat, qua conſtitutum erat; vti quiſque rei ſuæ legaſſet ita ius eſto, hæc iure naturali debetur, & omnibus legibus antiquis & nouis adiuuatur, ac relinqui præcipitur. Cur igitur argumentari liceat ex Falcidia ad legitimam, cum ad affirmandum infirmum argumentum appareat a minori ad maius? ab eo quod diuerſum eſt? quod differentem rationem habet?

A

CAPVT XXXV.

De inuentario hæredis controuerſia aliqua, & prima circa tempus illud conficiendi, an incipiat ex die adita, an verò delata hæreditatis.

NOn alienum fore putamus aliquas his adnectere controuerſias Doctorum de Inuentario hæredis. Et illam inprimis: quoniam in l. vlt. C. de iure deliber. triginta dies conſtituti ſunt ad illud inchoandum, & alij ſexaginta ad perficiendum, niſi res hæreditariæ, vel maxima earum pars poſita ſit alibi, tunc enim hæres anni ſpatium habet ad inuentarium conficiendũ, vt in ea lege dicitur. Hæc cum ita conſtituta ſint, oritur controuerſia; quando tempus hæredi incipiat currere, an ex die aditæ hæreditatis, an verò delatæ: Et quidem communior videtur ſententia, illud incipere ex die adi-

B tæ hæreditatis: ita enim docet Gloſ. in dict. l. vlt. in ver. *delatam*, quam ſequuntur Bartolus, Paulus Caſtrenſis, Alexan. Iacopin. & Corneus in Commentarijs eiuſdem loci, alijque non pauci, quos refert, & ſequitur Roland. à Valle de Confectione inuentarij in 3. parte, § quæritur quo tempore.

Fundamentum eſt primò in d. l. vlt. §. ſi verò poſtquã, C. de iure delib. *Si verò poſtquam adierint, vel ſeſe immiſcuerint præſentes, vel abſentes, inuentarium facere diſtulerint, & datum iam à nobis tempus ad inuentarij confectionem effluxerit*, &c. His enim verbis text. indicare videtur tempus præfixum currere, poſtquam hæres adiuit hæreditatem.

Secundo, quia textus dicit in d. l. vlt. C. de iure deliber. in ipſo inuentario ante omnia præponendum eſſe venerabile ſignum Sanctæ Crucis manu hæredis; ſed nemo dicitur hæres propriè, niſi qui hæreditatem adiuit, l. ſi in diem, ff. de cond. & demonſtr. l. ſtatu liberos, §. ſi quis hæ-

C redi, ff. de ſtatu lib. Ergo tex. præſupponit iam aditam eſſe hæreditatem cum inuentarium conficitur.

Tertio, quia dicitur in d. l. vlt. §. donec, C. de iure delib. hæredem intra tempus inuentarij conficiendi à creditoribus, legatarijs, & fideicommiſſarijs moleſtari nõ poſſe. Hoc autem fruſtra diceretur, niſi cum inuentarium hæres conficit, iam adiuiſſet hæreditatem. Si enim hæreditatem non adierit, indubitatum eſt moleſtari nõ poſſe.

Sed contraria ſententia mihi longè probabilior videtur, nempe, tempus, de quo agitur, ex die delatæ hæreditatis currere. Ita docuit olim Ricardus Malumb. Ioan. Andr. ad Specul. tit. de inſtr. editio § vlt. Odofr. in Auth. Sed cum teſtator, C. ad leg. Falc. Abbas in conſ. 73. Phanuc. de inuentario in 1. par. in princ.

Et omiſſis inutilibus argumentis, iuxta meum antiquum morem, (quid enim prodeſt inutilia referre argumenta eaque refellere?) Fundamentum huius ſententiæ ſolidum eſt in dicta l. vlt. C. de iure deliber. verſ. Sin

D autem dubius, vbi textus ita dicit: *Si autem dubius eſt, vtrum admittenda ſit necne defuncti hæreditas, non putet ſibi eſſe neceſſarium deliberationem, ſed adeat hæreditatem, vel ſeſe immiſceat, omni tamen modo inuentarium ab ipſo conficiatur, vt intra triginta dies poſt apertas tabulas, vel poſtquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam ſibi ab inteſtato hæreditatem cognouerit, numerandos exordium capiat inuentarium*. Hactenus verba legis. Ex quibus patet, tempus inuentarij conficiendi exordium ſumere ex die, quo apertæ ſunt tabulæ teſtamenti, delatamque ſibi hæreditatem hæres cognouit.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores, illa verba ſupplenda eſſe ex §. ſi verò poſtquam, in eadem lege, vt nimirum tempus hæredi currat ex die delatæ hæreditatis, & ſimul etiam aditæ. Sed non probatur hæc ſuppletio ex d. §. ſi verò poſtquam, nec aliquo alio teſtimonio.

Reſpondeo enim ad dictum §. ſi verò, non loqui de tempore ex quo initium ſumere inuentarij confectionem

nem oporteat, verùm de hærede, qui inuentarium non confecit, & dicit eum in ſolidum teneri creditoribus, & alijs.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, quod dicitur venerabile Crucis Signum manu hæredis præponendũ eſſe, id accipiendum iam de hærede, qui hæreditatẽ adiuit, quam de eo, qui non adiuit. Conſtat enim, & hæredem, qui nondum adiuit inuentarium cõficere poſſe, vt in eadem l. vlt. § ſi autem hoc aliquis fecerit.

Ad vltimum reſpondeo, illud beneficium, quod Lex concedit, vt interim donec inuentarium conficitur, hæres moleſtari non poſſit, vtile eſſe, & nullo modo fruſtra conceſſum, cum hæres adiuit; licet, cum non adiuit, neceſſarium non ſit. Et cum Lex aliquid operatur, ſaltem in aliquo caſu, ſuperflua reputari non debet, l. 2. C. de noxalibus act. declarat Dec. in l. cum quidam, numer. 1. C. de inſtit. & ſubſtitut. Dominus meus Cephalus in conſi. 104. num. 17.

CAPVT XXXVI.

Alia controuerſia circa locum, in quo inuentarium confici debet ab hærede.

EST, & controuerſia circa locum, in quo inuẽtarium ab hærede confici oportet. Nam in præſentia iudicis eſſe conficiendum, autores ſunt Angelus, de inuentario, num. 7. Socin. iun. in conſil 19. num. 14. lib. 3. & alij, quos refert, & ſequitur Roland à Valle, in conſil. 73. nu. 36. lib. 2. Alij verò negant iudicis præſentiam eſſe neceſſariam. Ita Bart in conſi 154. Caſtrenſ. & Salic. in d. l. vlt. C de iure delib. Alios commemorat Rolandus à Valle de Confectione inuentarij, §. Præſentia iudicis, vbi relatis omnium ſententijs, diſtinguit, & docet præſentiam iudicis requiri, quantum ad hoc; vt inuentarium fidem faciat aduerſus creditores, & alios, non autem quantum ad obligandum ipſum hæredem.

Ego verò neque iuris neque moris eſſe puto, vt in conficiendo inuentario iudex præſens eſſe debeat: ſed vocatis creditoribus, & alijs, fieri ſolet à notario vno, vel pluribus in loco honeſto, & congruo. nimis enim, & indecens, & moleſtum eſſet, iudicem occupari in ea re, quæ plures dies plerunque requirit. Et ſanè, cum & in l. vlt C. de iure delib. & in Auth de hæredib. & Falc. inuentarij ſolennia diligenter à Iuſtiniano commemorentur, ſi & præſentia iudicis inter ſolennia recenſenda eſſet, æquum erat id exprimere, & declarare. quod tamen factum non eſt. Nec textus in l. de creationibus, C. de epiſco. audien. qui pro contraria ſententia adferri ſolet, præſentiam iudicis exigit in eo inuentario, de quo loquitur; ſed tantum hoc dicit, inuentarium illud publicè conficiendum. Similiter & tex. de tutorum, & curatorum inuentario verba faciens, in l. tutores, 24. C. de admin. tutor. præſentiam duntaxat requirit publicarum perſonarum, non autem iudicis.

CAPVT XXXVII.

De hærede, qui non omnes res in inuentario ſcripſit, an amittat inuentarij beneficium.

INſignis eſt controuerſia in eadem materia inuentarij: ſi hæres non omnes res ſcripſit in inuentario, ſed aliquas omiſit, ac celauit, ſciens prudensque, nec poſtea etiam adiecit: vtrum amittat inuentarij beneficium, an vero in duplum tantum teneatur rei omiſſę. Etenim, cum in duplum teneri probat textus, in l. vlt. §. licentia, C. de iure delib. *Licentia* (inquit tex.) *danda creditoribus ſeu legatarijs, vel fideicommiſſarijs, ſi maiorem putauerint eſſe ſubſtantiam à defuncto derelictam, quam hæres in inuentario ſcripſit, quibus voluerint legitimis modis quod ſu-*

A *perfluum eſt approbare, vel per tormenta forſitan ſeruorum hereditariorum, ſecundum anteriorem noſtram legem, quæ de quæſtione ſeruorum loquitur, vel per ſacramentum illius, ſi aliæ probationes defecerint, vt vndique veritate exquiſita, neque lucrum neque damnum aliquod heres ex huiuſmodi ſentiat hereditate: Illo videlicet obſeruando, vt ſi ex hereditate aliquid heredes ſurripuerint, vel celauerint, vel amouendum curauerint, poſtquam fuerint conuicti, in duplum hoc reſtituere, vel hereditatis quantitati computare compellantur.*

Hoc cum ita ſit, non debet amittere beneficium inuẽtarij; nam ſi illud amitteret, & ſimul etiam in dupli pœnam incideret, grauius puniretur, quàm is qui intra tempus conſtitutum inuentarium non confecit, qui in eo dũtaxat, punitur, quoniam inuentarij beneficium amittit, vt in d. l. vlt. §. ſi verò poſtquam, C. de iure deliber. cum tamen plus delinquat, quia bona ſurripuiſſe præſumitur, & longè plura, quàm is, qui vnam duntaxat rem occultauit.

B Pręterea, nemo duplici pœna eſt afficiendus ob vnam & eandem cauſam, l. Sanctio, in fin. ff de pœnis, l. Senatus, ff. de accuſ. Argumento vaſalli id confirmari poteſt. Nam vaſallus qui partem feudi alienat abſque domini conſenſu, illam duntaxat partem amittit, non etiam totum feudum, vt docet Glo. in c 1 §. allodij, de prohib. feudi alien. per Frideric. Clarus, § feudum, q. 31. verſ Sed pone vaſallus. Et cum res ſit dubia, & obſcura, mitior pęna locum habere debet, l. interpretatione, ff de pœnis. Dec. ad l. ſemper in obſcuris, nu. 10. de reg. iur. Alciat. de præſumpt. reg. 3. præſumpt. 6.

Denique iſthæc videtur eſſe magis communis Doctorum ſententia. Ita enim docent Odofred. in d. l. vlt. § licentia, C. de iure deliber. & Oldradus, vt refert Cynus, Bartol. in conſ. 154. nu. 8. lib. 1. Fulg. & Salic. in d §. licentia, necnon etiam Caſtr. & Alexan. num. 4 poſt Imolam, quem citat Corneus ibidem, num. 9. Iaſ. & Iacop. Romanus in conſ. 276. num. 8. Alexand. de Nevo, in conſil. 31. C num. 17. Ang. Aret. de teſtamen Glo. 1 12. col. vlt. Guliel. de Bened. cap. Rainucius, verſ. Mortuo itaque teſtatore, num. 401. de Teſtam. Procellinus de inuentario, c. 3. nume. 6. Vitalinus tract. Clauſular. clauſul 241. nu. 38. Bellonus in conſi. 30 num 6. Portius in conſ. 50. num. 7. ad ſubſcripſere Mantica, Torniellus, Ragenius, & Cattarus Benincaſius de Paupertate, q. 9. Villalob. comm. op. verſ. hæres, nume. 8 Roland. de inuentario, 4. par. 3. vtilitas, §. quod ſi hæres, verſ. Quid dicendum. Monticulus de inuent. nu 154. Caualcan. de tutor. & curat. num. 10. Io. Coraſius de inuentar. num. 24. Dionyſius Pontanus ad conſuetudines Bleſenſes, ti. 2. ar. 5. ti. de inuentario, q. 7. Do. meus Decianus in conſ. 49. nu. 56. lib. 2 Menoch. qui hos citat, in conſ. 571. lib. 3.

Verùm iſtis non obſtantibus, contrariam ſententiam veriorem puto, nempe, hęredem hoc in caſu beneficio inuentarij indignum eſſe, ac merito priuandum, ſi ita legatarij & creditores velint. Moueor in primis ex §. ſin autẽ D dubius, iuncto § Et ſi præfatam, d l. vlt. C. de iure delib. Dicitur in § ſi autem dubius. hæredem inuentarium conficientem ſubſcriptionem ponere debere *ſignificantem, & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate circa eas ab eo facta, vel facienda, apud eum remaneant.* Sequitur § & ſi præfatam: vbi dicitur: *Si pręfatam obſeruationem heredes ſolidauerint, hereditatem ſine periculo habeant, & legis Falcidię aduerſus legatarios vtantur beneficio, & in tantum hereditarijs creditoribus teneantur, in quantum res ſubſtantiæ ad eos deuolutæ valeant.*

Igitur, ſi hæres non deſcripſit omnia bona in inuentario, ſed circa aliqua malignatus eſt, ea occultando, non eſt dignus beneficio legis.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores, ſumi non poſſe argumentum à contrario ſenſu, eo modo, quia repugnat textus in dicto §. licentia. Sed replicari poteſt, immò ſumi poſſe argumentum à contrario ſenſu; nam quod attinet ad dict. §. licentia, infra reſpondebitur.

Probatur: quia, niſi tale argumentum ſumeretur, illa verba ſequentia perperam ſubijcerentur: *Etſi præfatam obſeruationem ſolidauerint*, &c. nam etſi non ſolidauerint, idem tamen ſtatutum eſſet, quod eſt abſurdum. Præterea valet argumentum regulariter a contrario ſenſu, vt notum eſt ex l. prima, ff. de offic. eius, cui mand. eſt iuriſdict. Tertiò dicit textus in § ſi vero poſtquã, hæredem qui non confecit Inuentarium intra tempus conſtitutum, legis beneficium non habere, quam contemnendam putauit. Sed nonne & hæres, qui non omnes res opponit, legem contemnere videtur? Quartò dicit textus. *Subſcriptionem tamen hæredem ſupponere neceſſe eſt ſignificantem et quantitatem rerum, & quod nulla malignitate*, &c. Subdens, *& ſi præfatam obſeruationem ſolidauerint* &c. Si hæres non ſubſcribat inuentario, amittit legis beneficium, quia non obſeruat eius præceptum, vt reſpondit egregiè Natta in conſil. 214. numero 13 & Roland. de Confect. inuent. 3. parte § Requiritur. Cum ergo inuẽtarij beneficia habere debeat is, qui ſcripſit quidem, ſed non fideliter, ſcilicet omnia bona indicans, vt debuit, Quid plura? vrget hoc argumentum Iuſtinianus ipſe, in § ſancimus, in Authen. de hæred. & Falcid. ibi mandat inuentarium fieri ſecundum legis formam; & ſi non fiat, priuat hæredem beneficijs quæ illi conceſſit.

Et hoc eſt ſecundum argumentum, quod me mouet, nempe, ex dicto § ſancimus: *Fiat igitur inuentarium*, inquit textus, *ab hærede metuente, ne forte non habeat poſt debita & legata, Falcidiam, ſecundum modum & tempora, per quæ dudum ſancimus, quando homines excepimus ex damno rerum ſuarum in additionibus, ſtatuentes oneras vſque ad ſubſtantiæ relicta menſuram*

Hic Imperator æquiparat modum & tempora inuentarij conficiendi: Sicut ergò, cum intra conſtitutum tempus non fit inuentarium, hæres illius commodo priuatur, ita etiam priuari debet, ſi non fiat ſecundum modum & formam a lege præſcriptam, qui modus eſt, vt omnia bona ſcribantur in eo, & nulla fiat malignitas, vel fraus.

Et ideo ſubdit textus: *Illo adiecto ſolo, vt oporteat huiuſmodi hæredem, qui non creditores ſolum, ſed etiam legatarios & fideicommiſſarios veretur & metuit, non damnificari ſolum ſed etiam non lucrari*, &c. Quibus verbis declarat Imperator hæredem, qui non vult damnificari; hoc eſt vltra vires hereditarias obligari, inuentarium cõficere oportere, ſecundum modum & tempora iam ſancita: Ergo, ſi modus non ſeruetur, hæres inuentarij commodum & beneficium amittet.

Tertio confirmatur hæc ſententia ex verbis ſequentibus eiuſdem textus, *Si verò non fecerit*, inquit, *inuentarium ſecundum hanc figuram, quam prædiximus, non retinebit falcidiam, ſed complebit legatarios & fideicommiſſarios, licet puræ ſubſtantia morientis tranſcendat menſura legatorum datio: Et hoc dicimus, non noſtram minuentes legem, quam poſſumus, vt nihil de proprio damnificentur hæredes creditoribus; ſed hoc, dabit ei pœnam exactio ſuæ malignitatis, cur tranſcenderit leges, quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari: ſed ex diuerſo etiam falcidia lege lucrari.*

Reſpondent Bartolus in dicto conſilio 154. lib. 1. & Vitalinus de Clauſulis loco ſuperius relato, illum textũ loqui de hærede, qui non confecit inuentarium; non autem de eo, qui confecit & aliquid omiſit. Non rectè; quia textus, non ſimpliciter dicit: *Si vero hæres non fecerit inuentarium*; ſed dicit: *Si vero non fecerit inuentarium ſecundum formam prædictam*. Quibus verbis patet, ſermonem eſſe de eo, qui non fecit inuentarium ſecundum formam legis. Præterea dicit textus: *Sed dabit ei pœnam exactio ſuæ malignitatis*. Quæ verba locum habent in hærede, qui confecit quidem inuentarium, ſed malignè, celando ſcilicet, vel ſurripiendo aliqua bona. Huc & illa verba ſpectant; *Cur leges tranſcenderit, ex quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari*. Hæc enim A verba rectè conueniunt in hæredem, qui inuentarium fecit, ſed non cautè, non rectè, non ſecundum leges.

Reſpondent præterea contrariæ ſententiæ autores, aliud ex illo textu non induci, niſi hæredem, qui ſecundum leges antiquas non poterat ex re omiſſa in inuentario Falcidiam detrahere, & qui ſecundum Iuſtiniani legem in duplum tenetur, rei omiſſæ, nunc Falcidiæ beneficio penitus priuari, quoad omnes res hæreditarias. Ita Menochius dicto conſilio 471. libro quinto, ſed non placet hæc reſponſio; Quia manifeſtè repugnat verbis textus: Ait enim hæredem, qui non fecerit inuentarium *ſecundum figuram prædictam, complere debere legatarios, etiamſi ſubſtantiæ morientis menſuram tranſcendat legatorum datio*. Quibus verbis apparet non ſolum hoc Imperatorem velle, vt hæres amittat Falcidiam, verum etiam, vt teneatur vltra vires hæreditarias. Quod magis patet ex ſequentibus verbis: *Et hæc dicimus, non noſtram minuentes legem, quam poſſumus, vt nihil de proprio damnificentur*, &c. *Sed hoc dabit ei exactio ſuæ malignitatis, cur traſcenderit leges, ex quibus cautè omnia agẽs, nihil po-* B *terat damnificari: ſed ex diuerſo etiã falcidia lege lucrari.*

Et hanc ſententiam amplexi ſunt multi, quibus autoribus vtor, ita enim docuere Bartolus in l. reſcriptum, ff de his quibus vt indig. Bald. in dict. l. vlt. § licentia, & in conſilio 219 num. 4. libro primo, conſilio 243. num. 6. lib. 5. Abb. conſil. 73. lib. 2. Guido Papæ conſil. 42. & tracta. de inuentario num. 8. Ioan. Crotus in conſil. 201 nume. 23. Ioannes Petrucius olim appellatus, Doctor integerrimi iudicij, vt refert Corneus, in d. §. licentia, Manſuetinus in ſua Praxi, tit. de ſucceſſ. colum. vlt. numer. 49. Bertachin. tracta. de Epiſcopis. lib. 4. parte 4. num. 34. Natta in conſ. 574. num. 16. Herculanus ad l. Paulus, ff ad leg. Falcid. Dominus meus Cephalus, in conſi. 314. num. 24. lib. 3. conſ. 506. nu. 14. lib. 4. conſ. 702. num. 16. lib. 5. Crauetta in conſ. 348. nu. 46. Menoch. in conſi. 89. num. 146. lib. 1. Cardinalis Albanus in conſ. 2. num. 16. & 19. Hipp. Riminal. in conſ. 417. nu. 124 lib. 4. Phanucius de Inuen C tario, in 3. parte. nu. 53.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ ſumptum ex §. licentia, reſpondeo, illum textum loqui, & locum ſibi vindicare eo in caſu, quo creditores ac legatarij probare volunt hæredẽ aliquid occultaſſe, & celaſſe ex bonis hæreditarijs, ad eum finem, vt veritate detecta, non lucretur, ſed ex bonis occultatis ſatisfieri poſſit ipſis creditoribus, & legatarijs; Hoc in caſu eis licentia datur id probandi, & propterea decernitur, vt hæres conuictus, dupli pœnam ſoluat. Sic enim ait textus; *Licentia danda creditoribus, vel legatarijs*, &c. *vt veritate vndique exquiſita neque lucrum aliquod, neque damnum hæres ex huiuſmodi ſentiat hæreditate*, &c.

Cæterum, ſi hac via prætermiſſa creditores, & legatarij allegauerint hæredem indignum eſſe commodo, & beneficio legis; quia non confecit inuentarium ſecundũ formam, & modum à lege præſcriptum; quin hæc allegatio eis profutura ſit, ad hoc, vt hæres omni prorſus com- D modo inuentarij cadat, nihil proponi video. Alioquin repugnantiam lex Iuſtiniani continebit. Vno enim in loco ſtatuet hæredem pœna dupli coercendum propter dolum, & malignitatem. Alio loco, commodo ac beneficio Inuentarij multandum. Cum igitur promptum ſit leges legibus concordare, l. 1. C. de inoffi. dotib. dicendum eſt, hæredem priuari ex cauſa, de qua agitur, commodo inuẽtarij, niſi legatarij & creditores elegerint aliam viam, nempe, demonſtrandi ac probandi alia eſſe in hæreditate bona, præter ea, quæ deſcripta ſunt in inuentario; ad hoc vt ex eis ſatisfiat, neq; doloſè illa hæres lucrifaciat: tunc enim electa alia via ex rebus celatis creditoribus, & legatarijs ſatisfiet, & præterea pœna dupli hæres mulctabitur.

Quod vero dicebatur hæredem, qui non confecit inuentarium tempore conſtituto plus peccare, quam eum, qui res aliquas celauerit, haud immeritò negari poteſt; ſi quidem eius, qui bona aliqua celauit, iã dolus certus eſt,

& manifeſtus: cæterum eius, qui Inuentarium facere diſtulit, non eſt certus, ſed præſumptus dolus.

Nec abſurdum eſt, duplicem hanc viam concedi legatarijs, & fideicommiſſarijs. Nec enim duplex eſt pœna hæredi inflicta, quæ vno & eodem tempore locum ſibi vendicet; ſed ita res habet. Si legatarij & creditores contenti erunt, vt in lucem prodeat res ab hærede ſubtracta, multabitur pœna dupli: retinebit tamen in alijs Inuentarij, ac legis beneficium, neque enim vltra res hæreditarias, & dupli pœnam condemnabitur. Si verò eligent hanc viam, vt beneficio Inuentarij hæres careat, ceſſabit pœna dupli, & ille tenebitur vltrà vires hæreditarias: Quare ad rem non pertinent, quæ de vaſallo dicuntur, & de mitioris pœnæ interpretatione in re dubia. nam hæres in totam formam à lege pręſcriptam circa Inuentarij confectionem peccauit, dum malitioſè res ſubtraxit; & ideo omni legis beneficio carere debet, quam contemnendam putauit, & hic clara eſt legis conſtitutio non dubia, vt ex dictis patet.

CAPVT XXXVIII.

Trebellianica nunquid hæres priuetur ob Inuentarium non confectum.

DE Trebellianici quadrantis detractione, quod Senatuſconſultu autoritate conſtitutum eſt, in hærede rogato per fideicommiſſum hæreditatem reſtituere, nobilis eſt controuerſia inter Doctores: Sitne ei locus, cum hæres Inuentarium non confecit? Negant plures quàm ſexaginta Doctores à Cacherano citati, deciſ. Pedemont. 147 Qui teſtatur ita iudicaſſe Senatum Taurinenſem. His accedant Fernãdus Vaſquius, de ſucceſſ. Creation. lib. 1 §. 8. nume. 14. Purpuratus, in conſ. 1. num. 5. & 375. num. 8. lib. 1. & 568. num. 27. lib. 2. Pancirolus in conſ. 90. num. 30. Menochius in conſ. 272. nu 81. lib. 3.

Sed contrariam ſententiam ſecuti ſunt alij, fortè plures numero, quos commemorat Roland à Valle, in conſil. 27. lib. 1. Phanucius de Inuent par. 7. num. 32. Dominus meus Decianus, in conſil. 49. lib. 1 Dominus meus Cephalus, in conſ. 392. nume. 59. lib. 3. Hippol. Riminal. in conſ. 187 lib 2. Stracca ad Crauettam in conſ. 17. Andræas Geyll, lib. 2. Obſeruat. 138 Sarmientus, lib. 2. Selectarum Interpretationum, cap. 7. Iſti docent, locum eſſe detractioni Trebellianicæ, licet hęres Inuentarium non confecerit.

Alij quos refert, & ſequitur Hyppolit Riminald. In conſ. 156. num. 58. lib. 2 diſtinctione vtuntur: Aut hæres ſtatim à morte teſtatoris hæreditatem adiuit, eamque fideicommiſſario reſtituit, & tunc etiam Inuentario nõ confecto lucratur Trebellianicum quadrantem; quoniã nulla eſt ſuſpicio ipſum aliquas res ſurripuiſſe, cum hæreditatem ſtatim reſtituerit. Aut hæres non ſtatim reſtituit, ſed poſt aliquod tempus; quia fortè ſub conditione rogatus erat reſtituere, quæ non tam citò euenit, & tunc ob Inuentarium non confectum Trebellianicam amittit, quia ſurripuiſſe aliqua bona præſumitur.

Alij denique diſtinguunt inter extraneum hęredem, & filium teſtatoris defuncti: hæredem extraneum Trebellianicam amittere docent; filium verò nequaquam. Huius ſententiæ autores commemorat Dominus meus Decianus, in conſ. 49. num. 61. lib. 2. Franciſcus Burſatus, in conſ. 44. nu. 19.

Mihi verò perpendenti & fundamenta Doctorum & eorum autoritatem, ac reliquas omnes circumſtantias, probabilior videtur eorum ſententia, qui ſimpliciter negant Trebellianicam amitti ob Inuentarium non confectum. Primò, quia hanc ſententiam ſecuti ſunt Ioannes Andræas & Bartolus, quorum alter inter iuris Canonici antiquos Interpretes, alter inter iuris Ciuilis magnã habet autoritatem in iudicijs, vt dicebat in propoſito Natta in conſ. 220 Deinde, quia hanc ſententiam Rota

A Romana ſecuta eſt apud Caſſiodorum, tit de Teſtamentis, deciſ. 3. nume. 6. Cuius quanta ſit autoritas, nemo eſt qui neſciat, ex traditis à Ludouico Gomeſ in proœmio Regularum Cancellariæ. Vant. tit. de Nullitate ex defectu iuriſd deleg. nume. 10. Menochi. de Præſumpt. libro 2. cap 71. nu. 13. Tertiò, quia & Imperialis Camera eandem ſequitur, teſte Andræa Geyll, loco proximè citato, & Mynſingero Centur. 3. Obſeru. 60 Denique ra ob cauſam, quod hæc ſententia conſuetudine recepta videatur, teſte Baldo in conſ. 383. lib. 1. Corneo in conſ. 80. in 8. dub lib. 4. Soc. iun in conſ 137. lib. 1. & 88. lib. 4. & Aufrerio ad Capellam Toloſanam, deciſ. 314.

Fundamentum verò iuris illud mihi videtur ſatis firmũ; quod nulla ſit lex; *tale aliquid dicens*, vt verbis vtar Iuſtiniani, ad aliud tamen propoſitum, in Auth. de non eligend. ſecundò nubentes, §. cum igitur: Cum enim nulla lex inducat talem priuationem, noſtrum non eſt illam inducere, cum nulla nos neceſſitas compellat, vt

B ea reſponſo ad argumenta contrariæ ſententiæ apparebit.

Primum argumentum eſt: Hæres non conficiens Inuentarium, amittit legis Falcidiæ beneficium, vt in Authen. de hæredibus, & Falcid. § hinc nobis, ergò & Trebellianicæ, præſertim, quia eſt eadem ratio. Nam Falcidiæ beneficium cur amittat, Iuſtinianus ibi declarat, dicens: *Vt non per ea, quæ fortè ſurripiunt, aut malignantur, inducere tenent Falcidiam*, &c. Hęc ratio locum ſibi vendicat in Trebellianica.

Reſpondeo, negando conſequentiam: quia non debent odia & pœnales Conſtitutiones temerè extendi. vt dum ſubijcitur, eandem eſſe rationem in Trebellianica, reſpondeo id negando. Nam textus ita dicit: *Vt non per ea, quæ fortè ſurripiunt* (hæredes) *aut malignantur, inducere tentent Falcidiam; cum vtique ſi nihil malignati eſſent, fortè non competeret.* Hæc ratio Trebellianicæ non conuenit: quia etſi nihil hęredes reſtituere grauati

C malignentur, ideſt, nihil ſurripiant vel occultent, ſemper tamen detrahere poſſunt quartã partem pro autoritate Senatuſconſulti Trebelliani. In Falcidia, quæ locum habet, cum vltra dodrantem legatis hęreditas grauatur, hæc ratio optimè procedit. Nam ſi hæres nil ſurripiat, facilè fiet, vt legatis ſolutis ac detractis, remaneat illi quarta pars integra hæreditatis, quo in caſu Falcidia ceſſat.

Secundum argumentum: Falcidia & Trebellianica æquiparantur à lege veteri, vt in caſibus, in quibus Falcidia ceſſat, etiam Trebellianica ceſſet, l. Marcellus, § quod autem, ff. ad Trebell. Ergò quicquid in Falcidia eſt conſtitutum, trahi debet etiam ad Trebellianicam, argumento, l. ſi quis ſeruo, C. de furtis.

Reſpondeo, Falcidiam & Trebellianicam æquiparari iure antiquo, vt ſi Falcidia ceſſet, etiã Trebellianica ceſſet, quando vigore Teſtamenti conditi Falcidiæ non eſt locus. Ita enim loquitur textus in d. l. Marcellus. Sed hic

D Falcidia ceſſat ob aliam cauſam, quàm ex Teſtamento; videlicet ex eo, quòd Inuentarium hæres non conficit; ergò non id neceſſariò ad Trebellianicã extendi debet.

Tertium argumentum eſt ex eo, quòd textus in §. ſancimus, in Auth. de hæred. & Falcid dicit; cum inuentarium debet confici, citandos eſſe legatarios & fideicommiſſarios, ſi hæres velit non tantum damnum effugere, ſed & lucrum non amittere Igitur inuentario non confecto, textus indicat hæredem Falcidiam amittere ex legatis, & Trebellianicam ex fideicommiſſis. Præterea, textus ſubdit: *Si verò non feceris inuentarium ſecundum hanc figuram, ſicut prædiximus non retinebit Falcidiam, ſed complebit legatarios, & fideicommiſſarios*. Ex quibus verbis ſignificare videtur; ſicut legata ita & fideicommiſſum integra, & abſque deductione ac diminutione ſoluenda & præſtanda eſſe.

Reſpondeo, illa verba, *non lucrari*, quæ ſunt in textu, referenda eſſe ad legem Falcidiam, vt patet ex ſequentibus ibi: *Fiat igitur inuentarium ab hærede ineunte, ut*

non habeat Falcidiam. &c. Et rurſus ibi *Et his omnibus obſeruatis habere ex Falcidia præſidium.*

Similiter & illa verba: *Complebit legatarios, & fideicommiſſarios,* &c. ad Falcidiam pertinent. Id patet ex ſequentibus: ſic enim ait Imperator: *Et hæc quidem decimus. non noſtram minuentes legem, quam poſuimus, vt nihil de proprio damnificentur hæredes creditoribus. Sed dabit eis pœnam exactio ſuæ malignitatis, cur traſcenderit leges, ex quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari, ſed ex diuerſo etiam Falcidia lege lucrari,* &c. Nullum verbum vnquam fit amiſſionis quadrantis huius Trebelliani.

Quartum argumentum, Falcidiæ appellatione venit etiam Trebellianica, l. cum filio, de leg. 1. l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. l. irritum, l. ſicut allegas, C. ad leg. Falc. l. iubemus, C. ad Senatuſconſ. Trebell. Ergo, quòd de Falcidia in hac quæſtione conſtitutum eſt, locum habet etiam in Trebellianica.

B Reſpondeo, antecedens verùm eſſe latè ſumpto vocabulo. Etenim propriè Falcidia differt à Trebellianica, vt patet ex diuerſitate nominum, & titulorum de Falcidia, & ad Trebellianum, & ex re ipſa. Nam illa locum habet in hærede grauato particularibus legans vltrà dodrantem, hæc autem in hærede grauato hæreditatem reſtituere. Imperator autem in ea Conſtitutione loquitur de Falcidia, vt patet ex illis verbis: *Hinc nobis ingreſſa eſt cura, & quædam conſideratio Falcidiæ legis quę etiam in víuis teſtatoribus, ſi expendantur res per legata, prębet etiã retinere hæredes, quantum eis impleat quartam ſubſtantię,* &c. Id patet etiam ex verbis poſitis in principio, vt ſuprà deductum eſt.

Quintum argumentum: Hæres rogatus hæreditatem reſtituere, tenetur reddere rationem rerum hæreditatis fideicommiſſario, l. cum tale, §. Titius, ff. de cond. & demonſtr. Ergò tenetur inuentarium conficere, quia illud eſt caput, & fundamentum rationum reddendarum, l. 1. C §. officio, ff. de tutel. & ratio diſtrahen. Ergò ſi illud non conficiat, legis beneficium amittere debet.

Reſpondeo, negando conſequentiam; nam ſi Inuentarium non confecerit, tenebitur, quanti fideicommiſſarij intereſt, argum. l. tutor qui repertorium, ff. de admin. tutor. non autem neceſſariò infertur eam Trebellianicam amittere.

Sextum argumentum: Hęres ſurripiens aliquam rem hæreditatem amittit, non ſolum Falcidiam, ſed etiam Trebellianicam ex illa re, l. Paulus, ff. ad leg. Falcid. Ergò, ſi inuentarium non conficiat, Trebellianicam amittet, quia præſumendus erit ſubtraxiſſe aliquam rem hæreditariam.

Reſpondeo, negando conſequentiam, quia non præſumit lex ſubtraxiſſe, ſed dicit; *ne fortè per ea, quæ ſubtrahunt, tentent inducere Falcidiam.* Dubitat lex ac ſuſpicatur, ne ſubtrahat, ſed non abſolutè præſumit.

D Septimum argumentum; Hæres inuentarium non conficiens, tenetur ſatisfacere legatarijs, & fideicómiſſarijs, & creditorib. etiam vltrà vires hæreditarias, vt in d. Nouella, de hæred. & Falcidia, Ergò fideicommiſſa reſtituere cogendus erit tota & integra, abſque vlla diminutione, ac detractione.

Reſpondeo, hæredem vltrà vires hæreditarias, & ſic in ſolidum teneri creditoribus, & legatarijs, ac etiam fideicommiſſarijs particularibus: ita enim loquitur textus in d. Nouella, non autem vniuerſalibus fideicommiſſarijs, quia detrahere poterit quartam ex Trebelliano, cũ illa non priuetur ibi ab Imperatore, ſicut Falcidia, nec reſpectu fideicommiſſi vniuerſalis, nempe, oneris hæreditatem reſtituendi, dici poteſt, vltrà vires hæreditarias hæredem fore obligatum, vt patet, quia tantum reſtituit hæres grauatus, quantum eſt in hæreditate, non plus.

Poſtremum argumentum: Cum hæres inuentarium non conficiens, damnum patiatur, quia vltrà vires hæreditarias tenetur, vt dictum eſt, videtur dicendum eum

A multò magis amittere debere lucrum Trebellianicę, argumento, l. vlt. C. de Codicillis.

Reſpondeo, negando conſequentiam, neque enim pęnæ ſunt extendendæ, & ſi argumentum valeret, opus non erat exprimere de Falcidiæ amiſſione, de qua tamẽ, cum expreſsè cautum ſit, & nihil de Trebellianicæ amiſſione, argumentum ſumi poteſt, non idem placuiſſe legislatori, quoad Trebellianicam, quod placuit circa Falcidiam.

CAPVT XXXIX.

Hæres inuentarium conficiens, an poſſit creditoribus, & legatarijs in ſolutum offerre res hæreditarias, ad interpretationem l. vlt. §. & ſi præfatam, verſ. Sed & à legatarijs, C. de iure deliber.

B EſT etiam controuerſia; vtrum hæres, qui inuentarium confecit, dare poſſit in ſolutum bona hæreditaria creditoribus, & legatarijs. Textus legis ita dicit. *Sed & ſi legatarij interea venerint, eis ſatisfaciant ex hæreditate defuncti, vel ex ipſis rebus, vel earum forſitan venditione.* Controuerſia inquam eſt, quomodo illa verba accipienda ſint; ſunt autem verba l. vlt. §. & ſi præfatam, C. de iure deliber.

Cynus & Iacobus de Arena, quos refert, & ſequitur Roland. à Valle, de Confectione inuentarij, parte 4. §. quæro an ſit dare, necnon Phanucius, de inuentario, parte ſexta, numero ſecundo, ita diſtinguunt. Aut hæreditas eſt ſoluendo; & tunc hæres ſoluere cogendus eſt in pecunia numerata, argum. l. ſi pecunia, de leg. 2. l. hæredes, §. vlt. ff. famil. hercíſc. aut ſoluendo non eſt; & tunc hæres vendere tenetur res hæreditarias, ſi quis inueniri poſſit, qui abſque euictionis obligatione emere velit.

C Bartolus verò in d. §. & ſi præfatam, ita diſtinguit: vt ſi certum ſit res hæreditarias in domino fuiſſe teſtatoris, tunc hæres ea vendere teneatur, & ex precio ſatiſfacere, ſi reperiatur, qui emere abſque promiſſione euictionis velit: Si vero ſit dubium, an defunctus dominus fuerit rerum necne, tunc, ne hæres ab emptore vexetur euictionis nomine, vendere bona non tenetur. Bartolum ſequi videtur ibi Alexander, dum ad eum ſe remittit.

Baldus autem dicit, hæredem dare poſſe creditoribus bona vendenda cum proteſtatione, quod non intendat de euictione teneri. Alij aliter docent, ac diſtinguunt, vt videre licet ex Franciſco Burſato, in conſil. 9. libro primo.

Ego, ſi pecunia reperiatur in hæreditate ſufficiens ad ſatisfaciendum creditoribus, & legatarijs, non dubito, quin hæres teneatur, & debeat ex ea ſatisfacere. Cæterum, ſi non adſit pecunia ſufficiens, hanc eſſe puto Iuſtiniani ſententiam, vt ex ſuis proprijs pecunijs hæres co- D gi non poſſit ad ſoluendum, *ſed ex ipſis rebus defuncti, vel earum venditione; Ex ipſis rebus*: hoc eſt, ſi pecunia ſit relicta, ſeu debeatur illam creditoribus ſoluendo: ſi non ſit pecunia, ſed aliæ res, illas tradendo in ſolutum, ſi creditores velint accipere; Neque enim aliud pro alio inuito creditore ſolui poteſt, leg. 2. §. Mutui dátio, ff. ſi certum pet. Cæterum, ſi accipere recuſauerint, vendi debet ab hærede, & ex precio creditoribus ſatisfieri. Vendi inquam debet, eo modo, quo poterit iuſtè, & ſine læſione: ita vt euictionis periculo non hæredis bona (illum enim ab omni damno præſeruat inuentarium) ſed hæreditaria ſubiaceant. Quod ſi non inueniatur emptor, res addici poterunt ipſis creditoribus. argumento l. à Diuo Pio, §. ſi pignora, ff. de re iudicata.

CAPVT XL.

Vtrum pupillaris ſubſtitutio tacita, quæ in expreſſa vulgari continetur, locum habeat, matre exiſtente in medio.

EXiſtimo pupillarem ſubſtitutionem tacitã, quæ in expreſſa vulgari continetur, locum non habere matre pupilli viuente; quia illa ſubſtitutum excludit, ſucceditque filio in pupillari ætate præmorienti. Moueorque potiſſimum autoritate duarum legum, nempe, l. precibus, C. de Impub. & alijs ſubſtit.& l. vlt C. de inſtitut. & ſubſtit. Et quod attinet ad l precibus, illa verba perpendo & induco: *Nam non eſt incerti iuris: quod ſi quidem in patris militis poſitus poteſtate, primo tantum caſu habuit ſubſtitutum, & patri hæres extitit: eo defuncto ad te omnimodo eius pertineat ſucceſſio.*

Illa verba: *primo tantum caſu*, ſignificant vulgarem ſubſtitutionem expreſſam. Illa verba, *ad te omni modo eius pertineat ſucceſſio*, ſignificant matrem filio ſuccedere quandocunque morienti, ſiue in pupillari ætate, ſiue poſtea quandocunque ſunt enim generalia & præciſa valde, nec vllum excludunt tempus: vt nequaquam veriſimile ſit, tempus pupillaris ætatis excludi, ſi enim illud excluderetur, dicendum erat; *eo defuncto poſt pupillarem ætatem: vel eo defuncto pubere, ad te ſucceſſio pertinebit.*

Quod vero attinet ad l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit. monent me illa verba: *Nos itaque in hac ſpecie Papiniani dubitationem reſecantes, ſubſtitutionem quidem in huiuſmodi caſu, vbi poſthumus natus adhuc impubes viua matre deceſſerit, reſpuendam eſſe cenſemus. Tunc autem tantummodo ſubſtitutionem admittimus, cum poſthumus minimè editus fuerit, vel poſt eius partum mater prior deceſſerit.*

Præclarè Cuiacius lib. 12. Obſeru 27 ad finem: *Quia non tantum ea ratione vtitur l. vlt. Quod mater ſit cohæres adiecta filio, ſed quod æquum ſit, matrem, ad quam ſummus mæror morte filij peruenit, & amiſſi filij & luctuoſæ hæreditatis damnum non ſentire ex ſolo tacito intellectu pupillaris ſubſtitutionis quę ratio locum habet etiam matre filio cohęredi non adiecta, & ceſſat in alio legitimo hęrede.* Hactenus Cuiacius.

Et hanc eſſe communiorem Doctorum ſententiam non ignoro: ſed eam & probabiliorem contendo, Autores non laudo, quoniam in Scholis trita eſt quæſtio in explicatione d. l precibus, citantur fuſè à Trentacinquio de ſubſtitutionib. parte 1. cap. 11.

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere, quibus contraria nititur ſententia; vel etiam eas diluere obiectiones, quæ aduerſus argumenta noſtra afferri ſolent.

In primis Fulgoſius dicebat, non conſtare, an in facti ſpecie, de qua loquitur l. precibus, filius impubes deceſſerit, nec ne. Reſpondeo, ſatis eſt conſtare matrem eſſe admittendam ad ſucceſſionem, eo quãdocunque defuncto, ſiue ante, ſiue poſt pubertatem: quod probatur illis verbis: *Eo defuncto ad te* (Matrem) *omnimodo eius ſucceſſio pertineat.*

Secundò obijcit Salycetus, in ea ſpecie, de qua Imperator loquitur, ſubſtitutionem factam fuiſſe in primum caſum tantum; & ſic fuit ſubſtitutio duntaxat vulgaris quæ pupillarem non continebat. Reſpondeo, illa verba textus *primo tantum caſu* poſita eſſe ad differẽtiam ſubſtitutionis factæ in ſecundum caſum, vel expreſſa vel cõpendio, vt patet ex verbis ſequentibus: *Si verò*, inquit, *ſubſtitutio in ſecundum caſum*, &c. non autem ſignificant ita in primo caſu ſubſtitutionem factam, vt illa non poſſet comprehendere pupillarem tacitè iuxta eius vim & naturam, l. Lucius, ff de vulg.

Tertiò opponit Viglius in Inſtitut. de ſubſtit. nu. 16. textum in l. Lucius, ff. de vulg. in illis verbis: *Alter ſi eiuſdẽ ętatis liberi inſtituti inuicemque ſubſtituti fuiſſent, tunc enim altero defuncto intra pubertatem, eius ſucceſſio non ad matrem, ſed ad ſubſtitutum fratrẽ eius deuoluitur.* Quibus verbis probatur, pupillarem tacitam, quæ in reciproca continetur, matrem excludere: Ergò etiam tacita pupillaris, quæ in vulgari continetur matrem excludet Reſpondeo, pupillarem, quæ continetur in reciproca, non eſſe tacitam, ſed expreſſam verbis illis generalibus: *Vos inuicem ſubſtituo.* cenſentur enim filij generaliter ſubſtituti, tam in primum caſum, ſcilicet vulgaris, quàm in ſecundum, nempe pupillaris. Alia eſt ratio de tacita vulgari, quæ nullo modo ex verbis vulgaribus comprehenditur, illis nempe. *ſi hæres non erit*, ſed uenit ex tacito legis intellectu ac ſubtili quadam interpretatione; quæ proinde ceſſare debet matre exiſtente viua, ne à luctuoſa filij hæreditate excludatur.

Quartò obijcit idem Viglius l. vlt. C. de Inſtit. & ſubſtitut. perpendens in eius ſpecie matrem ſubſtituto præferri propter voluntatis coniecturam; Erat enim hæres adiecta. quo argumento vſus eſt etiam Vaſquius de ſucceſſ creat. lib 3. §. 15. tit. de Exemplari, num. 10. Reſpondeo, vt ſuprà dictum eſt, non eam ſolam rationẽ fuiſſe, quæ Imperatorem mouit; ſed quia non eſt æquum ei viſum, vt ex tacita quadam, ac ſubtili iuris interpretatione ac intellectu mater excluderetur.

Quintò adferunt contrariæ ſententiæ autores regulam cum limitatione, l Lucius, ff. de vulga. ex qua probatur vulgari expreſſa, contineri tacitam pupillarem, & nõ excipitur ille caſus, cum mater ſupereſt. Reſpondeo, alijs legibus ac rationibus excipiendum, vt docent argumenta communis ſententiæ.

Sextò, adferunt argumentum, taciti & expreſſi eandem eſſe virtutem, l. cum quid, ff. ſi certum petat. Et ideo ſicut expreſſa pupillaris matrem excludit, ita etiam tacita. Reſpondeo, in hac materia diuerſam eſſe rationem inter pupillarem expreſſam, & tacitam. Nam expreſſa vocat abſolutè ſubſtitutum, & conſequenter matrem ſed illum vocat ex tacito quodam intellectu, qui contra matrem locum non habet. Quædam alia ſolent adferri, ſed leuiora, quibus diligenter Trentacinquius reſpondit loco annotato, vt noſtro non ſit opus labore, nec res vllam habeat difficultatem.

CAPVT XLI.

Pupillaris ſubſtitutio tacita, an excludat matrem, quando ſubſtitutus eſt filius teſtatoris.

SEd & controuerſia eſt in eadem facti ſpecie. quid ſi ſubſtitutus non ſit extraneus, ſed filius teſtatoris, vtrum pupillaris ſubſtitutio tacita, quæ in expreſſa vulgari continetur, matrem excludat? & non excludere Bartolus reſpondit in d. l precibus, C. de impuber. & alijs ſubſtit. cuius ſententia communiter recepta eſt, vt latè adductis autoritatibus tradit Alexander Trentacinquius de ſubſtitutionibus in prima parte, cap. 12. num. 22.

Fundamentum vero eſt in eo poſitum: quod paterfamilias, qui ſubſtituit, magis filium diligere præſumatur, quàm vxorẽ, argum. l. iſti quidem, ff de eo quod metus cau. & eorum, quæ habentur in l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ. conſequenter præſumitur voluiſſe ſubſtitutum matri præferre.

Contrariam ſententiam amplexus eſt Baldus in dicta l precibus, numero decimoquarto, & Imolenſis in l. moribus, ff. de vulg & pupilla. & in capitulo Rainutius. in materia pupillaris ſubſtitut de teſtamen. quorum fundamentum eſt, quoniam pupilli bona & hæreditas magis debeatur matri quam fratri. Nam matri legitima debetur, & poteſt inofficioſum. teſtamẽtum dicere, l. nam etſi parentibus; ff. de inofficio. teſtamen. frater vero non poteſt, niſi turpibus perſonis inſtitutis, l. fratres, C. eod. tit.

Tertia eſt ſententia Alexandri in d. moribus, nu. 35.

quem

quem ſecutus eſt Decius in d. l. precibus, adhibendam eſſe hanc diſtinctionem: Aut filius impubes, cui facta eſt vulgaris ſubſtitutio expreſſa, adiuit hæreditatem patris, & ſic eſt commixta paterna cum pupillari, tunc procedat Bartoli ſententia; quia cum hæres pupilli ſit hæres teſtatoris, l. paterfamil. ff. de vulg. & pupill. l. vlt. C. de hæredib. inſtit. ratio Bartoli militat, & ratione commixtionis ſubſtitutus conſequitur, quod alias non conſequeretur: ſicut & aliquando contingere ſolet, vt in l. ſi communē, ff. quemad. ſeruit. amitt. Aut filius abſtinuit ab hæreditate paterna, & ſic tractamus ſolū de pupillari tacita, quoad bona ipſius pupilli; & tunc, quia Bartoli rationes ceſſant contraria ſententia locum ſibi vindicare poteſt.

Ego hac in re ſic ſtatuo, in propoſita facti ſpecie iniquum videri, vt ex tacita quadam interpretatione & intellectu, mater excludatur a luctuoſa filij ſucceſſione, quæ a lege ei defertur, ut notum eſt. Sed quoniam etiam frater pupilli vtrinque coniunctus vocatur vna cum matre. vt in Authen. Defuncto, C. ad Tertullian. opinor. ipſe hoc in caſu tacitam ſubſtitutionem eatenus ceſſare, vt filij defuncti ſucceſſio tam ad matrem, quam ad fratrem æqualiter diuidenda pertineat. Nec aliter præſumendum eſt voluiſſe teſtatorem. Eius enim voluntas talis eſſe præſumitur, qualis iuſtitia exigit, ut in l. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. ad Trebellian. & ibi Bartol. not. num. 4. Alexand. num. 9. Eſtque tritiſſima & receptiſſima propoſitio.

Nec me mouet, quod dicitur, patrem plus diligere filium, quam vxorem. Nam hoc dato non propterea præſumitur ita eum diligere, vt contra ius & æquitatem, debitam matri ſucceſſionem auferre velit, in re dubia & obſcura. Cur enim expreſſe filium, excluſa matre, non ſubſtituit, is qui tanto filios ſuos proſequitur amore? Neque verò leges patris erga filios amorem ita prædicant, ac præſumunt, vbi æquitas & ratio repugnat.

Porrò ad rem noſtram haud quaquam pertinet id, quod habetur in l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſis, quia agitur ibi de ſubſtitutione facta filio teſtatoris ita interpretāda, vt locum habeat, ſi filius abſque liberis deceſſerit, ne videatur teſtator propriæ ſoboli alienam anteponere. quæ ſanè iuſtiſſima eſt interpretatio. At hic longè diuerſa eſt ſpecies, & diuerſam habet rationem, vt dictum eſt.

Et licet hæres hæredis videatur hæres eſſe teſtatoris, vt Alexander diſtinguendo dicebat, nihil tamen id obſtat; quia id eſſet verum in propoſito, ſi ſuccederet ſubſtitutus excluſa matre pupilli; ſed hoc eſt, de quo diſputatur. Dicimus enim patris hæreditatem aditam, effectam eſſe patrimonium pupilli adeuntis, iuxta l. primā §. veteres, ff. de acquiren. poſſeſſ. ac proinde ad legitimos hæredes pertinere, matrem ſcilicet pupilli, & fratrem, niſi contraria ſit defuncti patrisfamilias voluntas, eaque euidenter appareat; non autem ex tacito intellectu; quia tacitus intellectus non eſt admittendus ad matrem excludendam a luctuoſa filij ſucceſſione, l. vltim. C. de inſtit. & ſubſtit.

CAPVT LXII.

Pupillaris ſubſtitutio expreſſa matrem a legitima an excludat: & quid in foro conſcientiæ?

NOn eſt dubium, quin ſubſtitutio pupillaris expreſſa matrem viuentem a legitima excludat; quoniam & iure Cæſareo, & Canonico id ſatis diſertè cautum videtur. Iure quidem Ciuili his verbis: *Sed neque impuberis filij mater inofficioſum teſtamentum dicit: quia pater hoc ei fecit*, vt in l. Papinianus, § ſed neque impuberis, ff. de inoffi. teſt. Nam ſi teſtamentum inofficioſum dicere non poteſt; neceſſe eſt affirmare ſubſtitutionē pupillarem (quod impuberis filij teſtamētum Iuriſcōſultus appellat) excludere matrem etiam a legitima; quia

A ſi non habet querelam, nec legitimam habere poteſt. Iure autem Canonico clarius his verbis: *Licet autem filius teſtamento ſuo matrem portione iure naturæ debita priuare non poſſit; pater tamen in teſtamento, quod filio impuberi facit, poteſt. Nam teſtamentum huiuſmodi pupillare paternum, vel paterni potius pars eſt teſtamenti.* vt in cap. primo, de teſtamentis, lib. 6. quam ob rem licet nonnulli Doctores contrarium ſcripſerint, vt videre licet ex Alexandro Trentacinquio de ſubſtitutio. parte ſecunda, capit. 16. non putabam tamen hanc inter controuerſias referendam. Sed vt eam inter controuerſias adſcripſerim Iacobus Menochius effecit, qui libro quarto, de præſumpt. capite trigeſimooctauo, latè hac de re diſſeruit, ac concluſionem firmauit ex iure ciuili; Matrem à legitima excluſam non eſſe, diſtinctione tamen adhibita inter bona patris & bona filij, hoc modo: vt quantum ad legitimam filio debitam ex bonis patris, & ad alia bona, quæ filius habet, mater nequaquam excludatur à le- B gitima per pupillarem ſubſtitutionem; Secus autem, quantum ad alia patris bona. Argumenta eius hæc ſunt; Qui non poteſt per ſe aliquid facere, non poteſt per alium; Sed filius per ſe matrem excludere non poteſt: Ergò nec per patrem ex pupillari ſubſtitutione, quæ eſt teſtamentum filij; & ex alterius facto, nempe patris nō debet matri legitima auferri; nec priuilegium; quod pater habet teſtamentum faciendi pro filio, in præiudicium matris operari. Et ad text. in l. Papinianus. § ſed neque impuberis, reſpondet non eſſe bonam conſequentiam: querelam non habet, ergò nec legitimam. ſicuti nec bona eſt illa conſequentia: Querelam habet, ergò & legitimam. Et denique legitimam matri deberi condictione ex l. omnimodo, C. de inoffic. teſtamen. & ſimilibus. Sed ſummi Iuriſconſulti bona pace, hæc non videntur rectè conſiſtere. Nam quod primo dicit, expreſsè confutatur ex dicta l. Papinianus, § ſed neque impuberis, vbi patet patrem, qui teſtamentum facere di- C citur pro filio, matrem exhæredare poſſe, quod certè filius facere non poſſet, ſi teſtamentum faceret. Ergò poteſt per alium hoc in caſu, quod non poteſt per ſe; Ergò poteſt pater pupillariter ſubſtituere in præiudicium matris. Quod verò ſecundo loco dicit, non rectè dici: querelam non habet, ergo nec legitimam, & contrà, confutari poteſt ex ratione: Quia inofficioſi teſtamenti querela non datur niſi ijs, quibus legitima debetur. Et quod dicit ipſe fratri querelam competere turpi perſona inſtituta, & tamen legitimam non deberi, refellitur ex text. in Authent. de hæred. & Falcid. §. primum itaque, vbi Iuſtinianus dicit legitimam deberi filijs, nepotibus, patribus, atque matribus, & interdum etiam fratribus, videlicet, cum turpis perſona eſt inſtituta. Denique quod ſcribit, condictione ex lege legitimam peti poſſe, mihi non probatur: Quia hæc condictio datur ijs, quibus querela inofficioſi teſtamenti competit, vt patet ex l. omnimodo, C. de inofficioſo teſtamen. ibi: D *Et in certis caſibus, in quibus de inofficioſis defunctorum teſtamentis, vel alio modo ſubuertendis moueri ſolebat actio, certa & ſtatuta lege tam mortuis conſulere, quam liberis eorum, vel alijs perſonis, quibus eadem actio competere poterat*, &c. Quibus verbis patet, condictionem ex lege illa, ijs tantum perſonis datam, quibus querela inofficioſi competit, vt ſcilicet hæc loco querelæ ſubrogetur.

Controuerſia etiam eſt, an etiam in foro conſcientiæ hæc concluſio ſibi locum vendicet. Etenim, ſunt qui negant grauiſſimi autores, quippe matri legitimam in foro conſcientiæ debitam eſſe exiſtimant Archidiaconus, in capitulo primo, de teſtamentis libro ſexto Decius, ad l. precibus, numero decimo, C. de impuber. Alciatus, de quinque pedum præſcript. in principio, alios citat Trentacinquius, loco proximè citato, numero quinto. Fundamentum eſt in capitulo vlt. 17. quæſtio. quarta, ex quo ſumitur argumentum eiuſmodi: Sicut parentes tenentur filijs legitimam relinquere, ſic & filij

P.rentibus,l.nam etſi parentibus,ff.de Inoffic.teſtamen. Sed parentes qui filios exhæredant,etiam inſtituta eccleſia,peccant,nt habetur in dicto cap.vlt. Ergo ſimiliter & filij peccant; conſequentet in foro conſcientiæ legirima matri relinquenda eſt,& ſic debetur. Et eiuſmodi leges veluti contra iuſtitiam & pietatem ſeruatidæ non videntur in foro conſcientiæ.

Cæterum,contrariam ſententiam & communiorem eſſe conſtat,& probabiliorem eſſe non dubito.Communiorem eſſe patet ex Trentacinquio, loco annotato, vbi citat Lancellot. Decium, Curt. Alciat. Socin in dicta l. precib.Ripam,in l.2.ff de vulg. Zaſium, Vaſque.Couuar. & alios.Eſſe verò probabiliorem,illud argumentum demonſtrat, quod Sacris Canonibus recepta ſit hęc lex, quæ matri legitimam hoc in caſu auſert, nulluſque locus reperiatur,quo declaretur id in foro conſcientiæ locum non habere, nullaque ratio id euocat. Nam iure ciuili & poſitiuo conſtitutum eſt, vt filio mater ſuccedat olim enim ex duodecim tabularum lege à ſucceſſione excludebatur. Et licet ratio quædam naturalis ſuadere videatur ac ſuaſerit, ut lex conderetur, qua ſucceſſio matri deferatur,non tamen ſequitur,quin contrarium in aliquo caſu decerni potuerit.Hoc autem in caſu ita conſtitutum eſt: quia multas ob cauſas expediebat, nt parentibus liceret filijs in poteſtate conſtitutis pupillariter ſubſtituere: Et quia pater eſt,qui teſtamentum facit,ac ſubſtituit, non cogitur inſtituere ſiue ſubſtituere matrem pupilli; facit enim principaliter teſtamentum pro ſe; & ſubſtitutio eſt ſequela paterni teſtamenti: nulla verò eſt lex quæ ad matrem pupilli teſtatoris coniugem hæredē inſtituendam hortetur aut inducat; nulla ratio ſuppetit, multi enim alij ſunt, qui in ſucceſſione matri præferuntur. Et hoc eſt,quod Summus Pontifex perpendit,hoc nō eſſe pupilli filij teſtamentum,ſed patris, ſiue paterni teſtamenti partem.

Ex hic patet ad argumentum ſolutio; quia illud habet locum vbi filius teſtamentum facit,non vt in caſu iſto, quando pater eſt qui teſtatur.

CAPVT XLIII.

Ad interpretationem l.precibus,C.de impuber & alijs ſubſtitut. & l.Centurio,ff de vulg. & pupilla. Controuerſia vna.

INſignis diſputatio eſt & controuerſia inter Doctores circa interpretationem l. precibus, C.de impub. & alijs ſubſtit.& l.Centurio,ff.de vulg. Sic enim ſcribunt Diocletianus & Maximianus,in d.l.precibus(referam autem verba,de quibus eſt controuerſia) *Si vero ſubſtitutio in ſecundum caſum, vel expreſſa, vel compendio, non uſque ad certam ætatem facta reperiatur: ſiquidem intra pubertatem deceſſerit, eos habeat hæredes, quos pater ei conſtituit, & adierint hæreditatem. Si verò poſt pubertatem; tunc eius te ſucceſſionem obtinente, veluti ex cauſa fideicommiſſi, bona, quæ cum moreretur, patris eius fuerunt, a te peti poſſunt.*

Verba autem Papiniani hæc ſunt in d. Centurio: *Centurio filio, ſi intra viceſimum & quintum ætatis annum ſine liberis vita deceſſerit, directo ſubſtituit: Intra quatuordecim annos etiam propria bona filij ſubſtitutus iure communi capiet: poſt eam autem ætatem, ex priuilegio militum paternis duntaxat, cum fructibus inuentis in hæreditate.*

Communiter exiſtimatum eſt, hanc eſſe Papiniani ſententiam,ut ſubſtitutus iure directo hæreditatem obtineat: Diocletianum autem hoc vele, vt non iure directo,ſed fideicommiſſi obtineat ac petat Quapropter, circa conciliationem harum legum hactenus concertatum eſt. Non eſt animus mihi omnium ſententias huc adferre; nec enim operæ pretium facerem. Referam duntaxat ex antiquis quatuor præcipuas interpretationes. Tum nouam Duareni, ac poſtremam Cuiacij, quæ mihi omnium veriſſima videtur. Sed præſtat acumen an-

A tiquorum videre, etiam ſi non collimauerint ad ſcopum; ſic enim quæ ſit vera ſententia facilius poterit intelligi.

Prima eſt ſententia Accurſij Imperatoris. legem locum ſibi vindicare cum mater viuit, ita enim loquitur. tunc enim æquum eſt & vtile matri, & ſubſtitutio ſit fideicommiſſaria: Cæterum, ſi mater non ſit in medio, ſubſtitutio iure directo valebit, propter priuilegium militare. Eandem ſententiam ſecutus eſt Zaſius de ſubſt. cap.5.

Reprobant verò hanc ſententiam Paulus Caſtrenſ. Iaſon & Decius, in dicta l.precibus, Alexand.in dicta l. Centurio. Viglius in § qua ratione,in Inſtitut.de pupill. ſubſtitut.quia matris fauor & commodum tunc ſpectari ſolet, cum de hęreditate filij agitur, non autem cum agitur de hæreditate patris; quia mater aliquem fauorē meretur, quoad filij ſui hæreditatem, non autem quoad hæreditatem viri ſui.

B Secunda eſt ſolutio Bartoli & Alexandri in d.l.Centurio. Iuriſconſultum loqui,cum teſtator vſus fuit verbis directis. Imperatorem autem, cum uſus eſt uerbis communibus,ſicut eſt uerbum ſubſtituo: tunc enim poſt pubertatem in fideicommiſſum vertitur.

Damnant hanc expoſitionem Iaſon in dicta l.precibus,& Cagnolus ibid.num.152. Viglius & Zaſius locis annotatis, & præter eos Duarenus lib. 2. Anniuerſariar. diſputat.cap 7. *Qui negant*,inquit,*in ea ſpecie ſubſtitutionem directo, & verbis ciuilibus factam fuiſſe* (loquitur autem de l.precibus) *conuincuntur verbis Diocletiani: cum ait: ſecundum hęredem ſcripſiſſe.*

Tertia eſt ſententia Fulgoſij, quam alij ſecuti ſunt, vt per Iaſonem in dicta l precibus, Couuar in capit. Raynutius,§ 9 de teſtamen. Viglium dicto § qua ratione, Inſtitut de pupil.ſubſtitu Vaſqui.de ſucceſ. creat lib.ſecundo,§.18 titu.de Compendioſa,nume. 116 etiam in ea ſpecie, de qua loquitur Imperator, ſubſtitutum iure directo C ſuccedere. Nec obſtant illa verba, *veluti ex cauſſa fideicommiſſi*; quia non ſignificant eſſe fideicommiſſum, ſed ad ſimilitudinem fideicommiſſi locum eſſe ſubſtitutioni Similitudo autem in eo eſt poſita, quod per fideicommiſſum ſuccedit ſubſtitutus teſtatori, non autem grauato,l.cohæred.§.cum filiæ,ff.de vulga. & pupilla. Ideo etiam apud Imperatorem ſubſtitutus in bonis tantum teſtatoris ſuccedere dicitur.

Non placuit hæc ſententia Alexandro, in dicta l.Centurio,nec Caſtrenſi,neque Decio,neque Cagnolo; quia ſi iure directo ſubſtitutus ſuccederet in ea ſpecie,de qua loquitur Imperator, non eſſet neceſſe petere bona, ſed propria autoritate illa poſſet accipere. Præterea, dicit textus bona peti poſſe. *Patri duntaxat, quaſi ex cauſſa fideicommiſſi*.Ergo implicat, ſi dicatur peti poſſe iure directo.

Quarta fuit ſententia Benedicti Plumbini, quam v-D terque Decius ſecuti fuere Lancellot. & Philippus: Papinianum loqui cum teſtator vſus eſt verbis directis, vt patet ex illis uerbis: *Directo ſubſtituit* At Diocletianum loqui,cum teſtator vſus eſt verbis obliquis, nempe, fideicōmiſſum impotrantibus,quod probatur iuris præſumptione: Nam miles præſumitur teſtatus iure communi in l.in teſtamento. C. de milit. teſtam. Ius autem commune vetat,poſt pubertatem directò ſubſtitui,l.verbis ciuilibus,ff de vulg.

Non placet hæc ſententia; quia vt ſupra dictum fuit, etiam in ſpecie d.l. precibus, teſtator vſus fuiſſe videtur verbis directis, quia textus dicit, *ſecundum hęredem feciſſe*, quæ verba procul dubio ſunt directa.

Quinta igitur eſt Franciſci Duareni ſententia libro ſecundo. Anniuerſariarum diſputat. capitulo ſeptimo, quam eiuſdem verbis referre placet. Cur enim alia, quam elegantiſſimi Doctoris verba referrem? Sic ait relatis verbis d l. Centurio, *Ex quibus uerbis*, inquit, *colligimus cum pater, idemque miles ſubſtituit directò filio ſuo, ſi intra uiceſimum & quintum annū deceſſerit, multū*

referre,

referre, an filius deceſſerit impubes, an poſt pubertatem: Nã ſi deceſſerit impubes, ſubſtitutus capiet iure communi bona propria filij, tanquam ex pupillari ſubſtitutione, quia ſubſtitutio pupillaris ad bona impuberis pertinet: Si verò iam pubes filius deceſſerit, ſubſtitutus, propter priuilegium militis, bona capiet tantùm paterna: Subſtitutio enim militaris ad alia bona, quàm militis non porrigitur, l. 5. ff. de milit. teſt. Quod autem Papinianus reſpondit, ſubſtitutum bona teſtatoris capere cum fructibus inuentis in hæreditate, argumento eſt hanc ſubſtitutionem fideicommiſſariam non eſſe, cùm fructus inuenti in hæreditate non reſtituantur fideicommiſſario, l. in fideicommiſſaria ff ad Treb. Qua tamẽ in re magna contentio eſt Doctorum Scholaſticorum, propter ſubobſcura Diocletiani verba, C. de Impuberum, & alijs ſubſtit. c. 8. Quibus ſignificare videtur, poſt pubertatem iure tantum fideicommiſſi ſubſtitutionem huiuſmodi valere. Si verò, inquit poſt pubertatem te eius ſucceſſionem obtinente, velut ex cauſſa fideicommiſſi, bona, quæ cum moreretur patris eius fuerunt, à te poſſunt peti. Verum hic mihi videtur eorum verborum ſenſus eſſe: hanc ſubſtitutionem, quæ directa eſt, perinde valere, ac valeret iure fideicommiſſi, ſi verbis fideicommiſſi facta eſſet: Nam certi iuris eſt, valere fideicommiſſum poſt pubertatem, l. cohæredi, § cum filij. ff de vulg. Sed quia verbis ciuilibus directò hic ſubſtituerat teſtator, dubitabatur an valeret. Et Diocletianus animaduertens militem eſſe teſtatorem, ita reſcribit, vt iam diximus, oſtenditq́; militem non minus directò ſubſtituere poſt pubertatem poſſe, quàm ex cauſſa fideicommiſſi: Hęc autem verba; te eius ſucceſſionem obtinente, &c. ſic accipienda ſunt, vt mater ſuccedat filio, ſubſtitutus bona teſtatoris capiat: quia non iure communi, ſed militari priuilegio ſuccedit. Sed cur ſubſtitutus petere dicatur à matre, dixerit aliquis? Reſpondeo, expoſuiſſe fortaſſis mulierem in libello precum, ſe occupaſſe omnia bona tam patris, quàm filij, & conſuluiſſe Imperatorem, an ſubſtitutus ea bona petere ab ea poſſet. Cui reſpondet Imperator, ſubſtitutum bona petere poſſe, non filij, ſed teſtatoris. Hactenus ille.

B

Sed hæc elegantiſſimi iuxta, & doctiſſimi viri ſententia nullo modo nobis probatur. In primis id, quod dicit, illa verba l. Centurio, quibus dicitur, bona eſſe reſtituenda cum fructibus inuentis in hæreditate, argumento eſſe, non ibi agi de fideicommiſſaria reſtitutione; quia fructus non veniunt, l. in fideicommiſſaria, ff. ad Trebell. Id inquam nullo modo placere poteſt: quia textus in l. in fideicommiſſaria, non loquitur de fructibus inuentis in hæreditate, ſed de fructibus perceptis ab hærede grauato, quos, ſi non ſit in mora, reſtituere non tenetur. Cum verò aliquis fideicommiſſi reſtitutionem iniungit omnium bonorum, ſine dubio etiam fructus tempore mortis teſtatoris inuenti in hæreditate in reſtitutionem venient: nam & ij bona ſunt, & in hæreditate continentur, quæ reſtituenda eſt, vt in l. poſtulante, §. vlt. ff. ad Trebellianum, l. vſuſructu, 24 ff de vſuſru. leg. & declarat Cuiacius lib vndecimo Obſeruat. cap. 25. l. 1. C. de his quib. vt indig.

C

Quod verò putat iure directo ſubſtitutum ſuccedere apud Diocletianum, & ſenſum eſſe illum, quem dicit, ſubſtitutionem iure directo in ea ſpecie valere, perinde, ac valeret iure fideicommiſſi, ſi verbis fideicommiſſi facta eſſet, in eo grauiter errat; Quia nimis diſerta, & clara ſunt verba textus: *Bona veluti ex cauſſa fideicommiſſi peti poſſe.* Si hoc ſenſiſſet Imperator, quod Duarenus ſcribit, non ita dixiſſet, ſed potius bona peti poſſe perinde, ac peti ſi fideicommiſſum extitiſſet, potuiſſent.

D

Vera igitur hæc eſt interpretatio, & ſententia, & Papinianum, & Diocletianum idem reſpondiſſe: nempe, ſubſtitutum bona ex fideicommiſſo petere poſſe; non autem iure directo, quæ ſententia eſt Iacobi Cuiacij, neque enim, quæ aliorum ſunt, mihi arrogare ſolitus ſum. Is enim lib. 12. Obſeru. cap. 27. ſcribit in hæc verba: *Certi iuris eſt, non poſſe quenquam ſubſtituere poſt pubertatem. Quod enim receptum eſt, vt pater filio impuberi ſubſtituere*

A

re poſſit, eo receptum eſt; quia impubes teſtamentum facere non poteſt. Nullo autem modo tolerari poteſt, vt ei, qui heredem facere poteſt, tu hęredem des, adeò, vt ne rogari quidem poſſit, vt aliquẽ hęredem faciat, l. ex facto. in prin. ff ad Trebel. Quare poſt pubertatem fruſtra ſubſtituimus liberis noſtris pupillariter & directò. Nam per verba fideicommiſſi poſſumus eam ætatem egredi, l. cohæredi, § cum filij. ff de vulg § vlt. Inſtit. de pupil. ſubſtit. & de vulgari ſubſtitutione non eſt quærendum, an egrediatur pupillarem ætatem. Cum ætas & tempus vulgari ſubſtitutioni non opponatur. Solus tamen miles egreditur pupillarem ætatem, l. in teſtamento, C. de teſtam milit. l. precibus, C. de impub. verbis ſcilicet directis, non ſimiliter, hactenus vt verba directa poſt pubertatem trahantur ad fideicommiſſum, ſiue mater in medio ſit, ſiue alius agnatus: nam licet in l. precibus, mater in medio ſit, tamen in l. Centurio. ff de vulg ſubſtit. generaliter ait Iuriſconſultus, ſubſtitutũ ex priuilegio militis capere bona militis, non bona filij: Venire igitur eum iure fideicommiſſi: nec enim illa ratio idonea eſt. Cur non capit, niſi bona militis? quia priuilegium militis non debet cuiquam fraudi eſſe: at ſi legitimis hęredibus filij hæreditatem adimeret, illis iniuriam faceret. Immò, quia ſubſtitutus venit iure fideicommiſſi, & fideicommiſſo non continentur bona propria filij, l. cohæredi, § quod ſi hęredem, ff de vulg. ſubſt. Falluntur igitur interpretes in l. precibus, qui quando mater in medio eſt, non alij hęredes, putant militarem ſubſtitutionem trahi ad cauſſam fideicommiſſi. Denique priuilegium militum in eo eſt, quod facta ab his vltra pubertatem directa ſubſtitutio. inutilis non eſt, paganorum autem inutilis; vt nec ad cauſſam fideicommiſſi proficiat. Hactenus ille. Idem ferè idem Cuiac. lib. 11. c. 25. His exceptis, quæ ex Cuiacio & Duareno retulimus: cætera Doctorum placita latè & accuratè expendit nouiſſimè Menochius de præſumpt. lib 4 præſumpt. 52. quem poſtea legi.

C

CAPVT XLIV.

De compendioſa ſubſtitutione impuberi filio facta à pagano verbis directis, an filio poſt pubertatem mortuo, valeat vt fideicommiſſaria?

CAeterum, ſi non miles, ſed paganus filio ſuo impuberi ſubſtituerit, alium hæredem compendioſè, ſed verbis directis, controuerti ſolet, an filio poſt pubertatem vita functo locus ſit ſubſtitutioni, quaſi ex cauſſa fideicommiſſi, ita, vt directa ſubſtitutio trahatur ad fideicommiſſum, quæ quidem quæſtio olim difficillima exiſtimata fuit, vſque adeò, vt Carolus Ruinus, Alciato teſte, lib primo. Paradoxorum, cap. quinto, in auditorio eam indiſſolutam reliquerit, eo, quòd ſibi licet, ſumma diligentia veſtiganti, non ſatis perſpectam eſſe diceret. Et ſanè diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ, vt

D

videre licet ex Didaco Couuarru. ad cap. Rainucius, §. 9. numero 15. de teſtament. ex Doctoribus qui ſcripſerunt in l. Centurio, ff. de vulgar. & ex alijs, quos commemorat Vaſquius de Succeſs. creat. lib ſecundo, §. 18. titu. de Compendioſa, numero 64. Mantica, de Coniect. vltim. volunt. lib. ſeptimo, titu. tertio, numero quinto, ſexto. Alexandro Trentacinquio, de Subſtitutionibus, parte quarta, cap. 9. Menoch. de præſumptio. lib. quarto, præſumpt 55.

Ego in argumentis recenſendis, ac tota huius rei diſputatione inſtituẽda, nunc minimè verſabor, quoniam vulgata ea ſunt, & diſcuſſa in locis ordinarijs, vt nec maiorem lucem & ordinem à me requirant, quid ipſe iuri conſentaneum exiſtimem, paucis explicabo, tum argumenta diluam contrariæ ſententiæ.

Ego eam ſententiam amplector, quę ſubſtitutionem, qua de agitur ad fideicõmiſſum trahi poſſe negat, vtorque autore etiam hac in re Iacobo Cuiacio, lib. 11. Obſeruat. cap. 25. necnon argumentis eiuſdem, quorum illud

lud eſt primum; Verbis ciuilibus ſubſtitutionem poſt decimum quartum annum fruſtrà fieri, l. verbis ciuilibus, ff. de vulg. Non ignoro commune reſponſum fruſtrà fieri, vt valeat iure directo: ſed non vt valeat iure fideicommiſſi, quæ reſponſio bona eſſet, ſi alia lege probari poſſet valere iure fideicommiſſi. A

Secundum argumentum eſt. Quoniam, vt talis directa ſubſtitutio poſt pubertatem filio moriente ad fideicõmiſſum trahatur, ſpeciali quodam priuilegio in militibus eſt conſtitutum, vt patet ex d. l. Centurio, ff de vulg. & l. precibus, C. de impub. & alijs ſubſtit. & in præcedenti capite explicatum eſt. Ergo In Paganis regula eſt contraria; nempe, directam ſubſtitutionem poſt pubertatem non valere, ſed fruſtrà eſſe factam, nullius momenti eſſe, ac in fideicommiſſariam verti non poſſe.

Tertium argumentũ eſt ex l. Scęuola, ff ad Trebel. ibi enim benigna interpretatione ſubſtitutio directa trahitur ad fideicommiſſum, quia facta eſt in Codicillis, & quia pupillus impubes eſt mortuus, vt ſcilicet, quod non poteſt valere quaſi teſtamentum pupillare, valeat quaſi B Codicillus eiuſdem ab inteſtato. Igitur his ceſſantibus, dicendum eſt non valere, ſecundum tritiſſimas, & omnibus notas iuris regulas.

Primum argumentum contrariæ ſententiæ eſt in cap. Rainucius, de teſtamen. in illis verbis: *Adiectę verò impuberi reliquit certa bona ſua, adijciens, vt Alterocha, & ſoboles quam geſtabit in vtero, eidem impuberi ſuccederent, ſi abſque liberis, moreretur*, &c. Ex quibus verbis patet factam fuiſſe compendioſam ſubſtitutionem impuberi, verbis directis, quia illa verba: *Eidem impuberi ſuccederent*, ſunt directa.

Reſpondeo, illa verba non eſſe directa, nec vllo iure id probari poſſe, & quanquam Baldus, & alij id dicant, tamen alij contrarium docent, vt ſcribit Couuar. ad d. c. Rainucius, §. 9. nu. 5. verſ. item verbum ſuccedat. Quamobrem, & imprudenter locutus eſt Cuiacius loco ſupra proximè citato, dum dixit, iure Pontificio in propoſita quæſtione noſtra verba directa ad fideicommiſſum trahi, & ea In re Pontifices erraſſe. Non hoc Pontifices dixerunt, nec ſtatuerunt, & conſequenter, nec errauerunt, ſed ille errauit, temerè eorum verba interpretatus: quanquam hoc excepio, veram ſententiam hac in re mihi videtur amplexus. C

Secundum argumentum eſt, ex d. l. Scęuola, ff ad Trebell. ſed, vt ſupra dixi, potius fauet ſententiæ noſtræ illa lex, cùm ex benigna interpretatione directa ſubſtitutio ad fideicommiſſum ibi trahatur fauore pupilli; & quia facta eſt in Codicillis, vt dictum eſt, quibus rationibus ceſſantibus, contrarium omninò nobis hic reſpondendum videtur.

Tertium argumentum eſt ex l. precibus, in fine, C. de impub. & alijs ſubſtit. ſed reſpondeo ibi directam ſubſtitutionem à milite factam fuiſſe, ideo in fideicommiſſariam conuertitur iure quodam ſingulari; nos verò loquimur de tali ſubſtitutione à pagano facta, in qua proinde contraria videtur eſſe iuris regula. D

Poſtremum argumentũ eſt, quia verba directa quandoque trahuntur ad fideicommiſſum. l. filiusfamilias, §. vt quis hæredem, de leg. 1. l. ex facto, ff. ad Trebell. l. vlt. C. de hæred. inſtit. Reſpondeo, non eſt bona conſequentia. Ergo trahuntur etiam in ſpecie iſta; quia in dictis legibus verba teſtatoris relata ſunt ad hæredem, quæ proinde facilè fideicommiſſum inducere poſſunt. Quare, vt habetur in dictis legibus, ſi quis rogatus fuerit, vt aliquẽ hæredem faciat, id accipiendum erit, vt fideicommiſſo rogatus eſſe videatur hæreditatem reſtituere. Non ergo, ſi in eo caſu ita conſtitutum eſt, iccirco idem in caſu noſtro reſpondendum erit, qui & longè diuerſus eſt, & diuerſam habet rationem.

CAPVT XLV.

Quid ſi eadem compendioſa ſubſtitutio filio impuberi verbis communibus facta fuerit, & mater ſit in medio, an moriente in pupillari ætate filio ſit directa, vel omni tempore fideicommiſſaria.

IN hac celebri controuerſia ſimiliter, vt in præcedenti, quid ipſe ſentiam, paucis indicabo. Autores, & argumenta hinc inde videri poſſunt, ex recentioribus, Franciſco Burſato in conſil 8. Mantica de coniecturis vltimarum volunt. lib. 7. tit. 6. nu. 16. Alexandro Trentacinquio de ſubſtitutionib parte 4. cap. 11. Couuarr. in capit. Rainucius. § 9. num. 15. de teſtam. Menoch. de præſumption. lib. 4. præſumpt. 54.

Ego eorum ſententiam magis probo, qui docuerunt ſubſtitutionem compendioſam verbis communibus factam à pagano, filio impuberi, non omni tempore fideicommiſſariam intelligi, ſed, filio ante pubertatem moriente directam pupillarem cenſeri, poſt pubertatem verò moriente, fideicommiſſariam, quod vltimum omnes fatentur.

Mouet me textus in cap. ſi pater, de teſta. lib. 6. *Si paterfamilias, inquit, filium, & filiam habens impuberes, filiam in re certa, filium verò in cæteris bonis ſuis vniuerſalem hæredem inſtituit, & vxori aliqua in ſuo teſtamento leganit, adijciens ut ſi decederet filia ſine liberis eidem filio, & ſi ipſe abſque liberis obiret, filius præfata filia ſua moreretur, Chriſti pauperes inſtituendo hæredes, ſi vtrumque ſine liberis mori contingeret filiorum. Teſtatore mortuo, ac deinde filio ſubſequenter, & filia (ſuperſtite matre) defunctis ante tempora pubertatis abſque detractione Trebellianica, ſiue partis iure naturę debita facienda, ipſis pauperibus bona omnia deferuntur. Prędictę namque ſubſtitutiones factæ de filio ad filiam; & contra de illis ad pauperes, directę debent intelligi pupillares. Cum in ſubſtitutionibus ſemper interpretatio ſit facienda, dũmodo, ſicut in caſu propoſito, earum verbis, & perſonis conueniat inſiſtentis, ut ſubſtitutio directa intelligatur potius quam obliqua*, &c.

Hic perpendo maximè Pontificis Maximi reſponſum in verſiculo: *Cum in ſubſtitutionibus*, &c. Nam ſi ſemper in ſubſtitutionibus hæc eſt interpretatio facienda, vt potius directæ ſint quàm obliquæ, cum id verbis earum, & perſonis conuenire poteſt; optimè infertur, eodem modo accipiendam eſſe ſubſtitutionem, de qua agitur; quoniam hæc interpretatio, & verbis & perſonis maximè conuenit. Verbis quidem: quia ſunt communia, & ſic tam ad directam, quàm ad obliquam ſubſtitutionem accommodari poſſunt. Perſonis autem; quia filius eſt impubes, cui ſubſtitutio eſt facta, eique melius conuenit pupillaris directa, quàm fideicommiſſaria: Nam directa pupillaris eſt teſtamentum filij, & nullum continet onus: Fideicommiſſaria verò onus continet fideicommiſſi, & patris eſt, non filij teſtamentum. Quamobrem potius credendum eſt, patrem ea ſubſtitutione teſtamentum pro filio facere voluiſſe, quàm eum fideicommiſſo in pupillari ætate onerare.

Sed argumenta refellenda ſunt ſigillatim, quibus contraria nititur ſententia.

Primum eſt, ex generali quodam pronunciato, vnum & idem verbũ, plura tempora reſpiciens ea debet æqualiter determinare, l. iam hoc iure, ff. de vulg. Ergo verba communia, quæ hic reſpiciunt tempus pubertatis, & tẽpus poſt pubertatem, debent omnia æqualiter determinare; & ſicut tempus poſt pubertatem, ita determinant, vt ſubſtitutio intelligatur eſſe fideicommiſſaria: ita etiã determinare debent tempus ante pubertatem.

Reſpondeo, argumentum procedere, vbi eadem eſt ratio in omni tempore, ſed hic ratio diuerſa eſt; quia ante pubertatem valere poteſt, vt ſubſtitutio directa: Poſt pubertatem verò non poteſt valere, vt directa, ideo neceſſe

eſt,

eſt, vt ad fideicommiſſum trahatur, & aliæ ſunt rationes ſpeciales, quibus nititur Iuriſconſulti reſponſum in d. l. iam hoc iure; quæ non habent locum in hac ſpecie noſtra.

Secundum argumentum. Vna & eadem res diuerſo iure cenſeri non debet, l. eum qui ædes, ff. de vſucap. hic autem diuerſo iure cenſeretur, ſi ſubſtitutio ante pubertatem eſſet directa, & poſt fideicommiſſaria. Ergo, &c. Reſpondeo, regulam non habere locum, vbi diuerſitas eſt temporis, ut hic, argumen. l. Pomponius, 2. ff. de neg. geſt. & patet ex l. precibus, C. de impub. & alijs ſubſtitut.

Tertium argumentum. Non debet fieri voluntatis diuiſio. l. eum qui, §. vlt. ff. de his quib. vt indig. Sed hic fieret diuiſio. Ergo, &c. Reſpondeo, voluntatis diuiſionem fieri non poſſe, in hoc ſenſu, vt pro parte valeat, & pro parte non ualeat: ita loquitur propoſitio argumenti, ac proinde non attingit rem noſtram.

Quartum argumentum eſt ex ca. Raynucius, de teſta. Reſpondetur, non hoc ibi eſſe conſtitutum, omni tempore fideicommiſſariam eſſe ſubſtitutionem, & filium ibi deceſſiſſe poſt pubertatem.

Quintum argumentum. In dubio eſt illa interpretatio accipienda, quæ matri magis fauet, l. qui duos, § 1. ff. de reb. dub. l. vlt. C. de inſtitut. & ſubſtit. Reſpondeo, negando regulam, ſeu propoſitionem generaliter veram eſſe, ſicut in argumēto dicitur, nec ea probatur ex allatis legibus, licet ex certis circumſtantijs facti, matri pupilli fauendum illis in caſibus eſſe conſtitutum ſit; Sed ex vno vel altero peculiari caſu non rectè quis generalem conſtituit propoſitionem, ſicut ſi dicatur Petrus currit, Titius currit, ergo omnes currunt.

Sextum argumentum. Pupillaris ſubſtitutio tacita matrem non excludit, l. precibus. C. de impub. & dictum eſt ſuprà Ergo nec compendioſa, quæ tacitam continet pupillarem. Reſpondeo, compendioſam ſubſtitutionem continere in ſe pupillarem, non ex quodam tacito intellectu, ſicut vulgaris expreſſa, ſed ex natura ſua, & voluntate clara teſtatoris, quia compendioſa continet plura tempora, vt quandocunque filius deceſſerit ſiue ante, ſiue poſt pubertatem, ſubſtituto locus ſit; alia ratio eſt in vulgari expreſſa, quæ pupillarem continere dicitur non ſuapte natura, ſed ex quodam tacito intellectu, ac ſubtili interpretatione, quæ proinde contra matrem valere non debet.

Vltimum argumentum eſt ex d. l. precibus, C. de impub. quatenus ibi directa ſubſtitutio trahitur ad fideicōmiſſum fauore matris viuentis. Reſpondeo, nil valere iſtud argumentum, quia ad fideicommiſſum trahitur illa ſubſtitutio ibi, quando filius poſt pubertatem moritur ſecus quando ante pubertatem.

CAPVT XLVI.

De ſubſtitutione facta in caſu, quo filij naſcituri decedant abſque liberis, an locum habeat, filijs non natis.

Hic præterire non poſſum inſignem in hac eadem materia controuerſiam ſuper qua ſententiam Iudex protuli in ciuitate Placentia, nunquam enim e memoria excidet nobiliſſima illa ciuitas ſummis Doctoribus, ac viris præſtantiſſimis referta, cuius & ipſe ciuis tunc factus fui, cùm ibi Iudex cauſſarum fiſci, & conſiliarius iuſtitiæ eſſem. Confiſcata fuere bona Equitis Scipionis Aſinelli, ea ſibi reſtitui petebat D. Octauius Aſinellus ex fideicommiſſo uocatus D. Ioannis Baptiſtæ Aſinelli. Is teſtamento condito hęredem inſtituerat filium, & poſt eum eiuſdem filium primogenitum naſciturum, & primogeniti primogenitum, vſque in perpetuū. Moriente verò filio ipſius hærede inſtituto, & eius filio primogenito, ac cæteris deinceps primogenitis, ita ut nullus ſupereſſet, tunc & eo caſu D. Octauium ſubſtituerat; ſed quoniam ex filio hęrede inſtituto nullus erat natus filius, in dubium vocabatur, an ſubſtitutioni locus eſſet.

A Dicebatur enim ſubſtitutum uocatum fuiſſe in eum caſum, quo primogenitus filij teſtatoris, & primogeniti primogenitus deceſſiſſet abſque filijs, quæ conditio, non euenerat, cùm nulli nati eſſent liberi. Nam qui non naſcitur, mori non dicitur, c. quod verò, 32. quæſt. 2. Gloſ. & Doctor. in l. qui duos, §. 1. ff. de manu teſtam.

Et pro hac ſententia quędam generales regulę proponebantur. Caſum a teſtatore omiſſum habendum eſſe pro omiſſo, l. commodiſſimè, ff. de lib. & poſtum. Item conditionem implendam eſſe in forma, l. qui hęredi. l. Męuius, ff. de cond. & demonſt. aliàs deficere fideicommiſſum. l. cum auus, ibi: *Conditionem fideicommiſſi defeciſſe.* ff. eod. tit.

Confirmabatur eadem ſententia autoritate Oldradi in conſil. 177. Teſtator, is reſpondet, de hac facti ſpecie. Teſtator poſtumum inſtituerat naſciturum ex ventre vxoris ſuę pręgnantis, & ſi is in pupillari ętate, vel poſtea quandocunque ſine prole legitima decederet, alium poſtumum ſecundo naſciturum ſubſtituerat; ita vt ſi de- B cederet ſecundus ille poſtumus in pupillari ętate, vel poſtea quandocunque, ſine prole legitima, frater ſuus hęres eſſet. Natus fuerat vnus tantummodo poſtumus, qui in pupillari ętate deceſſerat, ſubſtitutus hęreditatem vindicabat, Oldradus reſpondit non eſſe admittēdum; quia ſubſtitutus fuerat poſtumo ſecundo, ſi is natus fuiſſet, & in pupillari ætate deceſſiſſet, eo igitur non nato ſubſtitutionem euanuiſſe. Idem reſpondit Ioan. Andr. ad Speculat. tit. de teſtamentis, § 1. Alexander in conſil. 1. lib. 1. Corneus in conſil. 199. lib. 2. Ancharan. in conſil. 356. Ex ſerie. Fulgoſius in conſil. 49. Angelus in conſil. 93. Signorolus in conſil. 199. Ruinus in conſil. 104. nu. 4. conſil. 172. nu. 4. conſil. 173. nu. 5. lib. 2. in conſil. 4. nu. 6. lib. 5. Pariſius in conſil. 74. n. 9. lib. 4. Socin. ſen. in conſil. 140. num. 8. lib. 1. Ripa in l. 1. nu. 96. ff. de vulg. Socin. iun. in conſil. 169. num. 5. lib. 2. Alciatus in conſil. 452. num. 8. Menochius in conſil. 316. num. 3. lib. 4. qui ſupradictos recenſet. Adde Socinum ſeniorem, in l. 1. col. 12. in 8. li- C mit. ff. de vulg. Crauet. in conſil. 313. lib. 3. qui de eadem facti ſpecie reſpondit cum Alciato proximè citato, de qua etiam reſpondit Ruin. in conſil. 175. lib. latè alios citans Hyppol. Riminald. in conſil. 116. num. 27.

Et hæc eò magis locum habere videbantur, quia ſubſtitutio reſtricta fuerat illa Clauſula: *Tunc & eo caſu*, quæ Clauſula operatur, ut ſubſtitutio non debeat ad aliū caſum etiam ſimilem extendi, ſecundum Anchar. in d. conſil. 356. Ex ſerie. Roman. in conſil. 131. n. 2. 138. nu. 4. Socin. ſen. in conſil. 259. col. 4. verſic. confirmantur præmiſſa. lib. 2. Dec. in l. vlt. nu. 2. C. de inſtit. & ſubſtitut. & in conſil. 63. n. 3. 315. col. 2. alios recenſet Menochius in d. conſil. 326. nu. 16. lib. 4. quibus adde Baldum in conſil. 57. num. 2. lib. 1. Pariſium in conſil. 31. num. 10. 73. num. 31. 86. nu. 34. lib. 2. conſil. 2. nu. 15. 14. nu. 9. 66. nu. 44. 72. nu. 19. lib. 3. Ruin. in conſil. 200. nu. 9. lib. 2. 130. num. 10. eod. lib. 31. nu. 10. lib. 3. Bero conſil. 49. nu. 12. 79. nu. 8. 99. D nu. 9. lib. 2. Grat. conſil. 124. nu. 37. lib. 1. Card. Alban. ad Bartol. in l. 1. nu. 13. ff. de vulg. Riminald. ſenior in conſil. 455. nu. 32. D. meum Cephal. in conſil. 88. n. 55. Franciſc. Becium in conſil. 89. nu. 21. Roland. a Valle in conſil. 59. nu. 10. lib. 3. & in conſilio pro Triuultijs. nu. 43. 44. 45. Nattam in conſil. 678. nu. 6. Burſat. in conſil. 51. num. 25. Hippolytum Riminald. in conſil. 110. nu. 117. Celſ. Vgo. in conſil. 20. nu. 55. Simon. Petrum, in conſil. 42. nu. 28. Hieron. Gabr. in conſil. 121. nu. 14. Plotum in conſil. 86. nu. 2. Hiero. Gigan. in conſil. 99. num. 18. Purpurat. in conſil. 299. nu. 153. nu. 2. D. meum Decian. in conſil. 2. nu. 24. lib. 1. Concilium Ticinenſe pro Triuultijs. n. 15.

Verùm his non obſtantibus, contrarium pronunciaui, nempe bona confiſcata ad D. Octauium pertinere. Mouit me in primis, quia hæc eſt certiſſima iuris propoſitio, cùm plures gradus ſubſtitutionum fiunt, & vnus deficit, bona reſtitutioni ſubiecta manere debere apud hęredem grauatum cum ſuo onere, vt videlicet ſequentibus ſubſtitutis ex ordine reſtituantur, vt in l. vnica, §.

pro

pro ſecundo, C. de caduc. toll. & declarat Barto. in l. quã-diu, in fine, & ibidem Aret. ff. de acq. hæred. Socin. iu. in conſi. 181. num. 46. 47. lib. 2. Cum igitur ſubſtitutionum gradus defecerint, quia nullus ex hærede grauatus primogenitus, natus erat, ſequitur hæreditatem ad Dominum Octauium ſubſtitutum pertinuiſſe, eique à fiſco, qui in locum hæredis grauati ſucceſſerat, reſtituendam eſſe.

Nec obſtat ſi dicatur, ut dicebat Alciat. in d. conſ. 492. & poſt eum Menoch. in d. conſi. 326. num. 35. lib. 4 hæc ſibi locum vindicare, cum ſubſtitutionis gradus deficit. quia non valet tanquam caducus, vel in cauſa caduci, ſecus ſi ſit nullus: quia pro non ſcripto habeatur, tunc enim apud hæredem bona manere debent ſine onere, l. vnica, §. in primo C. de cad. toll. ibi. *Nullo grauamine, niſi per raro in hoc, pro non ſcripto ſuperueniente.*

Non, inquam, id obſtat, quia hæc procedunt in legato particulari ſeu fideicommiſſo, ſecus in vniuerſali, ut declarat Caſtrenſ. in d. l. vnica. §. His ita definitis, C. de caduc. toll. vbi dicit tex. *In his itaque, ſi quidem cohæredes ſunt omnes coniunctim, vel omnes disiunctim, & vel inſtituti vel ſubſtituti, hoc quòd fuerit quoquo modo vacuatum, ſi in parte hæreditatis vel partibus conſiſtat alijs cohæredibus cum ſuo grauamine pro hæreditaria parte, etiamſi iam defuncti ſint, acquiratur.* Et text. in d. § in primo, loquitur de legato particulari & fideicommiſſo.

Secundò in eam ſententiam adductus ſui, quia probabiliorem eorum eſſe opinionem exiſtimaui, qui filijs non natis locum eſſe ſubſtituto docuerunt. Nam ſi teſtator vocauit ſubſtitutum, ſi filij naſcerentur ex filio, & morerentur abſque filijs, nulla eſt ratio, cur non etiam eum vocaſſe intelligatur, ſi filij non naſceretur, vt latè reſpõderunt Dec. in conſi. 227. Soc. iun. in conſi. 181. lib. 2. Berous in conſi 102. lib. 2. D. meus Decian in conſi. 1. lib. 1. & nouiſſimè Menoch. in conſi. 432. lib. 5.

Ad argumenta in contrarium facile reſponderi põt. Nam quod attinet ad regulas illas; Omiſſum à teſtatore, &c. & conditionem implendam in forma, reſpondeo cum D. meo Deciano, d. conſi. 1. nu. 138. & num. 145. eſſe eandem rationem in caſu omiſſo; ac proinde idem eſſe ſtatuendum, quod pluribus ille demonſtrat argumentis, quibus non reſpondit Menoch. dicto conſi. 326. num. 9. & num. 11.

Ad autoritates in contrarium allatas, & ſimul ad clauſulam. Tunc & eo caſu, reſponſio patet ex Deciano, vbi ſup. nu 148. Et eam clauſulam non obſtare, nec impedire extenſionem ad caſum ſimilem, reſpõderunt Alba, in conſi. 51. Rol. à Valle, in conſi. 70. nu. 15. & 48. lib. 3. Marzarius, in conſi 1. Simon Petrus, de interpret. vlt. volunt. fol. 250. nu. 49. Hippol. Rimin. in conſ. 21. nu. 55. Biretta, in conſi. 27. nu. 17. & nu. 24. D. meus Ceph. in conſil. 196. nu. 23. Colleg. Bononienſe pro Triuultijs, nu. 18. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 3 ti. 14. nu. 10.

CAPVT XLVII.

Vtrum res reſtitutioni ex fideicommiſſo ſubiectæ alienari poſſint ex cauſa reſtitutionis dotis uxori grauati.

CErtum eſt, res reſtitutioni ſubiectas ex fideicommiſſo, ex cauſa dotis, vel donationis propter nuptias alienari poſſe, vt in Auth Res quæ, C. com. de leg. & fideicommiſſis, & in §. Quam ob rem, in Authen. de reſtit. & ea, quæ parit in nono menſe. Sed controuerſia eſt, ſi non de dote conſtituenda, vel donatione propter nuptias agatur, verum de ea reſtituenda, ſit ne idem conſtituendum. Vt exempli cauſa, ſi filius grauatus ex fideicommiſſo reſtituere, dotem vxoris acceperit, & dos ipſa repetatur ſoluto matrimonio, an ex rebus reſtitutioni ſubiectis dos ſoluenda ſit, & puto non eſſe reſtituendam. Autores habeo Angelum in Commentarijs

A d. Nouellæ, de reſtit. & ea quæ parit, &c. Iaſonem in d. Auth Res quæ, C. commun. de leg. & fideicommiſſis, nu. 29. Alciat. ad l. 1. nu 65. ff. ſol. matr. & in conſi. 555. n. 3. Socin. iuniorem in conſil. 119 num. 7 lib. 1.

Fundamentum vero illud videtur mihi ſolidum, quia cum de dote conſtituenda agitur, filiæ reſtitutionis onere grauatæ, vel de donatione propter nuptias pro filio, qui ſimiliter onere fideicommiſſi grauatus eſt, iuſtũ eſt, vt reſtituendi onus nõ impediat dotis & donationis propter nuptias conſtitutionem; quia pater, qui reſtitutioné iniunxit, dotem dare filiæ ſuæ, & propter nuptias donationem pro filio ſuo conſtituere tenebatur, l vl. C. de dotis promiſſ. quamobrem in præiudicium dictæ dotis, & donationis, reſtitutionem iniungere non poterat. Sed excipere debebat tantum ex bonis, quantum ad dotem & donationem requirebatur. Hæc ratio locum non habet, cum de dote reſtituẽda agitur, quam filius poſt mortem patris accepit; quia pater ad reſtituendam dotem nõ **B** tenetur, niſi fuerit ei data & ſoluta, vel filio iuſſu patris, vel peculium habeat ipſius filij, l. ſi. cum dotem, § tranſgrediamur, ff. ſol. matr. Et cum pater non teneatur, certum eſt, non teneri etiam eum, cui res reſtituendæ ſunt; Conſequenter, nihil proponitur cur ex his rebus quæ ad alium ſpectant iure fideicõmiſſi dotis reſtitutio fieri poſſit, aut eam ob cauſam res ad alium ſpectantes alienari. Neque enim iuris regulis eſt congruum, ut is, qui nec debitor eſt, nec debitoris hæres, onus dotis ſoluendæ cogatur ſuſtinere.

Sed contrariam ſententiam habuere Io. de Anania in conſil. 61. Caſtrenſ. in conſil. 80. lib primo, Alexandr. in con. 67. nu. 4. lib. 4. & alij, quos refert & ſequitur Couua. lib. 3. variar. reſolutio cap. 6. & poſt eum Menoc. in conſil. 33. num. 27. lib. 1. quorum argumentis iam eſt reſpondendum.

Primum argumentum eſt ex § Adierunt. in d. Nouella, de reſtit. & ea quæ parit, &c. vbi Imperator narrat cõ **C** trouerſiam, quæ fuit inter mulierem & fratrem uiri defuncti, qui reſtituere debebat hæreditatem: *Moriente namque viro*, inquit, *vxor quidem & dotem exigebat, & donationis ante nuptias facta partem, ſeu propter nuptias, quam viri mors dabat: Defuncti vero frater aliunde vindicabat res, & patris proferebat voluntatem,* &c. Eius litis occaſione illam condidit Nouellam, ſtatuens dotem & donationem propter nuptias excipiendam eſſe, nec in reſtitutione comprehendi. Ex quo videtur colligi, eã fuiſſe Imperatoris mẽtem, ut etiam dos reſtituenda uxori grauati, deduci ex rebus reſtitutioni ſubiectis poſſet.

Reſpondeo, Imperatorem nihil ſtatuiſſe circa controuerſiam inter fratrem defuncti & vxorem ortã: ſic enim ait: *Sed huic quidem data eſt negocio forma, quam bene habere putauimus*, &c. Poſtea conſtituit circa dotem & donationem propter nuptias, ut in § Quamobrem, & nihil ibi de hac ſpecie reſtitutionis dotis decernit. Quare ar- **D** gumentum ex ea Conſtitutione petitum; non eſt ſatis firmum.

Secundum argum eſt ex §. Sancimus, eadem Nouella vbi Iuſtinianus ita dicit; *Sancimus itaque ſecundum hũc modum excipi modis omnibus ad reſtitutionem nuptialia documẽta, & ſuper his factas alienationes & hypothecas.*

Reſpondeo, excipi nuptialia documenta ſecundum modum ibi præſcriptum; ut nimirum, ſi filia ſit reſtitutionis onere grauata, dotem excipiat ſibi debitam: ſi verò filius grauatus ſit excipiat propter nuptias donationem.

Tertium argumentum. Res reſtitutioni ſubiectæ, alienari poſſunt pro dote conſtituenda filiæ hæredis grauati Ergo ſimiliter alienari poterunt pro reſtituenda dote vxori eiuſdem grauati.

Reſpondeo, negando conſequentiam. Nam filiæ hæredis grauati, quæ teſtatoris eſt neptis, dotem ipſe teſtator, idemque auus, dare tenetur, l. qui liberos, ff. de ritu nup vlt. l. C. de dotis promiſſis l. dotem dedit, ff de collat. bonor. non tenetur autem vxori filij ſui dotem reſtituere, vt ſupra diximus.

Quar-

A Quartum ac poſtremum argumentum. Teſtator præſumitur velle hæredem ſuum facere id, quod ipſe, ſi vixiſſet, facturus fuiſſet, l. cum ſeruus, ff de cond. & demóſtrat. ibi: *Nam quod ipſe viuens facturus ſit, ab hæredibus ſuis fieri iuſſiſſe intelligitur*. Sed ſi pater, hoc eſt, ſi teſtator, qui reſtitutionem iniunxit, viueret, conſentiret, vt bona ſua pro reſtitutione dotis filij ſui eſſent obligata, vel certè ad conſentiendum poſſet compelli, l ſi cum dotem, § tranſgrediamur, & ibi Barto. num. 6 ff. ſolut. matrim. Ergo, filius mortuo patre, ſi vxorem duxerit, & dotem acceperit, obligare & alienare bona reſtitutioni ex fideicommiſſo ſubiecta, vt dotem acceptam reſtituat, poterit.

Reſpondeo, negando aſſumptionem. Nam, quod pater viuens teneatur bona ſua obligare pro reſtitutione dotis filio datæ, iure non probatur, & Bartoli doctrinam impugnant Alber & Cumanus, in d. § tranſgrediamur, & veram non eſſe fatetur Menochius, dicto conſi. 33 Sic enim Bartolus argumentatur. Pater tenetur pro filio B ſuo vxorem ducente, & dotem accipiente, donationem propter nuptias conſtituere, vt in l. vlt. C. de dotis promiſs. Donatio autem propter nuptias pro cautione dotis fit: ergo vbi donatio propter nuptias non eſt in vſu, tenetur pater pro cautione dotis, bona ſua obligare nurui, loco donationis propter nuptias. Reſpondeo, negando conſequentiam: poteſt enim alia cautio adhiberi pro dotis ſecuritate, ſi dos conuertatur in emptionem prædiorum, quæ mulieri obligata ſint, vel alio in loco tuto ponatur, aut aliter ab ipſo filio, qui dotem accepit, caueatur.

CAPVT XLVIII.

Si bona reſtitutioni ſubiecta expreſsè prohibeantur à teſtatore alienari ex cauſa dotis vel donationis propter nuptias, vtrum nihilominus eas ob C cauſſas alienari poſſint.

RES reſtitutioni ſubiectas, etiam ex cauſa dotis vel donationis propter nuptias alienari non poſſe, cum teſtator expreſsè id vetuit, haud obſcurè docuerunt Alexand. in conſil 56. nu. 3 lib. 1. & alij, quos refert & ſequitur Couuar lib. 3. variar. reſolut. cap 4 nume. 10. verſ. tertiò, vt quibuſdam viſum eſt. quoniam illud eſt fundamentum, quòd cum expreſſa eſt facta à teſtatore prohibitio, ne alienatio fiat etiam ex cauſſa dotis vel donationis, tunc res eſt clara, nec dubitatio eſſe poteſt, num teſtator reſtitutionem iniungens, permiſerit nec ne res alienari ob dictas cauſas. Huc accedat, quod pater legitima portione filijs relicta, in his, quæ vltra eam ſuperſunt, liberè poteſt, quodcunque grauamen filijs iniungere, ſicut extraneis poſſet: & ideo quemadmodum ex omnium conſenſu alienationem extraneis dictas ob D cauſas prohibere poteſt; ita etiam & liberis poterit, nec tenetur pater legitima filijs conſumpta portione, eiſdem, vel eorum liberis dotem relinquere.

Sed ijs ego non aſſentior, & contrariam ſententiam veriorem eſſe puto, quam ſecutus eſt Caſtrenſis in conſil. 84. lib. 1. Iaſ in Auth. Res quę, C. comm. de leg. col. vlt. Moueor ex Nouella de reſtitut. & ea quæ parit, &c. in §. Quamobrem, cuius hæc ſunt verba: *Quamobrem præſentem ponimus legem, omnia quidem alia prioris à nobis poſita conſtitutionis rata manere volentes: hoc vero innouātes ſolummodo; vt ſi quis de cætero reſtitutionem fecerit ſuarum rerum: primum quidem ſeruet filio legitimam partē, non quartam: hoc enim emendauimus inopiam eius plurimam perpendentes, ſed tertiam modis omnibus, aut mediā ſecundum filiorum numerum; deinde ex reliqua ſubſtantiæ parte, ſi non ſuffecerit legitima pars ad dotis aut ante nuptialis donationis oblationem, honeſtè & ſecundum perſonarum qualitatem & merita, excipere etiam hoc ad reſtitutionē, ſecundum quod adiectū legitima partis dotem, aut A antenuptialem facit donationem. Sancimus enim ſecūdum hunc modum excipi modis omnibus ad reſtitutionē nuptialia documenta, & ſuper his factas alienationes aut hypothecas, &, vel ſi grauata ſit perſona aut viri aut mulieris reſtitutione tali, liceat ei nūcupatam antenuptialem ſeu propter nuptias donationem, offerre, nihil quantum in illis rebus reſtitutione valente, & ſi mulier reſtitutione grauetur, non impedimentum ad dotis oblationem fieri, &c.*

Ex his verbis patet primò, non idcirco bona reſtitutioni ſubiecta alienari poſſe ex cauſſa dotis, & donationis propter nuptias: quoniam generali fideicommiſſo ac generali reſtitutione iniuncta non videatur, ex voluntate teſtatoris cōtineri cauſa dotis, & donationis propter nuptias. Nam eiuſmodi cauſæ tacitè videntur eſſe exceptę ab ipſo teſtatore. Sed idcirco bona alienari poſſunt ob dictas cauſas, quia eas excipiendas eſſe lex mandat; & vult cauſam dotis, & donationis præferendam eſſe fideicommiſſo: *Ea enim quę communiter omnibus proſunt, ijs, quę ſpecialiter aliquibus vtilia ſunt prępon imus*, inquit Im B perator in verbis ſequentibus. Quamobrem, argumentum Alexan corruit; quia licet ob prohibitionem expreſſam teſtatoris, clara ſit eius voluntas, vt nec ex cauſa dotis & donationis res alienentur, tamen lex apertè ſtatuit dotis cauſam & donationis excipiendam eſſe.

Secundo ex verbis ſupradictæ Nouellæ, quæ retulimus, manifeſtum euadit, teſtatorem nequaquam poſſe, etſi maximè velit, dotis cauſam & donationis, generali reſtitutione includere, ſed eas cauſas cogitur excipere: *nihil in illis reſtitutione valente*, inquit tex. Conſequenter argumentum Couuar tollitur: Etſi enim pater legitimam filijs portionem relinquat; non tamen poteſt reliqua bona reſtitutioni ſubijcere, ſed, præter legitimā, excipere debet, quantum prætereà pro dote & donatione neceſſarium eſt: *Deinde ex reliqua ſubſtantię parte*, inquit tex. *ſi non ſuffecerit legitima pars ad dotis aut antenuptialis donationis oblationem; honeſtè, & ſecundum perſonarum qualitatem & merita excipere, etiam hoc ad reſti-* C *tutionem*. Quibus verbis patet, etiam legitima portione filijs relicta, adhuc tamen patri neceſſitatem incumbere tantum ex bonis ſuis de reſtitutionis onere excipiendi, quantum requiritur ad dotem, vel donationem pro dignitate conſtituendam; quod gratis negabat Couuar. loco annotato. Quare, maneat hæc concluſio, ex cauſa dotis & donationis propter nuptias, bona fideicommiſſo ſubiecta, alienari poſſe, non obſtante teſtatoris prohibitione.

CAPVT XLIX.

Ex prohibitione alienationis ea clauſula adiecta: Quia teſtator voluit bona conſeruari in agnatione & familia, inducaturne abſolutum fideicommiſſum, ac ſimplex; an verò in caſu alienationis duntaxat.

D CElebris eſt controuerſia, & olim, & nunc ſæpè agitata: Teſtator prohibet aliqua bona alienari ab hærede, adiecta ratione, quia vult ea conſeruari in familia, vtrum inducatur abſolutum ac ſimplex fideicōmiſſum, an verò in caſum alienationis tantum. Et hac de re tres ſunt diuerſæ Doctorū ſententiæ. Vna fideicōmiſſum abſolutum ac ſimplex induci; altera nō induci ſimplex abſolutūque fideicōmiſſum; ſed in caſum alienationis duntaxat. Tertia diſtinctionem eſſe adhibēdam. Nam ſi prohibitio alienationis valeat, & non ſit nudum teſtatoris præceptum, ſed cōtemplatione certæ perſonæ vel cauſæ factum, tunc ex ea clauſula adiecta, *Qui voluit*, &c. abſolutum inducatur fideicommiſſum, vt puta, ſi teſtator alienationē prohibeat extra familiā: ex eo enim apparet eum rationem habuiſſe familiæ ſuę, vt bona tranſirent ad ſuos. Si verò nudum ſit præceptum, & non valeat, tunc ex clauſula ſubſequente, *Qui*

vo-

voluit, &c fideicommiſſum inducatur in caſum alienationis duntaxat. Autores ſingularum opinionum recẽſere ſuperſedeo. Vide Cacheranum deciſ. Senatus Pedemontani, 50. aliàs, 49. Dominum meum Cephalum in conſil. 27 num. 22 lib 1. Hippol. Riminal. in conſ. 147. in primo dub. lib... Menoch in conſi. 85. num. 103. & 104. lib. 1. Bolognetum in conſi 15. nu. 54. Burſatum in conſ. 356. nu 35. & nu 62. & conſi. 195. num. 5. lib. 2. Franc Vegium in conſi 66. nume. 10. & conſil. 74. à num. 326. vſque ad numerũ 503. & nouiſſimè Petrum Anton. Petram, in commentarijs de fideicommiſſis ex prohibitione alienationis.

Primę opinionis fundamẽtum eſt, quia fideicommiſſum inducitur quibuſcũque verbis, ſi modo ex eis voluntas teſtatoris colligatur, vt in l. pen. de leg. 1 l. cum propometur, de leg. 2. l. cum virum, C de fideicommiſ l. Pamphilo, de leg. 3. l. fideicommiſſa, § hæc verba, eo. ti. l. Codicillis, §. Matre, de leg. 2. cum alijs ſimil. Sed ex verbis illis, quibus teſtator declarat ſe velle, vt bona conſeruentur in agnatione & familia, voluntas teſtãtis colligitur: B neque enim bona conſeruari poſſunt in familia, niſi fideicommiſſum inducatur, per quod ad eos, qui ſunt in familia, perueniant; ergo fideicommiſſum ſimplex & abſolutum inducitur tam in caſu mortis, quàm alienationis.

Secundæ opinionis fundamentum eſt; quia prohibitio alienationis facta ſine cauſa, non valet, l. filiusfam. §. Diui, de leg. 1. Ideo vt valeat, illa clauſula adijcitur à teſtatore; quia vult bona ſua in familia conſeruari, &c Conſequenter, talis clauſula hoc tantum operatur, vt prohibitio valeat: & ſi res alienentur, actio illis competat, qui ſunt in familia, non autem ſimplex & abſolutum fideicommiſſum inducatur.

Confirmatur hoc ex l peto, §. fratre, de leg. 2. vbi tex. ita dicit: *Fratre hęrede instituto petijt ne domus alienaretur, ſed vt in familia relinqueretur. Si non paruerit hęres voluntati, ſed domum alienauerit, vel extera hęrede instituta deceſſerit, omnes fideicommiſſum petent, qui in familia* C *fuerunt.*

Ergo, ſi hęres non alienauerit, vel hæredem extraneũ non inſtituerit, fideicommiſſo locus non erit Conſequẽter, in caſu alienationis tantum, inducitur fideicommiſſum, non etiam in caſu mortis

Tertiæ opinionis fundamentum illud eſt; quia cum prohibitio nuda eſt, & non valet abſque illa cauſſa adiecta, tunc cauſſa, quæ adijcitur, robur illi affert, vt valeat; & ideo non poteſt alium præterea effectum producere, & ſic fideicommiſſum inducere. Sed cũ prohibitio per ſe valet, tunc ne cauſſa illa adiecta; *Quia vult bona conſeruari in familia*, &c. Fruſtrà adiecta eſſe videatur, & prorſus ſuperflua exiſtat, inducit ſimplex abſolutumque fideicommiſſum.

Ego ſanè in priorem ſententiã longè ſum procliuior. Nam teſtator alienationem prohibens, & illam cauſſam adijciens duo facit; primum alienationem ipſam confirmat, & validam efficit, deinde declarat ſuam voluntatẽ, D nempe, eam eſſe, vt bona in familia conſeruentur; Si teſtator ſimpliciter dicat, ſe velle, vt bona ſua in familia conſeruentur, vel familiæ bona relinquat, nemini dubium eſſe poteſt, quin fideicommiſſum inducatur inter illos, qui ſunt in familia. Cur ergo non idem ſit dicendum in propoſita facti ſpecie? Nonne hic eſt verborum teſtatoris ſenſus clarus, manifeſtus? At hoc teſtator dixit, vt validam efficeret prohibitionem. Quid tum? valida fiet illis verbis prohibitio, ſed & præterea, nihil vetat fideicommiſſum induci. Neque enim aut verborum natura; aut legis conſtitutio impedimento eſſe poteſt teſtatori, quo minus eodem tempore, duo hæc diſponat; prohibeat bona alienari, & ſimul fideicommiſſum inter eos, qui in familia ſunt inducat. Quare illud argumentum videtur mihi non eſſe admodum forte, quo dicebatur eam clauſulam efficere, vt valeat prohibitio, & ideo non efficere, vt fideicommiſſum inducatur. Hanc nego

A ſequelam, poteſt enim vtrunque facere. Si verba vtrumque importent, & lex non prohibeat. At nulla lex prohibet, & verba manifeſtè habent illum ſenſum; ergò nihil proponitur, cur fideicommiſſum non inducatur ſimplex & abſolutum.

Ad textum in l peto, §. fratre, reſpondeo, non poſſe ita ſumi argumentum à contrario ſenſu, quia in ea facti ſpecie, ſi frater non inſtituiſſet hæredem extraneũ, ſed inſtituiſſet eos hæredes, qui erant in familia, nulla fuiſſet ratio dubitandi, quin ad eos, qui erant in familia, bona pertinuiſſent. Similiter etiam, ſi inteſtatus deceſſiſſet, ſine dubio tunc ſucceſſiſſent, qui erant in familia. Ratio dubitandi, & quæſtionem proponendi erat eo in caſu, quo extraneum hæredem inſtitueret, & Iuriſconſultus reſpondit, eos, qui in familia ſunt, fideicommiſſum petituros. Quare, in ea ſpecie non ea valet argumentatio. Ergo, ſi extraneum non feciſſet hæredem, non eſſet locus fideicommiſſo; quin immò locus eſſet, multò magis, & citra vllam dubitationem, ſi eos, qui in familia B erant, ex teſtamento, vel ab inteſtato hæredes reliquiſſet; ſed de eo caſu non eſt locutus Iuriſconſultus, quia nulla fuiſſet dubitatio, nulla quæſtio accidere potuiſſet, nullum enim aduerſarium habuiſſent illi, qui in familia erant. Nam teſtator mandauit fundum in familia relinqui, & hæres illum reliquiſſet.

CAPVT L.

Vtrum ex prohibitione alienationis à teſtatore facta, fideicommiſſo bona ſubijciente, agnatis ex fideicommiſſo vocatis, actio competat contra fiſcum, in quem bona ob grauati delictum translata ſunt, non expectata morte naturali ipſius grauati.

Teſtator bona fideicommiſſo ſubiecit in fauorem agnatorum, eaque alienari prohibuit: Hęres delictum perpetrauit, propter quod confiſcata C ſunt bona; vtrum agnatis ſtatim antequam hæres grauatus moriatur, liceat bona à fiſco vindicare, nó eſt eadem omnium ſententia Etenim, ante grauati delinquentis mortem vindicare non poſſe, reſponderunt Paulus Caſtren. Alciatus, & Ruinus, ad l. filiusfamilias, § diui, de leg. 1. vbi teſtantur eiuſdem ſententiæ Oldradum fuiſſe, in conſil 17 & Roman in l. ſi conſtante, § vlt. ff. ſolut. matrim. & idem Alciatus hanc ſentẽtiam communem eſſe dicit, in conſil 783. num. 1.

Argumenta verò ſunt iſta. Primum eſt ex d. l filiusfam. § Diui, de leg 1. vbi Martianus ait prohibitionem alienationis à teſtatore factam, cõtemplatione certæ perſonæ, validam eſſe, ſed eam neque creditoribus, neque fiſco fraudi eſſe: *Quod ſi* (inquit tex) *liberis aut posteris, aut libertis, aut hęredibus, aut alijs quibuſdam perſonis conſulentes, eiuſmodi voluntatem ſignificarent, eam ſeruandam eſſe: ſed hæc neque creditoribus, neque fiſco fraudi eſſe.*

D Nec valet expoſitio Accurſij ſecundum Alciatum, illa verba, *neque fiſco fraudi eſſe*, referentis ad cauſam tributorum, vel aliam, ob quam fiſcus eſſet creditor, quia ſub illis verbis, *neque creditoribus*, omnes creditores continebantur, tam ex cauſſa oneroſa, quàm etiam lucratiua, l. creditores, ff. de verborum ſignif. conſequenter illa verba, *neque fiſco fraudi eſſe*, alium ſenſum habere debent, vt nempe, nullum fiat præiudicium fiſco, ſi alienare prohibitus, delictum commiſerit, propter quod bona publicata fuerint.

Secundum argumentum eſt ex l. peto, § prædium, de leg. 2. in illis verbis: *Si non voluntaria facta ſit alienatio, ſed bona hæredis veneant, tamdiu retinere emptor debet, quamdiu venditor haberet bonis non venditis*, &c. Cùm autem bona publicantur ob delictum, ſine dubio voluntaria non eſt alienatio, ſed neceſſaria; quia lex confiſcari mandat, ergo non ſtatim bona vindicari poſſunt, ſed mors grauati expectanda eſt.

Te-

Tertium argumentum eſt; quia licet bona extra certum genus perſonarum alienari prohibeãtur, legitimus tamen ſucceſſor etiam extraneus illa conſequi poteſt, l. cum pater, § cum inter, de leg. 2. Ergo & fiſcus, qui eſt legitimus ſucceſſor eiuſmodi bona grauati obtinebit, non obſtante prohibitione: nec enim alienationis prohibitio de illa intelligi poteſt, quæ a lege fit, argum. l. 2. ff. de rebus eorum, &c.

Poſtremum argumẽtum eſt; quia vbi ſimpliciter ſunt bona reſtitutioni ſubiecta, tacitè ineſt alienationis prohibitio, Auth. Res quæ, C. commun. de legat. & tamen ob delictum grauati confiſcantur, & donec hæres grauatus viuit, apud fiſcum manere debent, l. cũ pater, § hæreditatem, de leg. 2. l. Statius, §. Cornelio Felici, ff. de iure fiſci. Ergo idem reſpondendum eſt, vbi expreſſa eſt alienationis prohibitio.

Sed contraria ſententia frequentioribus Doctorum ſuffragijs recepta eſt, nempe, ſtatim bona vindicari poſſe. Ita docuerunt Bartol. ad l. Imperator, ff. de fideicommiſſ. libert. Alexand. in conſil. 23. lib. 1. Ruin. in conſil. 23. lib. 5. Cepola in conſil. 58. Decius in conſil. 442. Iaſon in d. l. filiusfam. §. Diui, in 2. lect. num. 19. de leg. 1. Berous quæſt. 41. num. 5. 6. Riminald. ſenior in conſil. 243. lib. 2. Socin. iunior, in conſil. 77. numer. 15. libr. 2. & 49. lib. 3. Curtius iunior, in conſil. 110 Grammatic. deciſ. 1[illegible]. num. 31. Roland. in conſil. 30. num. 11. libr. 2. Clarus, §. fi. quæſt. 78 verſic. item quæro. Plotus in conſi. 83 num. 96. Alba, in conſil ſeptimo, num. decimoſeptimo, Marcabrunus in conſil. 83 num. 169. Boſſius, qui dicit eam in praxi obſeruari, titu. de bonorum publicat. numer. 42.

Solet autem pro huius ſententiæ confirmatione adferri text. in l. Imperator, ff. de fideicommiſſ. libert. vbi, cũ Firmius Mutiano aliàs Titiano tragedos tres legaſſet, & adiecisset, *quos tibi commendo ne cui alij ſeruiant, publicatis bonis Titiani reſcriptum eſt, debere eos publicè manumitti*. Sed non videtur mihi hanc ſententiam euincere, quandoquidem de libertate loquitur. Quæſtio autem propoſita de fideicommiſſo pecuniario. Libertas verò facilius & properantius præſtatur, quàm fideicõmiſſum pecuniarium, quod vel ex eo patet, quia etiamſi non voluntaria ſit alienatio ſerui, libertas tamen competit, vt in l. rogo, ff. de fideicommiſſ. libert. ſecus autem in fideicõmiſſo pecuniario; quia, ſi non voluntaria ſit alienatio, vindicari non poſſunt bona ante mortem grauati, vt in d. l. peto, §. prædium, de leg. 2. & declarat optimè Cuiacius lib. 15. Obſeru. cap. 5.

Probatur ergo ſententia communis eo argumento, quod cum bona alienari prohibentur, ut in familia relinquantur, ſi hæres non obedierit voluntati teſtatoris, & ſic alienauerit, omnes, qui ſunt in familia fideicõmiſſũ petent, vt in d. l. peto, § fratre, de leg. 2. Quo in loco notandum eſt, hæredem non parere voluntati teſtatoris, ſi alienauerit, vel extero hærede inſtituto deceſſerit, vt ibi dicitur; quod ſi bona hæredis veneant, & ſic neceſſaria ſit alienatio ad ſoluendum æs alienum, aliter eſt conſtitutum, vt in §. prædium, quia non ipſe hæres dicitur alienare, ſed creditores ſunt in cauſa, ut res alienentur. Igitur eſt videndum, an, cum hæres delictum committit, cui pœna confiſcationis eſt conſtituta, dicatur alienatio voluntaria, necne: & puto voluntariam eſſe, quia delictum eſt voluntarium, ob quod ipſe videtur pœnæ ſe ſubijcere, argum. l. Imperatores, ff. de iure fiſci, ibi: *Ipſe te huic pœnæ ſubdidiſti*, &c.

Alia ratio eſt illius, cuius bona vendantur a creditoribus. Nam cum æs alienum contraheretur, non erat illa neceſſitas, res fideicommiſſo ſubiectas alienandi; aliunde enim ſperabat ſe creditoribus ſatisfacturum; ſed delicto commiſſo in conſequentiam venit pœna confiſcationis vt proinde hæres alienare prohibitus, delinquendo cauſam ipſemet alienationi dediſſe intelligatur.

Nec difficile eſt ad argumenta contrariæ ſententiæ reſpondere. Nam quod attinet ad textum in d. l. filiusfam.

A §. Diui, de leg. 1. verus ſenſus illorum verborũ, *neque fiſco fraudi eſſe*, ille eſt, ut intelligantur de viceſima, quæ fiſco ſoluebatur pro hæreditatibus & legatis. Ne ſcilicet prohibitio alienationis impedimento eſſe videatur, quo minus fiſcus viceſimam conſequatur. Non enim debet illa prohibitio fiſco nocere, vt declarat optimè Cuiacius lib. 9. Obſeru. c. 24.

Ad tex. in d. l. peto, § prædium, reſpondeo, alienationem, quæ ob delictum fit, eſſe potius voluntariam. Nam licet delicto perpetrato, neceſſario fiat confiſcatio l. ita ſponente delictum tamen, quod eſt cauſſa eius, voluntarium eſt.

Ad text. in l. cum pater, § cum inter, reſpondetur, illum loqui de legitimo ſucceſſore, qui ab inteſtato ſuccedit ei, qui duntaxat prohibitus erat alienare; alia ratio eſt in fiſco; etſi enim ſit legitimus ſucceſſor, non tamen id præiudicare debet fideicommiſſario, qui vocatus eſt; quia teſtator bona vetuit alienari, & conſequenter etiã
B confiſcari. Et ſi valeret illa ratio de legitimo ſucceſſore, idem reſpondendum eſſet in qualibet alienatione facta ab hærede ex iuſta cauſa, nempe, venditionis, vel donationis. Nam emptor quoque eſt legitimus ſucceſſor, & donatarius.

Ad vltimum argumentum reſpondeo, diuerſam eſſe rationem ac diſcrimen latum inter fideicommiſſum ſimplex, & fideicommiſſum cum prohibitione alienationis. Cum enim res alienari prohibentur expreſsè, ea uidetur eſſe uoluntas teſtatoris, ut ſi alienentur, & ſic hæres non obediat eius præcepto, tunc bona uindicari poſſunt ab eis, qui ex fideicommiſſo uocantur, ut in d. l. peto. §. fratre, de leg. 2. Vt ubi ſimplex fideicommiſſum ordinatur, tunc niſi purum ſit, mors grauati, uel conditio adiecta expectanda eſt: & tunc alienatio in irritum deducitur, & bona vindicari poſſunt, ut in l. penult. §. ſin autem ſub conditione, C. commun. de leg. & hoc modo accipiendum eſt, quod dicitur bona reſtitutioni ſubiecta alienari non poſſe. Neque enim effectu, & ut ſic dixerim, irreuocabiliter alienari poſſunt. Nam ueniente die vel conditione, alienatio reuocatur, & bona vindicantur, anteà verò non, ut in d. §. ſin autem ſub conditione.

C

CAPVT LI.

Filij in conditione poſiti an cenſeantur vocati.

NObilis eſt controuerſia, quàm nunc tractare aggredior, antiquorum ac recentiorum commentarijs illuſtrata, præcipuè verò duorum noſtra tempeſtate præſtantiſſimorum Iuriſconſ. Franciſci Manticæ, de coniect. vlt. volunt. lib. vndecimo, titu. 2. & 3. Iacobi Menochij de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 76. Non ego
D actuarium agam, autores omnes, & omnium edicta deſcribens, notiora ſunt enim hæc, quàm ut mea indigeant elucidatione. Quid ipſe ſentiam paucis explicabo. Sententiæ meæ firmamentum pro viribus tuebor aduerſus impugnationes, & demum contrariæ ſententiæ argumenta confutabo.

Si igitur ex facto proponam, quempiam hæredi inſtituto onus adiunxiſſe, vt hæreditatem alteri reſtituat, ſi abſque liberis deceſſerit, ita interpretor hanc teſtatoris diſpoſitionem, ut tacitè voluerit hæredis filios ad ſucceſſionem vocare, ac in eorum gratiam & fauorem, ut ipſis ſcilicet hæreditas obueniret conditionem illam adijcere, atque adeò ipſos in conditione poſitos filios uocatos videri. Pro confirmatione autem huius ſententiæ argumento utor ex l. Lucius, 2. ff. de hæred. inſtit. vbi Scæuola de hac ipſa facti ſpecie uerba faciens, ſcribit in hæc uerba: *Nam prudens teſtatoris conſilium animaduertitur qui non ſolum fratrem ſuum præſului ſubſtituit, verum etiam eius liberos.*

His verbis Scæuola reſpondit, etiam liberos prælatos fuiſſe ſubſtitutos: at ſi vocati non eſſent, non poſſent videri eſſe prælati. Ergò ſunt vocati, & quidem ante ſubſtitutum.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores multis modis, & primò, liberos prælatos cenſeri non ex teſtamento, tanquam vocatos ab ipſo teſtatore, ſed ab inteſtato tacitè.

Non rectè. Nam, aut hoc intelligitur, ut ab inteſtato ſuccedant parenti ſuo, aut teſtatori. Non primum; quia oporteret in ea facti ſpecie patrem adiuiſſe hæreditatem, quia hæreditas non adita non tranſmittitur, l. vnica, § in nouiſſimo. C. de caduc. tollend. quod tamen non fit, quia textus ita dicit: *Quos eo amplius noluit hæredes eſſe, ſi frater priuſquam hæreditatem adierit, liberis relictis deceſſerit.* Nō ſecundum, quia oporteret filios natos eſſe, aut conceptos tempore mortis teſtatoris: neque enim poſt mortem concepti ſuccedere poſſunt, l. Titius, ff de ſuis & legitim. hæred. qua de re ibi Scæuola nullū verbum.

Secundò reſpondent in d. l. Lucius, non illud quæri, an filij in conditione poſiti cenſeantur uocati; ſed an ſubſtitutum excludant, & ideo dum textus dicit: *Nam prudens conſilium teſtatoris animaduertitur*, &c. non hoc vult, vt filij admittantur ad ſucceſſionem; iam enim frater teſtatoris adiuerat hæreditatem, ſed vult, vt ſubſtitutum excludant.

Non eſt ſolida reſponſio, quia Iuriſconſulti verba faciunt, vt non ſolùm colligamus ſubſtitutum excludi, ſed etiam filios vocari. Nam ſi tantùm deberent filij ſubſtitutum excludere, alijs verbis vtendum erat, quàm eis, quibus Iuriſconſultus eſt vſus. Cùm dixit; teſtatorem prætuliſſe ſubſtituto fratris liberos; Hic enim eſt ſenſus, vt magis ipſos liberos, quàm ſubſtitutum hæreditatem obtinere teſtator uoluerit, quæ res facit, vt & ſubſtitutus excludatur, & liberi admittantur ad ſucceſſionem ex uoluntate defuncti, ac proinde, vt uocati eſſe dicantur.

Tertiò reſpondent in ea ſpecie, de qua Scæuola reſpondit, ſubſtitutionem vulgarem factam fuiſſe ſub illa conditione: Si frater hæres ante aditam hæreditatem prius deceſſiſſet, quàm filium, filiamve habuiſſet. Quam obrem in ea ſpecie liberi non ſunt in conditione poſiti fauore fratris hæredis. Nam etſi ante aditam hæreditatem liberis extantibus deceſſiſſet, non potuiſſet de ea diſponere, & ideo neceſſe eſt affirmare filios ibi uocatos fuiſſe; At non rectè infertur ad fideicommiſſariam ſubſtitutionem generaliter, vt in quæſtione propoſita, alicui factam, ſi abſque liberis moriatur, ut hæreditatem alteri reſtituat, tunc enim non illa vrgebit ratio, ut filij intelligantur vocati.

Non obſtat hæc reſponſio; quia etiam in d. l. Lucius. Filij ſunt in conditione poſiti fauore hæredis, quem fauorem conſiderat Iuriſconſultus. Poterat enim in ea ſpecie obijci, ſubſtitutos admittendos eſſe, quia teſtator eos vocauit eueniente vna ex tribus cōditionibus; Euenerat autem vltima, quia ante aditam hæreditatem hæres liberos non habebat. Contra ait Iuriſconſultus: *Quia prudens teſtatoris conſilium animaduertitur.* Si enim fratre mortuo, ſuperſtitibus liberis, ipſos liberos ſubſtitutis prætulit, multo magis credendum eſt voluiſſe ipſum præferre hæredem fratrem ita, vt ipſe adeundo hæreditatem ſubſtitutos excluderet.

Nunc argumenta contrariæ opinionis diluenda ſunt. Primum ex l. 2. C. de pactis, vbi patet liberos Philini in conditione poſitos reuocare non poſſe ſextantem hæreditatis Frontini datum, & tamē illum reuocare poſſent, ſi ex fideicommiſſo tacitè vocati eſſent.

Omiſſis aliorū reſponſionibus, reſpondeo, nō illud in ea lege quæri, an ſextans reuocari poſſit a filijs in conditione poſitis, eo nomine, quòd ipſi ad hæreditatem ex fideicōmiſſo tacitè uocati eſſent, ſed illud quæritur; verū pactio iniqua fuerit, & ideo reſcindenda, cùm Philinus

A liberos reliquerit, atque ita fideicōmiſſi conditio euanuerit, & reſpondetur iniquā non fuiſſe pactionem; quia incertum erat eo tempore, quo inita fuit, vtrū ſuſcepturus eſſet Philinus, liberos necne. Verba legis hæc ſunt: *Conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conuentione finitum eſt. Cùm igitur uerbis fideicommiſſi petitum a patre tuo profitearis, vt ſi vita ſine liberis decederet, hæreditatem Licinio Frontini reſtitueret, pactū eo tempore de ſextante Licinio Frontini dando cum liberos Philinus non ſuſtulerat, interpoſitum non idcirco poteſt iniquum videri, quod facta ſicut placuit diuiſione diem ſuum ſe filio eius ſuperſtite defunctus eſt.*

Vtrum filius tanquam vocatus ex fideicōmiſſo alienatū ſextantē reuocare potuerit non hic diſcutitur; quia multa potuiſſent adferri cur nō poſſet, etiā ſi uocatus cēſeretur. Etenim & pater ſuus quartam detrahere potuiſſet, & ipſe tanquā hæres patris eius factū impugnare nō potuiſſet: ſed hoc non decidit ibi Imperator, ſed pactum iniquū non videri; quaſi ex falſa cauſa factū, quia filius B erat ſuperſtes, & ſic fideicōmiſſi conditio defecerat. Sed quia incertum erat, an conditio euentura eſſet, ideo dicit Imperator non iniquum eſſe illud pactum.

Secundum argumentum eſt ex eo, quod dicitur, quæ ſunt in conditione, non ſunt in diſpoſitione, l. ſi quis ſub conditione, ff ſi quis omiſſa cauſa teſtamēti. Reſpondeo hæc eſſe diſſimilia; Nam ſi quis ſub conditione dandorū decem, alicui hæres fuerit inſtitutus, in poteſtate habet non dare, & ille non eſt legatarius, & ideo nihil petere poteſt, ut ibi dicitur; ſed hic filij ſunt in conditione poſiti, quos excludere non poteſt hæres, ſi naſcantur, quia ipſi ſunt a teſtatore uocati tacitè, vt ſubſtituto præferantur.

Tertium argumentum eſt ex l. ex facto, § ex facto, ff. ad Trebell vbi Vlpian. *Ex facto tractatum memini. Rogauerat quædam mulier filium ſuum, vt ſi ſine liberis deceſſiſſet, reſtitueret hæreditatem patri ſuo. Is poſtea deportatus in inſulam liberos ſuſceperat: Quærebatur igitur an* C *fideicommiſſi conditio defeciſſet. Nos igitur hoc dicimus, conceptos quidem ante deportationem, licet poſtea edantur, efficere, ut conditio efficiat, poſt deportationem uerò ſuſceptos, quaſi ab alio; non prodeſſe. Maximè cùm etiam bona cum ſua quodammodo cauſa fiſco ſint vindicanda.*

Reſpondeo, nihil ad rem noſtram pertinere, ſententia enim legis eſt: filios natos, vel conceptos ante deportationem efficere, ut conditio fideicommiſſi deficiat: natos autem & ſimul conceptos poſt deportationem id nō efficere, ſed expectandam tamē eſſe mortem grauati: & interim bona fiſco vindicanda cum ſua cauſa, vt ſcilicet poſt mortem grauati ea reſtituat patri, ſi conditio euenerit. Vtrum autem eiuſmodi filij cenſeantur vocati necne, non decidit eo loco Iuriſconſultus.

Quartum argumentum eſt ex l. generaliter, C. de inſtitut. & ſubſtit. in verſ. *Cùm enim ferendus eſt intellectus, ſi forſitan teſtamētum quidem non fecerit, poſteritatem autem habuerit propter huiuſmodi verborum anguſtiat liberos* D *eius omni penè fructu paterno defraudari?*

Reſpondeo, bona ibi fideicommiſſo ſubiecta fructum paternum appellari, quia prius relicta ſunt patri, & eius contemplatione tacitè etiam relicta filijs in conditione poſitis, argument. l. ſed ſi plures, § in arrogato, ff de vulg. Et quia bona ſemel patris fuerunt cùm hæreditatē, adiuit, iuxta l. 1. §. veteres, ff. de acquir. poſſeſſ. non autem eam ob cauſam, quod filius ea videatur a patre habere, & non ab auo.

Quintum argumentum eſt ex l poteſt, cum lege ſequenti, ff de vulg. ait textus: *Vel ſingulis liberis, vel ei, qui nouiſſimus morietur hæres ſubſtitui poteſt. Singulis ſi neminem eorū inteſtatum decedere velit. Nouiſſimo, ſi ius legitimarum hæreditatum integrū inter eos cuſtodiri uelit.* Reſpondeo, nullum uerbum hic de filijs in conditione poſitis nullumque argumentum, an cenſeantur uocati necne, ſumi poteſt. Quid enim cum filijs in conditione poſitus commune habet, quod pater velit filios ſibi n-

nitem ſuccedere, & tandem eorum nouiſſimè morienti alium ſubſtituerit?

Sextum argumentum eſt ex l filiusfam. §. cum quis, de leg 1. Martianus: *Cum quis rogatus erit, ſi ſine liberis deceſſerit, per fideicommiſſum reſtituere, conditio defeciſſe videbitur, ſi patri ſuperuixerint liberi, nec quęretur, an hæredes extiterint*. Reſpondeo, non ibi illud decidi, filios ita in conditione poſitos vocatos non eſſe a teſtatore, ſed hoc deciditur, ſiue ſint hæredes patri ſuo, ſiue nō ſint efficere, vt deficiat conditio, quia ſufficit eos exiſtere, poſt mortem patris, nec illud etiam requiritur, vt ſint hæredes.

Septimum argumentum eſt ex l. ſi quis eum, §. vlt. ff. de vulg. Pomponius: *Sed ſi ſecundum teſtamentum iſta fecerit pater, vt ſibi hęredem inſtituat; ſi viuo ſe filius decedat, poteſt dici non rumpi ſuperius teſtamentum, quia ſecundum non valet, in quo filius pręteritus ſit.*

Quibus verbis patet, filium, qui poſitus fuit in conditione non cenſeri inſtitutum hæręedem. Reſpondeo, textum loqui de inſtitutione directà: illa enim, non præſumitur, l. 1 ff. ſi Tab. teſtam extabunt. l. iubemus, C. de teſtam. l. hæredes palam, ff. eo. tit. nos verò agimus de fidei commiſſo, quod tacitè inducitur ex coniecturis, l. cum proponebatur, de legat. 2. cum ſimilibus.

Octauum argumentum eſt ex l. ſi quis ita hæres inſtituatur, 82 ff de hæred inſti Scæuola: *Si quis ita hęres inſtituatur, ſi legitimus hæres vindicare nolit hęreditatem meam, puto deficere conditionem illo vindicante.*

Quibus verbis non cenſetur hæres inſtitutus legitimus hęres, vt ibi Gloſ notat. Reſpondeo, argumentum procedere in directa inſtitutione, quę ex coniecturis nō inducitur, vt ſuprà in pręcedenti dictum eſt.

Poſtremum argumentum Hęc conditio, ſi deceſſerit ſine liberis, adijcitur a teſtatore ad liberandum hęredem ab onere fideicommiſſi, & ad extinguendum ipſum fideicommiſſum, ergo ſi grauatus hęres decedat liberis relictis, illa conditio inducere non debet aliud fideicommiſſum in fauorem liberorum; quia inducta ad vnum effectum, non debent eius contrarium operari, l. legata inutiliter, de leg 1. Et quod fauore inductum eſt, non debet in odium retorqueri, l quod fauore, C. de legibus. Reſpondeo, non conſtare an illa conditio fuerit adiecta ob merum commodum & fauorem grauati; dicimus enim adiectam fuiſſe ad excludendum ſubſtitutum, & ad ipſos liberos inuitandos ad ſucceſſionem, quę res aliquo pacto fauorem continet grauati; quia non extraneo ſubſtituto hæreditatem reſtituit, ſed filijs ſuis, quod commune eſt parentum votum, l. ſcripto, ff. vnde liberi.

CAPVT LII.

Vtrum filij naturales in conditione poſiti, faciant deficere conditionem fideicommiſſi.

PErperam hæc res, cum ſit iure noſtro clarè definita, in controuerſiam reuocatur. Autores multi ſunt, naturales filios, vt cōditio deficiat fideicommiſſi, non prodeſſe. Multi contrà prodeſſe volunt; diſtinctione alij vtuntur, vt latè ac diligenter refert explicatq; Iacobus Menochius de præſumpt. libro 4. præſumpt. 78. Cum tamen lex aperta ſit totam hanc diſputationem dirimens, hoc modo, ut filij quidem naturales, qui in ſeruitute nati ſunt, in figura tamen matrimonij faciant conditionem, qua de agitur, deficęre, quia creditur & naturales libetos, ideſt in ſeruitute ſuſceptos, appellatione filiorum contineri, ut in l. Lucius, 90. §. vlt de leg. 2. Cæteri verò filij naturales, non ex legitimo ſcilicet matrimonio ſuſcepti, vtrum efficiant, ut conditio deficiat, voluntatis eſſe quæſtionem, & hoc ex dignitate, & voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommiſit, accipiendum eſſe, quam ſententiam ſe amplexum fuiſſe Menochius vbi

A ſuprà teſtatur, & veriſſima eſt. En legem claram; Vlpianus in l ex facto, § ſi quid rogatus. ff ad Trebell. *Si quis rogatus fuerit, vt ſi ſine liberis deceſſerit, reſtituat hæreditatem. Papinianus libro 8. Reſponſorum ſcribit, etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio; & in libertino eodemque colliberto hæc ſcribit. Mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæſtio videtur eſſe, de quibus liberis teſtator ſenſerit: ſed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommiſit, accipiendum erit.*

Vides Vlpianum ſecutum eſſe Papiniani ſententiam, quantum ad naturales liberos, qui in ſeruitute naſcuntur, de quibus intelliguntur verba illa: *Et in libertino eodemque colliberto*, &c. In alijs autem naturalibus filijs nō ita ſimpliciter ſententiam Papiniani amplexum, ſed voluntatis quæſtionem eſſe dicit, & ex dignitate, ac voluntate, &c. accipiendum id eſſe.

Sed reſpondet Valentinus Forſterius hanc quæſtio-
B nem tractans in Commentarijs de Succeſſionibus ab inteſtato, pag 160. Cum Vlpianus à Papiniano diſcrepet, præferendam eſſe Papiniani ſententiam ex Theodoſij Conſtitutione, & Valentiniani ad Senatum Vrbis, quæ Codici Theodoſiano inſerta eſt, & cuius verba refert illa inter cætera: *Vbi autem diuerſæ ſententiæ proferuntur, potior numerus vincat autorum: vel ſi numerus æqualis ſit, eius partis pręcedat autoritas, in qua excellentis ingenij vir Papinianus emineat, qui vt ſingulos vincit, ita cedit duobus.*

Sed meminiſſe oportebat doctiſſimum virum, eas leges ad cauſarum deciſionem adferre non poſſe, quæ in Iuſtinianæo Codice non continentur, l. 1 §. hunc igitur, C. de nouo Codice Iuſtin. confirmando; Aliter ſtatuiſſe ipſum Iuſtinianum in l. 1. C. de veteri iure enucleando: *Sed neque ex multitudine autorum*, inquit, *quod melius, & æquius eſt iudicatote; Cum poſſit vnius forſitan, & deterioris ſententia, & multos & maiores aliqua in parte ſu-*
C *perare Et ideo ea, quę antea in notis Aemilij Papiniani ex Vlpiano, & Paulo, necnon, & Martiano adſcripta ſunt, quæ antea nullam vim propter honorem ſplendidiſſimi Papiniani obtinebant, non ſtatim reſpuere, ſed ſi quid ex his ad repletionem Summi ingenij Papiniani laborum, vel interpretationum neceſſarium eſſe perſpexeritis; & hoc ponere legis vicem obtinens non moremini; vt omnes qui relati fuerint in hunc Codicem prudentiſſimi viri habeant autoritatem, tanquam ſi eorum ſtudia ex Principalibus Conſtitutionib. profecta, & a noſtro diuino fuerint ore profuſa*

Porrò quæ ſint voluntatis coniecturæ, & quæ ex dignitate, & conditione eius, qui fideicommiſit, iure peti poſſint, diligenter proſequitur annotato in loco Menochius, qui erit hac in re meritò conſulendus, non enim controuerſias duntaxat tractandas hic ſuſcepimus.

CAPVT LIII.

D

Filij naturales Principis Reſcripto legitimati in conditione poſiti, an excludant ſubſtitutum.

COntrouertitur quoq; an filij naturales, Principis Reſcripto legitimati, in conditione poſiti ſubſtitutum excludant, & negant Ioan. Calderin. in conſ. 2. titu. Qui filij ſint legitimi, Bald. ad l Lucius, 2. ff. de hæred. inſtit. Salycet. in l. generaliter, §. cum autem, C. de inſtitut. & ſubſtitut. Imola in l. ex facto, §. ſi quis rogatus, ff. ad Trebellian Fulgoſius in conſilio 62. numero 3. Barbatia in conſilio 27. colum. 19. libro 2. Iaſon in l. ſi is qui pro emptore, num. 163. ff. de vſucap Decius in conſi. 284. num. 12. alios refert Alexander ad l generaliter, §. cum autem, C. de inſtitut & ſubſtit. num. 2. & in conſ 25. nu. 2. & 67. nu. 5 & 94. nu. 3. lib. 1.

Quibus adſtipulantur hæc argumenta. Primum, quia filium definimus, qui ex viro, & vxore naſcitur, l. filium definimus, ff. de his qui ſui, vel alieni iuris ſunt. Sed le-

A gitimatus non naſcitur ex viro, & vxore, ergò non dicitur filius, conſequenter non excludit ſubſtitutum.

Secundum argumentum. Legitimatus non eſt propriè legitimus, ſed ex quadam fictione, §. filium verò, ibi. *Velut ex quadam machinatione.* in Auth. Quibus mod. nat eff. ſui, & §. generaliter, ibi: *Siue per quandam aliam machinationem*, eod. tit. Ergo de illo non poſſunt intelligi verba teſtatoris, quibus dicitur: *Si deceſſerit abſque filijs legitimis, & naturalibus* &c. Verba enim propriè accipienda ſunt, non autem ſecundum eiuſmodi fictionẽ, & machinationem, argum. l. vlt. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt.

Tertium argumentum eſt, quia legitimatus nõ ſuccedit in feudo, ne præiudicium fiat agnatis, & alijs legitimis ſucceſſoribus vt in c. 1. § naturales, ſi de feudo fuerit controue inter vaſallum & agnatos. Ergò nec ſuccedere debet in hæreditate, ne ſubſtitutus alijs præiudicium inferatur.

Cæterùm, affirmant alij magis communiter Docto- B res, vt videre licet ex Iacobo Menoch de præſumpt lib 4. præſumpt. 79. & in cônſ. 266. nu. 20. lib. 3. ex Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 11. tit 10.

Fundamentum eſt; quia legitimatus eſt verè & propriè legitimus, ut in Authen quib. mod. nat. eff ſui, ibi: *Legitimi fierent*. Et rurſus ibi: *Ex naturalibus ad legitimos eleuare.* Et in § reliqui ibi: *Semel enim eos efficientes legitimos* Et in §. ſi quis ergo filius, ibi: *Ad legitimum ius filios educere naturales*, &c. Et ibi: *Qui vult naturales ſuos filios reſtituere naturæ, & antiquæ ingenuitati, & iuri legitimo* Immò nihil differunt à legitimis, vt in § ſit igitur licentia, ibi: *Nihil à legitimis differentes*, quib. mod. nat. eff legit. & in §. & quoniam variè, quib mod. na. eff. ſui, ibi: *Nihil diſſimiles legitimis*, &c.

Ego ſanè hac in re putarem ita diſtinguendam, vt ſi quidem legitimi efficiantur filij naturales Principis Reſcripto poſt fideicommiſſum iniunctum, eo in caſu nihil ſubſtituto præiudicare debeant, nullo modo eum ex- C cludant. Mouet me Conſtitutio Pij IIII. Extrauag. edita anno 1562 Kalendis Ianuarij, in qua Summus Pontifex omnes reuocat legitimationes, & legitimandi facultates in præiudicium vocatorum ex fideicommiſſo, teſtamento, & quauis alia diſpoſitione. Et quamuis illa locum habeat inter ſubiectos Pontifici Maximo, in temporalibus tamen ego exiſtimo illam Conſtitutionem ea ratione nixam, quæ generaliter locum habeat etiam in ditione Cæſarea, ac ſatis etiam indicaſſe Pontificem Maximum non eſſe iuri, non rationi conſentaneum, vt legitimatus excludat ſubſtitutum & alium ex teſtamento vocatum. Nam ſi id iuri conſentaneum eſſet, non erat contrarium ſtatuendum. Illam ergo rationem impuliſſe Summum Pontificem Eccleſiaſticum opinor; quia Reſcripta Principum ſic interpretari, & cõcedi debent, vt alij iniuriam, detrimentum, præiudicium, non inferant, l 2 §. merito, § ſi quis à Principe, ff. ne quid in loco publ. c. quamuis, de Reſcript. lib. 6. l. nec filio, l patrono, ff de D Natalib. reſtit. Hæc ratio ex iure deſumpta locum habet in omni legitimatione, ita videlicet, vt interpretari debeat, ne alijs præiudicium afferat.

Quod ſi proponatur legitimatos filios ante fideicommiſſum iniunctum fuiſſe, tunc niſi contrariæ voluntatis coniecturæ ſuppetant, quas diligenter Menochius recenſet, d præſump 79. exiſtimarem ſubſtitutum excludi; quia legitimati filij dicuntur eſſe legitimi, & nihil a legitimis differre.

Nec obſtant argumenta contrariæ ſententiæ; quia primum locum obtinere poteſt, vbi non ſunt filij legitimati: tunc enim nec filij dici poſſunt, ſed cũ legitimati ſunt Principis Reſcripto, tunc & legitimi dicuntur, & filij; & nihil à filijs legitimis differentes.

Secundum verò argumentũ nihil obſtat; quia in hac ſpecie locum habere non poteſt illa regula, de qua in argumento, cum filius legitimatus non ſolum ex Reſcripto Principis legitimus eſſe dicatur, verum etiam hoc A beneficium conſequatur, vt non differat à legitimo, & omnibus fruatur commodis, quibus fruuntur legitimi, & naturales.

Tertium denique argumentum ſpecialiter procedit in feudorum ſucceſſione, de qua nobis ſermo non eſt, & ex qua non rectè infertur ad aliam materiam.

CAPVT LIV.

Vtrum filij per ſubſequens matrimonium legitimati ſubſtitutum excludant, ſi conditio heredi adſcripta ſic fuerit; ſi deceſſerit abſque liberis de vel ex legitimo matrimonio natis.

IN eadem materia controuerti ſolet; ſi teſtator eam adieceeit conditionem, ſi deceſſerit abſque liberis, de, vel ex legitimo matrimonio natis an filij per ſubſequens matrimoniũ legitimati ſubſtitutum excludant. Et quoniam latè & diligenter explicatur hæc quæſtio ar- B gumentis, & autoritatibus hinc inde allatis à Mantica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 11. tit. 12. & à Iacobo Menoch. de præſumptio lib. 4. præſumpt. 81. ego paucis indicabo, cui adhæream ſententiæ; tum fundamentum, quo ipſe nitar, & denique quid reſpondendum mihi videatur contrariæ ſententiæ argumentis.

Ego eorum ſententiam amplector, qui negant in hac propoſita ſpecie ſubſtitutum excludi. Fundamentum, quo nixus ſum, illud eſt; quia teſtator locutus eſt de filijs natis ex legitimo matrimonio, vt patet. Tales autem filij, vt maximè legitimi habeantur, iuxta cap. tanta, qui filij ſint legitimi, non tamen habentur pro natis ex legitimo matrimonio; ratio, quia lex facere poteſt, vt qui ob aliquam cauſam legitimus non eſt, habeatur tamen & reputetur legitimus (eſt enim hoc in legis poteſtate poſitum, cum à lege dicatur legitimus) ſed facere non poteſt lex, vt qui natus non eſt ex legitimo matrimonio, habeatur & ſit tãquam ex legitimo matrimonio natus, C hoc enim in facto, non in iure conſiſtit. Quare cum ad factum hoc reſpexerit teſtator, mentione facta filiorum ex legitimo matrimonio natorum, non videtur huc pertinere filij, qui non ſunt nati ex legitimo matrimonio, licet poſtea contractum fuerit matrimonium, & ex eo ipſi legitimi effecti fuerint.

Argumenta verò contrariæ ſententiæ non obſtant. Primum adſertur cap. cum in cunctis, de electiõ. vbi dicitur, Epiſcopum ex legitimo matrimonio natum eſſe oportere, & tamen is, qui natus eſt, antequam contraheretur matrimonium, Epiſcopus eſſe poteſt, matrimonio poſtea contracto, vt notat Gloſſ in cap. innotuit, in verſiculo coniugata, eodem titu. Reſponden, Gloſſam hoc docere autoritate textus, in capit. tanta, qui filij ſunt legit. qui textus non probat, nec dicit filios habendos eſſe pro natis ex legitimo matrimonio, ſed pro legitimis: *Tanta eſt vis matrimonij* (inquit textus) *vt* D *qui antea ſunt geniti, poſt contractum matrimonium legitimi habeantur.*

Secundum argumentum eſt; quoniam legitimati per ſubſequens matrimonium, videntur eſſe nati ex legitimo matrimonio, lex enim præſumit ab initio contractum fuiſſe inter parentes, l. eum quis, verſiculo, neque enim, C de naturalibus liber. cuius verba hæc ſunt: *Neque enim veriſimile eſt eum, qui poſtea vel donationẽ, vel dotem conſcripſerit, ab initio talem affectionem circa mulierem non habuiſſe, quæ eam dignam eſſe vxoris nomine faciebat.*

Reſpondeo, hoc textu, non probari propoſitionem in argumento aſſumptam, ſed hoc tantum: patrem habuiſſe circa mulierem affectionem, vt eam vellet vxorem habere, prout poſtea habuit: ac proinde tam filios antea, quam poſtea procreatos ſuccedere debere. Sed hoc non pertinet ad quæſtionem noſtram; primò, quia non hic quærimus, quæ fuerit patris affectio erga vxorem, & matrem liberorum ante matrimonium

pro-

rocreatorum,ſed quæ fuerit voluntas teſtatoris, qui fi-
deicommiſſum ſub ea conditione iniunxit. Deinde,quia
non rectè,inſertur habuit affectionem,ergo ab initio eã
duxit in vxorem,& ſic matrimonium fuit ab initio con-
tractum Contrahitur enim matrimonium non ſola con
trahendi affectione, ſed reipſa, mutuo videlicet coniu-
gum intercedente conſenſu.

Tertium argumentum eſt,quia filij ſic legitimati ſuc-
cedunt in feudo,quod conceſſum eſt,pro filijs legitimis,
& naturalibus,& de legitimo matrimonio natis, vt tra
dunt Iſernia, Præpoſit. Abb. Afflit. Iaſon, & alij multi a
Menochio citati in conſ. 227. nu. 17. & 18. lib. 3. Clarus,
§ feudum, quæſtio. 83. verſ. ſed quid ſi feudum. Ergo e-
tiam in quæſtione noſtra ſuccedere debent, & ſubſtitu-
tum excludere.

Reſpondeo,negando conſequens,& etiã antecedens:
Nam etiam in feudo contrarium docuere Baldus Alua-
rot. Alex. Barbat. Luc. de Penna, Curtius ſenior. Ruin.
Curtius iun. Natta, Gozad. Rolãd. & alij,quos citat Man
tica loco proximè citato, nu. 22.

Quartum & poſtremum argumentum eſt: quia in ſta
tutis appellatione filiorum ex legitimo matrimonio pro
creatorum veniunt etiam legitimati,per ſubſequens ma
trimonium vt latè adductis autoritatibus docet Meno-
chius in conſ. 227. nu. 33. lib. 3. Ergò idem eſt in diſpoſi-
tione teſtatoris.

Reſpondeo contrarium, quod attinet ad ſtatuta, do-
cuiſſe poſt multos alios, quos commemorat, Mantica,
vbi ſuprà, num. 25.

CAPVT LV.

*Subſtitutum an excludant filij per ſubſequens matri-
monium legitimati in articulo mortis
contractum.*

INter omnes conſtat filios in conditione poſitos ſub-
ſtitutum excludere, quoties per ſubſequens matrimo
nium legitimi efficiuntur; nec verba teſtatoris hoc
exigunt, vt ex legitimo matrimonio nati ſint. Cæterum
illud eſt non parum controuerſum ac dubium; vtrum
hæc ſententia locum habeat, ſi matrimonium a grauato
fuerit in mortis articulo contractum. Et locum non ha-
bere Angelus reſpondit: ideoque ſubſtitutum eo in caſu
non excludi, in l. ſed eſt quæſitum, ff de lib. & poſtum. &
in l nuper, nu. 3. C. de nat. lib. Ruin. in conſil 211 num. 7.
& 8. lib. 1. & 46. nu. 8. lib. 2. & 163. num. 7. lib. 3. Curtius
iun. in conſ. 26. nu. 9. Celſus Vgo in conſil. 73. nume 32.
Barbatia in conſil. 18. col 7. lib. 2. Titaq. ad l. ſi unquam,
verſ. Suſceperit liberos, nu 74. C de reuoc. donat. Alcia-
tus in conſ. 616. nu 4. Mantua in conſ. 38 nu. 14. lib. 2. D.
meus Cephalus, in conſ. 239. nu 10. lib. 2.

Contrarium docuerunt Cynus, Ioan. Andr. Bald.
Butr. Imola & Alexand. a Ruino citati in conſil. 77. nu-
me. 7. lib. 3. Pariſ. in conſil. 13. num. 68. & 14 num. 35. li-
bro 1. Berous in cap in præſentia, num. 204. de probatio.
Couuat. in Epitome de Sponſal. parte 2. cap. 8 §. 2. nu. 2.
Hieronymus Gabrielius in conſil. 24. num. 3 lib. 1. Fran-
ciſcus Sarmientus, lib. 1 Selectar. Interpret. cap 6. nu. 8.
Menochius de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 81. numer. 28.
verſ. Cæterum & Mantica de coniecturis vltimar. vo-
lunt. lib. 11. tit. 13.

Fundamentum prioris ſententiæ poſitum eſt in eo,
quòd, vbi matrimonium in articulo mortis contrahitur,
præſumitur id fieri in fraudem ſubſtituti, argum. l. filiæ
meæ, ff ſolu. matr & ideo non debet ei præiudicare, ar-
gum. textus in cap. de his, de ſepul. Sic & confeſſio inter
viuos facta probat contra confitentem & conſequenter
etiam contra eius hæredem, l. generaliter, C. de non
num pecun. Cæterum, in articulo mortis facta non
probat, niſi ſit iurata. Authen. Quod obtinet, C. de pro-
bationibus.

A Fundamentum verò contrariæ ſententiæ eſt. Nam
cum inter omnes conſtet matrimonium in articulo mor
tis contrahi poſſe, vt tradit Mantica loco annotato, poſt
num. 2. Nullus videtur dolo facere, qui ſuo iure vtitur,
l. nullus videtur, de reg iuris, & ſic non videtur præſu-
mendus dolus, qui & aliàs etiam non præſumitur, l. do-
lum, C. de dolo.

Et hæc ſententia mihi probabilior videtur, & confir-
mari poteſt eo argumento, quod vbi quis aliquid agit,
ex quo alteri præiudicium infertur, non tamen eam ob
cauſam tenetur, ſi præcipua eius intentio fuit, vt ſibi pro
deſſet, & commodaret, l. fluminum, § vlt ff de damno
infecto. Hinc dicimus opus ad æmulationem factum
non præſumi, ſed potius quem vti iure ſuo. Menochius
de arbitr. iud. caſu 156. num. 8. Maſcat. de Probation.
vol. 2. Concluſ 610. in principio. Cum ergo aliquis æger
matrimonium contrahit, videri poteſt ſpe conualeſcen-
di illud contrahere, & ſui commodi gratia non autem
B in fraudem alterius, & ſic vt ſubſtituto noceat.

Et ad l. filiæ meæ, reſponderi poteſt, in ea ſpecie mari-
tum in fraudem patris diuortium feciſſe, vt dotem non
haberet, quam filia mortua habiturus eſſet, id patet ex il
lis verbis textus: *Vir in hoc repudium miſit, ut mortua ea
dotem potius heredibus eius quam mihi redderet.*

Ad cap de his, de ſepult reſponderi poteſt, etiam om-
ni fraude ceſſante in ea ſpecie Canonicam portionẽ de-
beri Eccleſiæ, a qua ſuſcepti ſunt, qui ad religionem tran-
ſeunt, quia non poteſt ei auferri, & ideo notat ibi Gloſ.
aliquando fieri quidpiam licere in vita, quod non licet
in morte vt patet; quia pater poteſt omnia ſua bona in
vita conſumere, in morte verò non poteſt filios priuare
legitima portione. Alia ratio eſt in propoſita quæſtione;
nam is, qui matrimonium contrahit, non auſert bona
fideicommiſſo ſubiecta ſubſtituto, ſed facit, ut filij legi-
timi efficiantur; & per conſequens, vt conditio deficiat,
a teſtatore adiecta. Quamobrem ſubſtitutus non hære-
C dis grauati facto; quia is utitur iure ſuo, ſed ob conditio-
nem a teſtatore adiectam hæreditate priuatur; quod ve-
rò de confeſſione dicebatur, non probare niſi ſit iurata,
locum habet, vbi confeſſio in teſtamento facta eſt, quia
teſtamentum fit ad diſponendum principaliter, non au
tem ad probandum: ideo teſtator videtur confiteri po-
tius, ut donet & leget, quàm vt probationem inducat,
niſi iuramentum adhibeat: tunc enim eſt perinde, ac ſi
diceret, velle ſe ea omni, quo fieri poteſt, modo locũ ha-
bere, vt explicat Bartolus, in l. cum quis decedens. §. Co-
dicillis, de leg. 3. Hæc autem res nihil cum materia, qua
de agitur commune habet.

CAPVT LVI.

D *Poſſitne teſtator expreſsè Monaſterium, uel Eccleſiam
excludere ab hęreditate, ſi hæres inſtitutus factus
fuerit Monachus, & proximiores vo-
care, ac ſubſtituere.*

TEſtator ita diſpoſuit: Si filius meus, uel alius hæ-
res inſtitutus factus fuerit Monachus, nolo ut
Monaſterium ſiue Eccleſia ſuccedat; ſed proxi-
miores agnatos ſubſtituo. Controuerſia eſt an iure con-
ſiſtat ea conditio, quæ Monaſterium ſiue Eccleſiam ex-
cludit. Tractat hanc rem fuſè allatis hinc inde autorita-
tibus Doctorum Iac. Menochius de pręſumpt lib. 4. To-
mo primo, præſumpt. 83. argumenta etiam vtriuſque ſen
tentię tam affirmantis quàm negantis recenſet, ut meri-
tò omnis labor noſter in illis huc adferendis ſuperuaca-
neus uideri poſſit, quare ſententiam noſtram adſcribe-
mus. Tum fundamentum eius, & contraria argumenta
diluemus.

Exiſtimo eam conditionem, quę Monaſterium ſiue
Eccleſiam excludit, nõ ualere, & pro non ſcripta habẽdã
eſſe. Fundamentũ ſtatuo in Nouell. 123. §. ſed & hoc pręſenti,

ſenti, eius verba interprete Holandro hæc ſunt: *Si quis ſub conditione nuptiarum aut ſuſceptorum filiorum, vel dotis, aut nuptialis donationis gratia, vel donauerit, vel reliquerit filijs ſuis, aut cuicunque alij perſonæ, vel hæreditatem, vel legatum: aut ſi initio purè ipſis relinquat, poſtea ſub una aliqua memoratarum conditionum ſubſtitutione, aut reſtitutione eos prægrauet, iubemus, ut ſi mares, aut fœminæ, qui talibus conditionibus obnoxij ſunt, Monaſterium ingrediantur, aut Clerici Diaconiſſæue, aut Aſceteriæ fiant iſtiuſmodi conditiones inualidæ, & pro non ſcriptis ſint,* &c.

His verbis hoc vult Imperator (quod ad rem noſtrã attinet) vt ſi hæres fuerit inſtitutus purè, deinde grauatus reſtituere ſub conditione, ſi liberos non procreauerit; vel ſi abſque liberis deceſſerit, & monaſterium ingrediatur, tunc ſubſtitutio ſub ea conditione facta inualida exiſtat, & pro non ſcripta habeatur.

Hic igitur perpendo Monaſterium ſuccedere, & nequaquam excludi, licet contraria ſit voluntas teſtatoris, quod probatur. Nam hoc teſtator vult, vt ſi hæres inſtitutus abſque liberis moriatur, ſuccedat ſubſtitutus: Sed hæres ingrediens Monaſterium abſque liberis moritur. Ergò teſtator vult, vt hoc caſu ſubſtitutus ſuccedat, non autem Monaſterium: neque enim Monaſterium loco filij habetur, & vt maximè haberetur, eſſet filius non verus, ſed fictitius, qui proinde ſubſtitutum non excluderet: Id autem ita conſtitutum eſt a Iuſtiniano, vt religionem & Eccleſiam hoc ſpeciali fauore ornaret; niſi vt ipſe Iuſtinianus ſubdit. *In redemptionem captiuorum, aut in egentium alimenta ſub prædictis conditionibus ſubſtitutio, vel reſtitutio fiat.*

Cùm igitur in ea ſpecie, de qua Imperator loquitur, voluntas teſtatoris manifeſtè repugnet, & nihilominus Monaſterium & Eccleſia non excludatur, & hoc in honorem ac fauorem Eccleſiæ; Idem profectò reſpondendum videtur, etiamſi uoluntas teſtatoris expreſſa Monaſterium & Eccleſiam excludat. Eſt enim eadem ratio, utroque in caſu, & parum videtur referre expreſſis verbis conſtet de teſtatoris voluntete, an talibus, ex quibus eadem manifeſtè deprehendatur, & cognoſcatur; præſertim verò in eiuſmodi conditionibus, & fideicommiſſarijs ſubſtitutionibus.

Quamobrem id probare non poſſum, quod reſpõdẽt contrariæ ſententiæ autores apud Menochium loco ſuprà annotato, num. 16. Iuſtinianum inualidare eam conditionem ex præſumpta mente, & voluntate teſtatoris, non autem contra voluntatem. Nam quando teſtator ſubſtituit ſub conditione ſimplici, ſi diſceſſerit ſine liberis, non apparet, an cogitauerit de ingreſſu religionis vel non; quamobrem hoc in caſu Iuſtinianus ſtatuit, fauore religionis conditionem haberi pro non ſcripta, habita coniectura, quòd ſi teſtator cogitaſſe de religionis ingreſſu non ſubſtituiſſet.

Non mihi hæc vllo pacto probari poſſunt; quia nulla eſt clarior teſtatoris volũtatis coniectura, quàm quæ ex verbis appparet. Ex verbis autem apparet eum ſubſtituere, ſi hæres ſine liberis deceſſerit; Ergò ſi Monaſterium hæres ingrediatur, & ſic decedat abſque liberis, ea eſt voluntas, vt ſubſtitutus ſuccedat, non autem ut Monaſterium: Et ſi teſtator de Monaſterij ingreſſu cogitaſſet, ſine dubio ſubſtituiſſet, ut vel ſuæ agnationi proſpiceret, vel deſcendentibus, vel alijs, quos caros habuiſſe eos ſubſtituendo, videtur. Itaque non teſtatoris voluntate ratio legis nititur, ſed ſingulari fauore, quo religionis, & Eccleſiæ iura proſecutus eſt Iuſtinianus.

Nunc argumenta contrariæ ſententiæ diluenda. Primum, quia teſtatori permiſſum eſt de rebus ſuis pro ſuo arbitrio diſponere, l. 1. de ſacroſanct. Eccleſ. & in leg. xij. Tabularum cautum. *Vti quiſque legaſſit ita ius eſto*, l. verbis legis, ff. de verb. ſign.

Reſpondeo generalem illam facultatem reſtrictã eſſe multis modis; ſed (quod ad rem attinet) ut non habeat locum in ſpecie, qua de agitur, id patet ex Nouella ſupra

A dicta 123 vbi Iuſtinianus infirmat, & pro non ſcripta habendam eſſe decernit teſtantis diſpoſitionẽ, ut patet.

Secundum argumentum. Nemo inuitus cogitur benefacere, C. de Iudæis, 45. diſtinct. cap. vlt. 22. quæſtio. 5. Ergò nemo cogi poteſt ita diſponere, vt bona ſua acquirantur Monaſterio vel Eccleſiæ. Reſpondeo hic teſtatorem non cogi, ut Monaſterio uel Eccleſiæ relinquat, relinquit enim teſtator hæredi: Is verò ingreſſus Monaſterium omnia ſua bona Eccleſiæ offert, quam oblationem & acquiſitionem ex ea teſtantis voluntate impediri nõ poſſe, meritò Iuſtinianus religionis fautor maximus, decreuit.

Tertium argumentum eſt ex l. Deo nobis, C. de Epiſcopis, & Cleric. vbi conſtitutum eſt, patri permiſſum eſſe, ne aliquid relinquat filio profeſſo vltra eius legitimã. Ergò in eò, quod legitimam excedit, poterit quocunque modo ſubſtituere. Reſpondeo, hoc argumentum ante Nouellam ſuperdictam 123. locum ſibi potuiſſe vendicare. B Sed iam non poteſt, quia ſubſtituendi facultatem liberam, quantum ad eam ſpeciem, de qua agitur, Iuſtiniani Conſtitutio ademit.

Quartum argumentum. Teſtator poteſt rebus ſuis adijcere hanc conditionem, vt apud Eccleſiam non maneant, niſi modum & conditionem ſeruet, capit. verum, de cond. appo. Reſpondeo, nil hoc commune habere cũ re noſtra. Hæc eſſe diſſimilia, ut patet, & diuerſam habere rationem.

CAPVT LVII.

Vtrum hæc conditio, ſi deceſſeris ſine liberis, intelligenda ſit tam de maſculis, quàm de fœminis in ea facti ſpecie, qua teſtator propria filia in re certa inſtituta, & filio hærede uniuerſali agnatum ſubſtituit.

TEſtator filia in re certa inſtituta, hæredem filium ex aſſe inſtituit, & eidem abſque filijs decedenti agnatum ſubſtituit. Filius deceſſit ſuperſtite filia nepte teſtatoris, Vtrum neptis ſuccedat quaſi conditio defecerit; an verò ſubſtitutus. Inſignis controuerſia eſt. Pro nepte reſponderunt Collegia Bononienſium Doctorum, Peruſinorum & Aueniouenſium, teſte Paulo C Caſtrenſe in conſil. 409. lib. 2. Rota Florentina, & Bononienſis, teſte Marzario in Epitome de fideicommiſſ. quæſt. 21. & nouiſſimè Senatus Pedemontanus apud Anton. Teſſaurum, deciſ. 188. & præterea 28. Doctores, quos commemorat Menoch. in conſ. 95. nu. 24 lib. 1. & alij, quos citat in conſ. 150. num. 24. lib. 2 & quos citat d. Teſaut. vbi ſup.

Pro ſubſtituto reſponderunt Collegium Florentinũ, Aduocati Conſiſtoriales Romæ, & Rota Romana, vt per Marzar. vbi ſup. & præterea quinquaginta tres Doctores, quos citat Menoch. d. conſ. 95. nu. 90. lib. 1. quibus alios adiunxit in conſ. 150. nu. 54. lib. 2. & 206. nu. 16 lib. D 3. & de præſumpt. lib. 4 tom. 1. præſumpt. 85. nu. 8.

Argumenta tam pro nepte, quam pro ſubſtituto, ſi recenſere uellem, actum ſanè agerem. Nam Menochius anteuertit, in conſilijs annotatis ea dilucidè, diſerteque tractans iudicium potius qualecunque interponã meũ.

Pro ſubſtituto pugnat primò uerborum propria ſignificatio. Nam filiorum appellatione propriè non continetur filia, ſecundum ueriorem, & communiorem ſententiam, vt nouiſſimè demonſtrat Rota Romana deciſ. 125 nu. 6. par. 2. in nouiſſimis deciſion.

Secundò, coniectura uoluntatis defuncti. Nam cum filiam non inſtituerit, ſed maſculum, & ei ſubſtituerit agnatum, apparet eum voluiſſe bona ſua in familia, & agnatione conſeruare, & relinquere.

Tertiò, alia ratio, quia cum filiam excluſerit ab hæreditate, non eſt credibile eum voluiſſe ad neptem naſcituram peruenire, eamque melioris eſſe conditionis filia iam nata.

Quartò, alia ratio, quia filio morienti abſque filijs non

ſub-

ſubſtituit neptem, ſed agnatum; & ſic agnatum prætulit filiæ natæ; Ergo multo magis creditur prætuliſſe nepti naſcituræ.

Pro nepte contra, pugnat primò iuſta interpretatio, ſecundum quam filiorum appellatione continetur filia, l. iuſta, ff. de verb. oblig.

Secundò, regula iuris, quæ ad ſucceſſionem vocat æquè maſculum, ac fœminam, l. maximum vitium, C. de liber. prætерit. ad quam ſuam teſtator præſumitur voluntatem accommodare, vt not. in l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell.

Tertiò, quoniam in eadem conditione, ſi deceſſerit abſq; filijs, tacitè intellecta, conſtat tam maſculos, quam fœminas comprehendi, iuxta l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ. l. cum auus, ff de condit. & demon.

Sed quis non videt tres rationes proximas pro nepte generales eſſe, & ex generalibus iuris præceptis deductas. Contra verò, quæ pro ſubſtituto adferuntur ex ſingularibus facti huius circumſtantijs oriri, ac proinde præferendas eſſe? ſicut Generi per Speciem derogatur. Sicut omnis definitio iuris ex particularibus circumſtantijs factorum ſubuerti ſolet. Et iuris regula quandoque perdit officium ſuum. Et denique, ex diuerſitate facti, iuris diuerſitas oritur? Vulgata hęc ſunt, & paſſim obuia iuris ſtudioſis, atque conſultis. Sic ſtatuo in hac quęſtione, nec huius me ſententiæ pœnitet.

CAPVT LVIII.

Vtrum Papiniani reſponſum in l. cum auus. ff. de cond. & demonſt. ad filios adoptiuos extendi poſſit.

CVm auus filium, ac nepotem ex altero filio hęredes inſtituiſſet, à nepote petijt, vt, ſi intra annum trigeſimū moreretur, hæreditatem patruo ſuo reſtitueret, nepos liberis relictis, intra ætatem ſupra ſcriptam vita deceſſit, fideicommiſſi conditionem coniectura pietatis reſpondi defeciſſe, quòd minus ſcriptum, quàm dictum fuerat, inueniretur. Ita Papinianus in l. 101. ff. de cond & demonſt.

Hoc reſponſum, & confirmat & extendit Iuſtinianus; primum in l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ. Secundo in l. Generaliter, §. cum autem, C. de inſtitut. & ſubſtitut.

Verba l. cum acutiſſimi, hæc ſunt: *Cum acutiſſimi ingenij vir & meritò, ante alios excellens Papinianus in ſuis ſtatuerit Reſponſis; Si quis filium ſuum hæredem inſtituit, & reſtitutionis poſt mortem oneri ſubegit, non aliter hoc videri diſpoſuiſſe, niſi cū filius eius ſine ſobole vitam ſuam reliquerit. Nos ſenſum meritò mirati, pleniſſimū ei donamus euentum: vt ſi quis hęc diſpoſuerit, non tantum filium hæredem inſtituens: ſed etiam filiam, vel ab initio nepotem, vel neptem, pronepotem, vel proneptem, vel aliam deinceps poſteritatem, et eam reſtitutionis poſt obitum grauaminis ſubiugauerit, non aliter hoc ſenſiſſe videatur, niſi ij, qui reſtitutione onerati ſunt, ſine filijs vel filiabus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti, ne videatur teſtator alienas ſucceſſiones proprijs anteponere.*

Verba d § cum autem, hæc ſunt: *Cum autem inuenimus excelſi ingenij Papinianum in huiuſmodi caſu: in quo pater filijs ſuis ſubſtituit, nulla liberorum ex his procreandorum adiectione habita, optimo intellectu diſpoſuiſſe, euaneſcere ſubſtitutionem, ſi is, qui ſubſtitutione prægrauatus eſt, pater efficiatur, & liberos ſuſtulerit; intelligentem non eſſe veriſimile, patrem, ſi de nepotibus cogitauerit talem feciſſe ſubſtitutionem humanitatis intuitu hoc et latius & pinguius interpretandum eſſe credidimus, vt etſi quis naturales filios habeat, & partem eis reliquerit, vel dederit vſque ad modum, quem nos ſtatuimus, et ſubſtitutioni eos ſubiugauerit, nulla liberorum eorum mentione facta, et hic intelligi euaneſcere ſubſtitutionem liberis eam excludentibus, & intellectu optimo, his qui ad ſubſtitutionem vocantur obſiſtente, & non concedente ad eos eam partem venire; Sed ad fi-*

A *lios vel filias, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes morientis tranſmittente; & non aliter ſubſtitutione locum accipiente, niſi ipſi liberi, ſine iuſta ſobole deceſſerint, vt quod inter iuſtos liberos ſancitum eſt, hoc & in naturales filios extendatur. Quę omnia & in legatis, & in fideicommiſſis ſpecialibus locum habere ſancimus.*

Iſtis ita ſe habentibus, iam controuerſia eſt: an iſta Conſtitutio iuſta interpretatione, etiam ad filios adoptiuos extendi queat. Vt ſi pater filium adoptiuum inſtituat hæredem, eumque reſtitutionis oneri ſubijciat, eadem inſit tacitè conditio, ſi abſque liberis deceſſerit.

Affirmant Comenſis in d. l. cum auus, in fine. Fulgoſius in d. §. cum autem, num. 6. & ibidem Iaſon colum. 5. verſ. ſecundo modo poteſt intelligi. Barba in dict. l cum acutiſſimi, num. 187. Riminaldus ſenior in conſi. 578. nume 3. Picus in l. Titia, § Titia, nume. 13. de leg 2. & iſtos omnes citat, & ſequitur Menochius de præſumpt. lib. 4. tom. 1. Præſumpt. 89 nu. 12.

Argumenta ſunt iſta: filij adoptiui ſimiles ſunt filijs

B legitimis, & naturalibus, quoad effectum ſucceſſionis, l. ſi te parens, C. de ſuis & legitim. Ergo id quod in filijs legitimis, & naturalibus conſtitutum eſt, etiam ad filios adoptiuos extendi debet.

Secundò, conſtitutio, de qua agitur, coniectura pietatis nititur, vt patet ex dict. l. cum auus, Hæc autem pietas etiam in filio adoptiuo locum habet, quod patet; quia pater tenetur eum alere, argumen. l. onera, ff. de adopt.

Tertiò, illud Papiniani reſponſum etiam ad filios naturales extenditur, vt in dict. §. cum autem, Ergo multò magis ad filios adoptiuos extendi debet, qui plus iuris habent in ſucceſſione, quàm naturales tantum.

Poſtremò, filiorum fauore hæc ſancita ſunt, vt patet, ergo etiam ad filios adoptiuos extendi debent, argum. l. 1. §. vlt. ff de leg. præſtand.

Cæterum contrariam ſententiam habuerunt Petrus, & Cyn. in d §. cum autem, & ibidem Alberic num. 2. &

C num. 6. & Dec. in 7. limitatione. Alexander in l. ex facto, §. ſi quis rogatus, num. 12. ff ad Trebell Socin. in d. l cum auus, num. 56 Tiraquell ad l. ſi vnquam, ver. ſuſceperit liberos, nu. 10. C. de reuoc. donat. Anto. Padilla in d. l. cum acutiſſimi. num. 18.

Argumenta hæc ſunt: Primum, quia nec l cum auus, nec l. cum acutiſſimi, nec l. generaliter, §. cum autem, loquuntur de filijs adoptiuis, Ergo nec nobis ad filios adoptiuos eandem legem extendere licet.

Secundò, quia filius adoptiuus non eſt propriè filius; ſed fictè: & ideo non ſuccedit contra patris teſtamentum, l. filio quem pater, ff. de liber. & poſtum. l. adoptiones, ff. de adopt. l. cum in adoptiuis, §. ſed ne, C. de adopt.

Tertiò, quia non ſunt ex agnatione, & familia adoptãtis, vt in d l cum in adoptiuis, §. vlt. C. de adopt. §. ſed hodie, Inſtit. eod. tit.

Quartò, quia hæc conſtitutio legis fundatur in cauſſa

D naturali, & ratione ſanguinis, quæ ratio ceſſat in adoptiuis filijs.

Poſtremo, quia filij adoptiui non faciunt deficere illam conditionem, ſi deceſſerit ſine liberis, l. fideicommiſſum, ff de cond & demonſt. l. ſi ita quis in teſtamento, §. ſi is cui, de leg. 2.

Ego hanc poſteriorem ſententiam amplector, & licet ad argumenta hęc, quibus illa nititur, reſponderit latè Menochius loco ſupra proximè citato, tamen illud me potiſſimum mouet, quod filij ex filio adoptiuo progeniti non dicuntur eſſe ex ſobole, & progenie teſtatoris, ſed prorſus extranei, vt in d. l cum in adoptiuis, § ſed ne, C. de adopt. ibi: *Vt non ſucceſſione ab inteſtato patris extranei adoptiui defraudentur.* & ad alienam ſobolem pertinentes, nempe, naturalis patris. Eſt autem ſupradictæ legis ea potiſſimum ratio, ne videatur teſtator alienas ſucceſſiones proprijs anteponere, vt in d. l. cum acutiſſimi. Et quia non eſt veriſimile intelligentem patrem, ſi

de

de nepotibus cogitaſſet, talem facturum ſubſtitutionem vt in d. § cum autem. Quare cum filij ex patre adoptiuo nati, non ſint defuncti nepotes, &c. non videtur in eis locum habere ratio legis.

Ad primum argumentum reſpondeo, filios adoptiuos in eo ſolum eſſe ſimiles, quoniam patri ſuccedunt, vt in d. l. cum in adoptiuis, § ſed ne, C. de adopt. ibi: *Sed ſi quidem remaneat in tali adoptione nulla interueniente mancipatione, in hoc tantum modo prodeſſe ei volumus adoptionem, vt non ſucceſſione ab inteſtato patris extranei adoptiui defraudetur*, &c. In alijs ergo non ſunt ſimiles, ſed hic non agitur de ſucceſſione patris adoptiui, reſpectu ipſius filij adoptiui; ſed an filij ipſius filij debeant excludere ſubſtitutum: ideo argumentum tollitur.

Ad ſecundum reſpondetur, non hic agi de coniectura pietatis, & charitatis patris adoptantis erga filium adoptatum; ſed de filijs ipſius filij; an excludant ſubſtitutum. Erga tales nepotes non probatur extendi adoptantis affectionem, ſicut erga nepotes ex filio naturali.

Ad tertium reſpondeo, eodem modo; quia alia ratio eſt in filio naturali, qui ex ipſo ſanguine procreatus eſt, licet non ex iuſtis nuptijs.

Ad vltimum reſpondeo; rationem legis eſſe poſitam in coniectura pietatis paternæ erga nepotes, & deſcendentes: & in eo, quod non ſit veriſimile patrem, ſi de nepotibus cogitauerit, talem facturum ſubſtitutionem, vt in d. l. cum acutiſſimi, & in d. §. cum autem, non autem in ſolo fauore filiorum inſtitutorum; ac proinde argumentum euaneſcit.

CAPVT LIX.

Vtrum Papiniani reſponſum, de quo in l. cum auus, ff. de condi. & demonſtrat. & aliæ ſimiles leges locum habeant, cum filius hæres inſtitutus filios habuit tempore conditi à patre teſtamenti.

IAcobus Menochius vir doctiſſimus, ac celeberrimus, lib. 4. de præſumpt. tomo 4. præſumpt. 89. numer. 77. hanc quæſtionem tractat ita diſertè, & clarè, vt noſtra hic induſtria ſuperuacanea videri poſſit. Vt tamen & calculum meum adijciam, & tam illuſtrem controuerſiam non prætermittam, conabor, & ipſe eam explicare, atque etiam illud efficere, vt opera mea non inutilis eſſe videatur.

Teſtator filium hæredem inſtituit, & ei quandocunque morienti alium ſubſtituit; Moritur filius relictis poſt ſe liberis, vel nepotibus teſtatoris, qui etiam tempore conditi teſtamenti extabant; Vtrum ex Papiniani Reſponſo, de quo in l. cum auus, ff de condi. & demonſtrat & l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ. & ſimilibus excludatur ſubſtitutus, necnè? Affirmant Doctores multi, quos refert, & ſequitur Menochius, vbi ſupra, quibus, & ipſe calculum meum adijcio. Fundamentum, vt mihi videtur illud eſt firmum; quia ratio legis ad hanc quoque ſpeciem adaptatur, & verba non repugnant. Ait Papinianus. *Cum auus filium, ac nepotem ex altero filio hæredes inſtituiſſet, à nepote petijt, vt ſi intra annum trigeſimum moreretur, hæreditatem patruo ſuo reſtitueret: nepos liberis relictis intra ætatem ſupra ſcriptam vita deceſſit, fideicommiſſi conditionem coniectura pietatis reſpondi defeciſſe; quod minus ſcriptum, quam dictum fuerat, inueniretur.*

Hic reſpondit Papinianus ſubſtitutum excludi liberis relictis, nec diſtinguit an nati eſſent tempore teſtamenti nec ne. Idem ſtatuit Imperator nulla diſtinctione adhibita in l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ. vbi generaliter conſtituit reſtitutioni locum non eſſe; *Niſi ij, qui reſtitutione onerati ſunt, ſine filijs vel filiabus, nepotibus, vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti*, &c. Ratio vero legis, quin locum habeat etiam in hac ſpecie, negari non poteſt. Nempe, *pietatis coniectura*, vt in dict. l. cum auus. Item, *ne videatur teſtator*

A *alienas ſucceſſiones proprijs anteponere*; vt in dict. l. cum acutiſſimi. Etſi enim nepotes viuant tempore teſtamenti, tamen viget pietatis coniectura, & illa ratio, *ne videatur*, &c. Quia ſunt nepotes, & ex deſcendentibus, ex ſobole, & progenie, quàm veriſimile non eſt excludere teſtatorem voluiſſe ſine cauſſa.

Contrariæ ſententiæ argumenta non obſtant. Primũ ſumitur ex l. generaliter, §. cum autem, C. de inſtit. & ſubſtitut. ibi: *Intelligentem non eſſe veriſimile patrem, ſi de nepotibus cogitauerit, talem feciſſe ſubſtitutionem*, &c. Ergò, ſi de nepotibus teſtator cogitauerit, aliter erit ſtatuendum, ſed hic videtur cogitaſſe de nepotibus; quia nati erant, & noti teſtatori. Ergò aliter videtur ſtatuendum.

Reſpondeo, ſenſum illorum verborum hunc eſſe: *Si teſtator de nepotibus cogitauerit*, hoc eſt, ſi cogitauerit filium inſtitutum moriturum eſſe liberis relictis, & ſic nepotibus teſtatoris, veriſimiliter non facturum talem
B ſubſtitutionem. Non infertur autem ex eo, quod nepotes erant nati, ipſum teſtatorem cogitaſſe eos patri ſuo ſuperuicturos, ac proinde voluiſſe, eis excluſis, ſubſtitutum admitti. Sed potius præſumendum eſt ex pietatis coniectura plus dictum, & minus ſcriptum, ne videatur teſtator alienas ſucceſſiones proprijs anteponere.

Secundum argumentum eſt ex l. ſicut certi, & l. ſi cum in vtero, C. de teſtamen. militari, vbi ſi miles ſcit ſe filios habere, & eos non inſtituat, videtur eos exhæredare. Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia Nam cum miles ſciens ſe filios habere, alios hæredes inſtituit, neceſſe eſt, vt intelligatur tacitè eos exhæredare, quia alij in teſtamento ſcripti ſunt hæredes, & ſic res eſt clara, & manifeſta, nec contrariam interpretationem admittit neque enim intelligi poteſt, alios hæredes futuros, qui in teſtamento ſcripti ſunt, & ſimul filios hæredes eſſe, qui ſcripti non ſunt. Ex teſtamento enim non erunt hæredes, quia ſcripti non ſunt. Ab inteſtato non poterunt eſſe, quia teſtamentum
C adeſt. Sed in propoſita ſpecie aliud eſt, longè eſt diuerſa ratio: quia licet alios pater ſubſtituerit filio hæredi inſtituto, nihil prohibet quo minus ea ſit conditio tacitè intelligenda, ſi filios non habuerit, quoniam & hac interpretatione admiſſa, ſubſtitutio locum habet in eo videlicet caſu, quo filius abſque liberis moriatur.

Tertium argumentum eſt ex l 4. C de Inoffic. teſtam. vbi ſi mater filijs duobus hæredibus inſtitutis tertio poſtea ſuſcepto teſtamentum mutare potuiſſet, & id facere neglexiſſet, videtur eos excludere. Reſpondeo, vt dictum eſt in præcedenti, id longè à ſpecie noſtra differre; quia ibi nulla coniectura capi poteſt pro filio ſuſcepto poſt teſtamentum, nullaque interpretatio adhiberi, cum res ſit clara, & manifeſta. Sed hic eſt dubia, & incerta, poteſtque locus eſſe coniecturæ pietatis, vt dictum eſt.

Quartum argumentum eſt ex l. tale pactum, § vltimo,
D ff. de pactis. ibi: *Et illo tempore, quo pater alios filios non habuit, in fratrem ſuum iudicium ſupremum contuliſſe videatur*. Reſpondeo, nihil ad rem noſtram pertinere, ſententia enim legis eſt: Patrem filiæ ſtipulatum fuiſſe à genero, vt ſi filia ſine liberis deceſſiſſet, portio quædam dotis reſtitueretur fratri ipſius patris ſtipulantis, quem hæredem inſtituerat, atque ita conſulere voluit fratri, vt hæredi. Et ideo cum pater deinde filios ſuſcepiſſet, eoſque hæredes in alio teſtamento ſcripſiſſet, voluiſſe videtur, eam portionem, quæ fratri hæredi danda erat, nunc reſtitui filijs hæredibus, quod ſignificant illa verba textus: *Cum inter contrahentes id actum ſit, vt hæredibus conſulatur.*

Quintum argumentum eſt ex l. vnica, C. ſi dos conſtante matr. ſed nihil ad rem facit. Hoc enim vult, vt ſi dos vxori à marito conſtante matrimonio ſine legitima cauſa reſtituta fuerit, ea mortua ab eius hæredibus, cum fructibus marito reſtituatur.

Sextum argumentum eſt ex l. ſi vnquam, C de reuoc. donat. iuncta declaratione Bartoli, in l. Titia, § Imperator,

ror, de leg. ſecundo, vbi docet, liberos tempore donationis vel poſtea natos, de quibus teſtator cogitauit, non efficere vt donatio reuocetur.

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Cum enim pater filios habens, & de illis cogitans alijs bona ſua donat, ſine dubio non vult filios ea habere, ſed eum cui donat; nec enim in claris locus eſſe poteſt coniecturis. Sed hic pater filium inſtituit, eique morienti ſubſtituit alium. Hic non eſt certum, quomodo & quando locum eſſe voluerit ſubſtitutioni, an & eo caſu, quo filius relictis poſt ſe liberis deceſſerit, an verò, ſi abſque liberis mortuus fuerit. Quamobrem optimè intrat coniectura pietatis, & Papiniani interpretatio, vt teſtator videatur plus dixiſſe, quam ſcriptum fuerit, nempe adieciſſe illam conditionem, ſi abſque filijs moriatur hæres inſtitutus filius.

Septimum argumẽtum eſt ex regula quadam; Vnius incluſio, eſt alterius excluſio, l. cum prætor, ff de iudi. ſed textus in dicta l. cum auus, & aliarum legum, includit filios naſcituros, ergo excludit iam natos. Reſpondeo, nõ excludi filios iam natos, in dicta l. cum acutiſſimi, vt ſupra in principio dictum eſt. Eandẽque rationem eſſe in filijs iam natis, quæ in natis poſtea, ac proinde idem ius eſſe ſtatuendum.

Cætera argumenta, quæ recenſentur à Menochio, vel ad hæc poſſunt reuocari; vel ſanè leuiora exiſtunt, quam vt confutatione egeant.

CAPVT LX.

Vtrum etiam naturales filij faciant deficere conditionem in ea ſpecie de qua loquitur l. cum auus. ff de condit. & demonſt. & l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ.

NIhil eſt tam clarum, quod obſcurum non reddatur, ſi recta in legibus interpretandis ratio non adhibeatur: Recta autem ratio tunc non adhibetur, cum ex locis obſcuris interpretari conamur perſpicua loca, eaque in dubium reuocare. Id ipſum in hac propoſita ſpecie facilè deprehenditur. Nam filios naturales ex filio hærede inſtituto, cui moriẽti datus eſt ſubſtitutus, progenitos, non prodeſſe vt ſubſtitutionis deficiat conditio, communis Doctorum ſententia rectè docet, ex l. generaliter, § cum autem, C. de inſtit. & ſubſtit. illis verbis: *Et non aliter ſubſtitutione locum accipiente, niſi ipſi liberi ſine iuſta ſobole deceſſerint.* Quibus verbis nihil clarius eſſe poteſt, ad intelligẽdum naturales liberos, qui videlicet ex concubina, non autem ex legitimo matrimonio procreati ſunt, non efficere, vt conditio fideicommiſſi deficiat. Etenim conſtat tales filios iuſtæ ſobolis appellatione nequaquam contineri poſſe: ſi quidem iuſta ſoboles appellatur, quæ ex legitimis nuptijs ſuſcipitur, l. filium definimus, ff. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt. Vide Menochium de præſumpt. lib. 4. tom. 1. præſump. 89 nu. 99. vbi citat Doctores.

Cæterum, contrarium docuerunt alij nõ pauci, quos ibidem commemorat, nu. 101. quorum fundamentum eſt in l. ex facto § ſi quis rogatus, ff. ad Trebell. Nota verba: *Si quis rogatus fuerit, vt ſi ſine liberis deceſſerit, reſtituat hereditatem Papinianus libro 18. Reſponſorum ſcribit etiam naturalem filium efficere, vt conditio deficiat, & in libertino eodemque colliberto hoc ſcribit. Mihi autem (quod ad naturales liberos attinet) voluntatis quæſtio videtur eſſe, de quibus liberis teſtator ſenſerit. Sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommiſit, accipiendum erit.*

Sic argumentantur; naturalis filius facit vt deficiat conditio, niſi repugnet voluntas teſtatoris, quæ ex dignitate & conditione colligitur. Ergo idem & in propoſita ſpecie reſpondendum erit.

Reſpondeo, non hoc Iuriſconſultum velle, quod aſſu-

A mitur, ſed quæſtionem iſtam ex coniectura voluntatis pendere. Etenim Papiniani ſententiam Vlpianus ibi probat quoad libertinum eũdemque collibertum; quoad naturales autem filios, dicit ſibi videri voluntatis quæſtionem eſſe, ſicut latè explicaui ſupra hoc eodem lib. cap. 52.

CAPVT LXI.

Subſtitutus vulgariter in vnum caſum, vt puta, ſi hæres eſſe noluerit, an ſuccedat in alium caſum, puta ſi hæres eſſe non potuerit, vel contra.

COntrouerſia eſt non vulgaris, an vulgaris ſubſtitutio in vnum caſum facta, extendatur ad alium, vt puta, ſi hæres eſſe non potuerit, an extendatur ad alium caſum, nempe ſi hæres eſſe noluerit, vel contra. Affirmant Bartol. Alexand. Iaſon, Socinus & Ripa in l.

B 1 ff de vulg. Marianus Socinus iunior, in conſ. 106. libro primo, & alij, quos refert & ſequitur Alexand. Trentacin. de ſubſtit. parte 1. cap. 1. nu. 25.

Argumenta verò ſunt iſta, primum ex l. Gallus. §. Et quid ſi tantum, ff de liber. & poſtum. illis verbis: *Sed ex ſententia legis Velleiæ & hæc omnia admittẽda ſunt, vt ad ſimilitudinem mortis cæteri caſus admittendi ſint.*

Secundum, ex l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit. vbi ſubſtitutio facta, ſi poſtumus natus non fuerit, & impubes deceſſerit matre in medio non exiſtente.

Tertium argumentum eſt ex l. vlt. C. de poſtumis hæred. inſtit. vbi: Si is, qui teſtamentum condidit, his verbis vſus fuerit: *Si filius vel filia intra decem menſium ſpatium poſt mortẽ meam editi fuerint, heredes ſunto, ſiue viuo teſtatore, ſiue poſt mortem eius intra decem mẽſes à morte teſtatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti, manet voluntas teſtatoris immutilata.*

Quartum, ex l. Titius, § Lucius, ff. de lib. & poſtumis,

C vbi inſtitutio facta eius, qui eſt in vtero matris, locum habet, etiam ſi conditi teſtamenti tempore partus editus fuerit.

Quintum, ex l. ſi mater, C. de inſtitu. & ſubſtit. vbi ſi filij à matre fuerint hęredes inſtituti ſub ea conditione; ſi fuerint emancipati à patre, locum habet illa inſtitutio, etiam in alio caſu longè diuerſo, nempe, ſi pater deportatus fuerit.

Sextum, quia videntur hæc duo eſſe paria, nolle, vel non poſſe, argumen. l. 1. § Vſus, ff. de procurator. ibi: *Vel nolunt vel non poſſunt.*

Septimum ex l. humanitatis, C. de impub. & alijs ſubſtit. qui tamen textus, quo pacto ad hanc rem adduci potuerit, non video.

Octauum argumentum eſt, quoniam vulgaris ſubſtitutio pupillarem continet, l. iam hoc iure, ff de vulga. Ergo multo magis vulgaris ipſa ſubſtitutio in vnum caſum facta extendi debet ad alium, qui ſub eadem con-

D tinetur.

Poſtremum argumentum eſt, quia uidetur eſſe eadem ratio in caſu omiſſo, quæ in caſu expreſſo. Nam vulgaris ſubſtitutio, ſi hæres eſſe noluerit eam ob cauſſam facta eſſe intelligitur, vt defunctus hæredem habeat, ſi is, qui primò inſtitutus eſt, noluerit hæres eſſe. Teſtatoris enim defuncti intereſt hæredem habere, vt in § primo, in Inſtitu. Quibus ex cauſ. manum. non licet. Hæc ratio locum habet etiam in eo caſu, qui à teſtatore eſt omiſſus, nempe cum hæres eſſe non poteſt.

Cæterum, contrariam ſententiam multi alij ſecuti fuere, quos refert & ſequitur Mantica, de coniecturis vltimar. volunt. libro quinto, titulo primo, numero tertio, quibus adde Duarenum in Commentarijs titu. de vulga. & pupillari, cap. 13. quibus verbis fiat vulgaris, & alios quos commemorat Alexander Trentacinq. loco ſuperius annotato.

Primum

Primum argumentum eſt ex l.commodiſſimè ff.de liber. & poſtumis, ibi: *Si alteruter caſus omiſſus fuerit eo caſu, qui omiſſus ſit natus rumpit teſtamentum*, &c.

Secundum ex l.pater Seuerinam, ff. de condi.& demonſtr.vbi prædium filię relictum: *Si Aelio Philippo nupſiſſet*, non debetur, ſi nõ nupſiſſet, eam ob cauſam quod *nondum viripotens puella diem ſuum obijſſet*, & ſic nubere non potuiſſet.

Tertium argumentum eſt ex l.vlt. C.de inſtit.& ſubſti.ponderando illa verba: *Tunc autem tantummodo ſubſtitutionem admittimus, cum poſtumus minimè editus fuerit*, &c.

Quartum ex l.qui ex duabus, ff. de acquir. hæred. ſed nihil prorſus ad rem iſtam pertinet, ſicut legenti illum textum facilè patebit.

Quintum eſt ex l.ſi ita quis, ff.de vulga.& pupilla. Vlpianus: *Si ita quis ſubſtituerit, ſi filius meus intra decimũ annum deceſſerit, Seius hæres eſto: deinde hic ante decimũ quartum annum, poſt decimum deceſſerit, magis eſt, vt non poſſit bonorum poſſeſſionem ſubſtitutus petere: non enim videtur in hunc caſum ſubſtitutus.*

B Atque hoc poſtremo argumento moueor, vt poſterioſi ſententiæ adhæream: Videtur enim & in propoſita quæſtione rectè dici poſſe, ſubſtitutum petere bonorum poſſeſſionem non poſſe; quia non videtur in hunc caſum ſubſtitutus, vt patet.

Nec difficile eſt ad argumenta contrariæ ſententiæ reſpondere. nam ad primum reſpõdeo, eundem effectum in ea ſpecie obtineri tam per mortem, quam per deportationem filij; quia videlicet nepos in locum eius ſuccedens teſtamentum rumpit. Quare ex legis ſententia idẽ iuris eſt in vtroque caſu conſtitutum.

Ad l. vlt.C. de inſtit.& ſubſtit. reſpondeo, ibi ſubſtitutionem factam, ſi poſtumus non naſcatur, ideo extendi ad eum caſum, quo naſcatur, & in pupillari ætate decedat; quia in vulgari expreſſa ineſt tacita pupillaris, l. Lucius, ff.de vulga.& ſic extenſio fit, propterea, quod ineſt tacita pupillaris.

C Ad tertium ex l.vlt.C.de poſtum. hæred inſtit. reſpondeo, teſtatorem ibi vnum caſum tantum expreſſiſſe, quia ſe ſtatim moriturum putabat, & voluiſſe filium hæredẽ eſſe in omnem caſum. Simile eſt in l. Titius, §. Lucius, ff. de liber.& poſtum. quæ opponitur in quarto argumento, ac proinde tollitur eadem reſponſione argumentum ex ea petitum.

Ad quintum reſpondeo, in ſpecie dicta l.ſi mater, eundem effectum ſequi, tam ex emancipatione, quam ex deportatione; quia ſcilicet filius liberatur patris poteſtare, ad quod reſpexit teſtator, qui nihil ad patrem voluit peruenire.

Ad ſextum reſpondeo, non idem eſſe, nolle, & non poſſe; & ideo ſubſtitutus in vno caſu, non ſuccedet, alio diuerſo caſu eueniente, licet aliquando æquiparentur caſus omiſſus & expreſſus. Quia in ſubſtitutionibus ſufficit non veniſſe caſum, quem teſtator deſignauit.

D Septimum non obſtat. Ad octauum reſponſio patet; quia iuſtis rationibus nominatim eſt conſtitutum ac interpretatione receptum, vt vulgaris expreſſa contineat tacitè pupillarem, quod in hac ſpecie conſtitutum ac receptum non apparet.

Ad vltimum reſpondeo, non eſſe id ſpectandum, an ſit eadem ratio; quia omiſſus caſus non continetur ſub expreſſo, vt patet ex d.l.commodiſſimè, ff de liber. & poſtum.& l.ſi ita quis, ff. de vulgari.

CAPVT LXII.

Vtrum vulgaris ſubſtitutio impediat tranſmiſſionem iuris deliberandi in hæredem inſtituti.

COmmunis eſt ſententia Doctorum in l. prima, ff. de vulga vulgarem ſubſtitutionem non impedire tranſmiſſionem iuris deliberãdi in hæredem inſtituti, teſte Ripa in Commentarijs, ibi, nu. 133. Et alios

A multos citat Alexander Trentacinquius de ſubſtitutionibus, parte 1 c. 5. quibus adde Duarenum in Commentarijs ad tit.de vulga. ſubſtit. & Gregorium Tholoſanũ in Syntagmate, lib. 42. cap. 13.

Primum argumentum eſt; quia vulgaris ſubſtitutio habet illam conditionem, ſi hæres non erit. Illa verò cõditio intelligitur hoc modo, ſi videlicet hæres ipſe inſtitutus non erit, vel alium hæredem non fecerit, vt in l. ſi paterfamilias, ff de hæred. inſt. Sed hic hæres inſtitutus tranſmittendo ius deliberandi, aliũ hæredem, facit; quia poteſt adire ſi velit: Ergo vulgaris ſubſtitutio non impedit dictam tranſmiſſionem.

Secundum argumentum. Beneficium reſtitutionis in integrum ad hæredem trãſit minoris, qui hæreditatem repudiauit excluſo ſubſtituto, dummodo ſit res integra, l.quod ſi minor, § Scæuola, ff de minoribus. Ergo etiam beneficium iuris deliberandi, quod datur ex l. cum antiquioribus, C.de iure delib. tranſmitetur ad hęredem inſtituti, excluſo ſubſtituto.

B Tertium argumentum. Conditio ad actum neceſſaria poteſt adimpleri per æquipollens, vt loquũtur noſtri l.Gallus, §.& quid ſi tantum, ff de liber. & poſtum. Ergo & illa conditio vulgaris ſubſtitutionis, *ſi hæres non erit*, poterit adimpleri per æquipollens, nempe, ſi inſtitutus hæres non erit, vel per ſe, vel fictè per hæredem ſuum.

Quartum argumentum. Ius accreſcendi non impedit tranſmiſſionem, iuxta l. 3. C.de iure delib. Ergò neque ſubſtitutio, nam & ius accreſcendi tacita videtur ſubſtitutio.

Poſtremum argumentum eſt ex l.vnica, §. in nouiſſimo, iuncto §.cum autem, C.de cad.tollend. Dicitur in §. in nouiſſimo, hæreditatem non aditam non tranſmitti, niſi quoad ius deliberandi: & in caſu l. Vnicæ, C. de his, qui ante apertas tabulas. Deinde in §. cum autem, dicitur, ceſſante tranſmiſſione, hæreditatem non aditã deuolui ad ſubſtitutum. Ergo, ſubſtitutio non impedit tranſmiſſionem iuris deliberandi, ſecũdum d.l.cum an-

C tiquioribus.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Angel. in dicta l.1.ff.de vulg Ripa ibid. numero 139. qui alios citat, Salyc.in dicta l.cum antiquioribus. Politus de Subſtit. in materia vulgaris ſubſtitutionis, q.44. Zaſius de ſubſtitutionibus in materia vulgaris ſubſtitu. verſ. Tertia ſpecies tranſmiſſionis.

Argumenta ſunt iſta. Subſtitutio impedit ius tranſmiſſionis ex potentia ſuitatis, vt notat Bartol. in l.ſi filius hęres, ff. de liber.& poſtum. Ergo multo magis tranſmiſſionem impedire debet iuris deliberandi.

Secundò, principum beneficia non debent alijs præiudicium inferre, l.nec auus, C.de emancip. lib l.2.§.merito, ff.ne quid in loco publ. c.quamuis, de Reſcript. lib.6. Ergò beneficium l. cum antiquioribus, nocere non debet ſubſtituto.

Tertiò, Subſtitutio vulgaris ex mente teſtatoris locum habet in eo caſu, quo inſtitutus hæres nõ ſit, l.cum

D proponas, C. de hæred. inſtit. Sed hoc in caſu inſtitutus hæres non eſt, vt patet. Ergo locus eſt vulgari ſubſtitutioni.

Quartò, prouiſio hominis facit ceſſare prouiſionẽ legis, l. vlt.C de pact.conuent. Ergo prouiſio teſtatoris ſubſtituentis, facit ceſſare tranſmiſſionẽ ex prouiſione legis.

Quintò, Subſtitutus excludit eos, qui à lege vocantur ad ſucceſſionem, l.vlt.C.de neceſſ. ſer. hęred. inſtit. Ergò excludere debet eos, qui à lege habent ius deliberandi ex tranſmiſſione.

Sextò, Subſtitutio eſt potentior iure accreſcẽdi, quod ex legis diſpoſitione locum habet, l. 2. §.ſi duo, ff. de bon. poſſeſ. ſecundum tab. l. 1. §. in primò, & § pro ſecundo, C.de cad. tollend. Ergo eſt potentior iure tranſmiſſionis, de quo agitur.

Poſtremò, adfertur l.prima, C. de his qui ante apertas tabul. in illis verbis. *Licet non ſint inuicem ſubſtituti.* Ex quibus ſignificari videtur potentius eſſe ius ſubſtitutio-

nis,

nis quam tranſmiſſionis, quia ſi eſſent filij inuicem ſubſtituti, ſine vlla difficultate ſuccederent.

Ego exiſtimo priorem ſententiam longè probabiliorem eſſe, & moueor ex dict. l. vnica, § In nouiſſimo, iuncto § cum autem, C. de cad tollen. Verba legis hæc ſunt: *Hæreditatem etenim, niſi fuerit adita, tranſmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur. Exceptis videlicet liberorum perſonis, de quibus Theodoſiana lex ſuper huiuſmodi caſibus introducta loquitur: vt nihilominus, quæ ſuper iis, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis conſtituta ſunt in ſuo robore manſuris.*

Poſtea in §. cum autem, ita pergit textus: *Cum autem in ſuperiore parte legis non aditam hæreditatem minimè, niſi quibuſdam perſonis, ad hæredes defuncti tranſmitti diſpoſuimus: neceſſe eſt, ſi quis ſolidam hæreditatem non adierit, hanc, ſiquidem habeat ſubſtitutum, ad eum, ſi voluerit & potuerit, peruenire, quod ſi hoc non ſit, vel ab inteſtato ſucceſſores eam ſuſcipiant, vel ſi nulli ſunt, vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt, tunc ad noſtrum ærarium deuoluatur.*

Sententia legis eſt; hæreditatem non aditam non tranſmitti exceptis liberorum perſonis, & ſalua tranſmiſſione iuris deliberandi, ex l. cum antiquioribus. His ceſſantibus, hæreditatem non aditam ad ſubſtitutos deuolui, & illis nolentibus vel non valentibus, ab hæredes ab inteſtato pertinere, & ijs non adeuntibus, ad fiſcum. Igitur ſubſtitutus non admittitur, niſi cum prorſus ceſſat ius tranſmiſſionis; atque adeo ipſum tranſmiſſionis ius ſubſtitutioni præfertur.

Quod ratione confirmari poteſt. Nam ſubſtitutus vulgaris, à teſtatore vocatur in eum caſum, quo inſtitutus vel nolit, vel non poſſit hæres eſſe. Cum autem is decedit intra annum, qui ad deliberandum datur, non poteſt verè dici, illum non potuiſſe, vel noluiſſe hæredem eſſe; quia nec repudiauit hæreditatem, & hæres eſſe poterat: Sed caſus euenit non expreſſus à teſtatore, quoniam nec adiuit, nec repudiauit hæres. Ergo ſubſtitutioni locus eſſe non poteſt.

Reſpondet Ripa illum textum retorqueri poſſe, in d. l. 1. num. 138 ff. de vulg. *Aduerte*, inquit, *quia credo quod ille textus ſi fideliter inducatur, probet oppoſitum, referendo verbum, neceſſe eſt, ad caducitatem ſecundum ſubiectam materiam: quaſi dicas, vbi non habet locum tranſmiſſio, eſt neceſſe quod teſtamentum efficiatur caducum, & ſic cadat ad venientes ab inteſtato, vel fiſcum; niſi inſtitutus adiuerit ſolidam hæreditatem, vel niſi adſit ſubſtitutus, qui velit, & poſſit adire: Ergo à contrario, vbi haberet locum tranſmiſſio, teſtamentum non redderetur caducum, etiam ſi inſtitutus, vel ſubſtitutus non adirent. Hoc autem eſſe non poteſt, niſi vltimo loco vocentur ij, ad quos fit tranſmiſſio, & conſequenter bene ſequitur, quod poſt ſubſtitutum veniunt alij iure tranſmiſſionis. Comprobatur inductio ſic; Dicitur in principio legis, quod teſtatores ad caducitatem remouēdam ſæpè faciunt ſubſtitutiones. Dicitur poſtea in §. in nouiſſimo, quod lex in certis caſibus conceſſit, hæreditatem non aditam tranſmitti pariter ad excludendam caducorum obſeruationem. Ergo prouiſio illius legis eſt ſubſidiaria, vnde ceſſare debet, vbi ſubeſt prouiſio ordinaria.* Hæc & alia in eandem ſententiam ille.

Hæc reſponſio nihil obſtat; quia ſubſtitutio fit ad tollendam quidem caducitatem, & ſimiliter caducitas ceſſat, vbi tranſmiſſioni locus eſt: ſed non poteſt ille ordo conſtitui, quem iſte comminiſcitur. Nam Imperator maniſeſtè oſtendit, vbi tranſmiſſioni locus eſt, ibi neceſſariam non eſſe ſubſtitutionem ad tollendam caducitatē; ſed tunc demum cum tranſmiſſio ceſſat. Sic enim Imperator ſtatuit neceſſe eſſe, ſi hæreditatem quis non adierit, quæ alioqui non adita tranſmitti non poſſit, tunc ſi ſubſtitutus adſit, ad eum, ſi velit, & poſſit, peruenire. Ex quo patet tranſmiſſionis cauſam eſſe potiorem, & ſubſtitutum potius in ſubſidium admitti, hoc eſt in eum caſum, quo hæreditas eſſet in cauſa caduci, propterea quod non eſſet tranſmiſſioni locus.

A Confirmatur hæc interpretatio, quia ſi ſubſtituto non ſit locus, quia vel nolit, vel non poſſit adire, non dicit textus, locum eſſe tranſmiſſioni ad hęredem inſtituti, ſed hæreditatem deuolui ad hæredes, qui teſtatori ab inteſtato ſuccedunt, vel ad fiſcum.

Ad argumenta contrariæ ſententiæ reſpondeo. Primum nō conſtat, quia maior illa propoſitio eſt dubia, & incerta, ſcilicet ſubſtitutionem impedire ius tranſmiſſionis ex potentia ſuitatis, qua de re infra diſſeremus.

Ad ſecundum reſpondeo, beneficium l. cum antiquioribus, generale eſſe; & ad omnes pertinere, ſumma niti æquitate, & nemini præiudicium inferre, ſicut nec aliæ leges generales dicuntur alicui præiudicare. Alia ratio eſt in beneficio particulari Principis, quod vni conceſſum, alteri præiudicat. de quo loquuntur leges in argumento citatæ.

Ad tertium reſpondeo, vulgarem ſubſtitutionem eo in caſu locum habere, quo inſtitutus hęres eſſe nolit, vel

B non poſſit; ſed hic caſus non euenit, cum intra deliberandi tempus decedit: Tranſmittit enim ad hæredem adeundi facultatem; & ideo hærede adeunte meritò ſubſtitutus excluditur.

Ad quartum reſpondeo, nihil valere argumentum ex generali, vt vocant, brocardico, vbi ſpecialis lex & ratio pugnat in contrarium.

Ad quintum reſpondeo, argumentum ſumi ex dict. l. vlt. C. de neceſſar. ſeruis hæred. inſtit. in illis verbis: *Hęreditatem autem, ſiquidem ſoluēdo ſit, ad alios venire, quos leges vocant, ſi non aliquis fuiſſet ſubſtitutus.* Senſus eſt, cōditione deficiente, ſub qua ſeruus hęres inſtitutus eſt, hęreditatem eſſe in cauſſa caduci, & ideo ſpectare ad legitimos hæredes, niſi ſubſtitutus adſit; & ſic probat ille textus ſubſtitutum efficere, vt hæreditas non pertineat quaſi caduca ad eos, qui ab inteſtato vocantur ad ſucceſſionem defuncti; non autem probat, impediri aliquam tranſmiſſionem iuris deliberandi.

C Ad ſextum reſpondeo, non rectè ſumi argumentum ex iure accreſcendi, quod eſt ad inſtar tacitæ ſubſtitutionis, ad expreſſam ſubſtitutionem, quia maior virtus eſt expreſſæ, quam tacitæ ſubſtitutionis.

Ad poſtremum reſpondeo, ſententiam legis, de qua in argumento, hanc eſſe; liberos hæreditatem parentum ſuorum non aditam tranſmittere ad ſuos hæredes, licet non ſint eis ſubſtituti; quia ſi ſubſtituti eſſent, non eſſet opus trāſmiſſione. Vtrum autem ſubſtitutio facta vnius, impediat tranſmiſſionem in fauorem alterius, nempe, hęredis eius, qui deceſſit ante aditam hæreditatem, nullum verbum habetur in illa lege.

CAPVT LXIII.

Vtrum filio repudiante hęreditatem, ſuccedat pater, an verò vulgariter ſubſtitutus?

D Sed & ingens controuerſia eſt, filiusfamilias hæres inſtitutus eſt: datus eſt ei vulgaris ſubſtitutus: repudiat hęreditatem patre inuito, vtrum pater eam adire poſſit, & adeundo ſubſtitutum excludere? Affirmant Bart. Aretin. Ang. Iaſon, Socin. ad l. 1. ff. de vulg. & alij ab Alexandro Trentacinquio citati, tracta. de ſubſtitutionibus, parte 1. cap. 6 quibus adde Zaſium, tracta. ſubſtit. tit. de vulgari, in puncto 4. verſ. At vero nos. Duarenus in Commentarijs, de vulga. ſubſtit. titu. de effectu vulgaris ſubſtitutionis.

Negant vero alij multi, ac præferendum eſſe ſubſtitutum contendunt. Alexand. ad d. l. 1. ff. de vulga. & alij a Trentacinquio relati, loco ſuperius annotato, ante num. 4 Quibus adde Gregorium Tholoſanum in Syntagmate iuris, lib. 42. num. 15.

Non referam hic omnia vtriuſq; ſententiæ argumenta: ſunt enim multa ex his leuiſſima, ſed præcipua duntaxat referam.

Prior igitur ſententia, quæ affirmat ſubſtitutum exclu A
di, atq; adeo patrẽ ſubſtituto præfert, nititur potiſſimum
l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. Ita enim ea lege conſtitutũ
eſt: hæreditate filioſamilias delata, *ſiue pater adire filium*
familias integræ ætatis compellit, & ille reclamandum exi
ſtimat; ſiue filiusfamilias adire cupit, & pater in contrariũ
inclinat, liberam habere licentiam, et patrem ipſum ſibi adi
re hæreditatem recuſante filio, & omne ſiue damnum, ſiue
lucrum in ſuam habere fortunam, nullo ex hoc præiudicio
filio generando, & è contrario filium recuſante patre, vt
ibi latius habetur. Ita, vt ſi pater adierit filio repudiante,
pater hæreditatem conſequatur, *quaſi ipſe pater ab initio*
eſſet hæres inſtitutus: vt in § ſimili de[illegible]que modo.

Cum igitur patri liceat, filio repudiante, hæreditatem
adire, non aliter, ac ſi ipſe hæres inſtitutus eſſet, ârgumẽ-
tum hic perſpicuum vt patrem adire poſſe, & ſubſtitu-
tum excludere.

Potiſſimum autem contrariȩ ſententiȩ firmamentum
eſt in l. 3. de hæred. inſtit. vbi probatur, ſeruo hærede in-
ſtituto, adire nolente, etiam ſi adire iubeatur à domino, B
ſubſtitutum tamen excludi.

Ego ſanè poſteriorem hanc ſententiam, quæ ſubſtitu-
to fauet amplector, ſed non ſolidum eſſe iudico eius fun
damentum, quia non eſt idem in fauorem domini con-
ſtitutum, quod in fauorem patris, vt nimirum, recuſan-
te ſeruo, dominus adire poſſit hæreditatem, ſicut filiofa-
milias repudiante, pater adire poteſt. Fundamentum il-
lud eſt ſolidum, quia venit caſus vulgaris ſubſtitutionis:
Illa enim locum habet, ſi hæres inſtitutus, aut nolit, aut
non poſſit hæres eſſe, ſed hic non vult hæres eſſe, quia re
pudiat hæreditatem, Ergo ſubſtituto locus eſt.

Nec pater obſtat, quia licet is adire poſſit repudiante
filio, non tamen hoc in caſu id procedit, quo filio repu-
dianti ſubſtitutus datur. Nam voluntas ac diſpoſitio te-
ſtatoris obſeruari debet, & contrariæ legis diſpoſitioni
præferenda. Lex quidem vocat patrem, ſi filius repudiet,
hic teſtator vocat alium. Primum autem locum ſibi vin-
dicare debet voluntas defuncti, l. in conditionibus pri- C
mum locum, ff. de cond. & demonſt.

Ceſſante vero ſubſtitutione, tunc legis beneficium pa-
ter habet, & filio repudiante, adire poteſt, perinde ac
ſi hæres ab initio inſtitutus eſſet. Ita eſt accipienda l. vlt.
C. de bonis, quæ liberis. non autem, vt loquatur eo caſu,
quo ſubſtitutus adeſt, de quo nullum eſt in tota illa pro-
lixa Conſtitutione verbum, & quod, ſi quis ſtatuat, ini-
quum eſſe videtur. Cur enim ſubſtituto à teſtatore voca
to, ſi filius hæres eſſe noluerit, alteri nempe patri, hæredi
tatem deferendam quiſpiam exiſtimauerit, filio hæredi-
tatem repudiante, contra expreſſam voluntatem teſtato-
ris, cum leges iuſtis teſtantium diſpoſitionibus obedien-
dum eſſe tam ſerio mandent, vt in l. vlt. C. de fideicom-
miſſis §. diſponat, in Auth. de nupt.

Non obſtat, ſi dicatur, verba ſubſtitutionis vulgaris in
hȩrede, qui alieno iuri ſubiectus eſt, puta ſeruo, vel filio-
ſa. illa nempe, *ſi hæres non erit*, hunc habere ſenſum, i. ſi D
neque ipſe hæres erit, neq; aliũ hæredem fecerit, vt in l.
ſi paterfam. ff. de hæred inſtit. & in §. vlt in Inſti. de vulg.
& conſequenter ita accipienda eſſe in propoſito, quantũ
ad filiusfam. ſcilicet, ſi nec ipſe hæres erit, nec patrem hæ
redem fecerit. Hoc autem in caſu repudiando facit patrẽ
hȩredem. Non, inquam, id obſtat: quia intelligitur id pro
cedere, cum filius vel ſeruus adiuit, & ſic adeundo fecit
hæredem patrem, vel dominum, non autem cum non
adiuit. Id patet, quia ſi non adiuit ſeruus, domino non ac
quiritur hæreditas, ſed ſubſtituto vulgari, vt in d. l. 3. C.
de hȩred. inſtit. Nec valet replicatio, aliud eſſe conſtitutũ
in filioſam. repudiante, vt in d. l. vlt. C. de bonis quæ lib.
quia non hic per omnia ſeruum, & filiumfam. æquipara-
mus, ſed verba illa interpretamur: *Si nec alium hæredem*
fecerit, ita eſſe accipienda, cum videlicet adita eſt hære-
ditas à filio vel ſeruo. Nec enim l. vlt C. de bonis quȩ lib.
quidquam de filioſam. nominatim conſtitutum eſt in ea
ſpecie, qua datus fuerit filio vulgaris ſubſtitutus.

CAPVT LXIV.

Vtrum fiſcus excludat vulgarem ſubſtitutum.

GRatis, niſi mea me fallit opinio, controuertitur;
vtrum fiſcus excludat vulgarem ſubſtitutum. Exẽ
pli cauſa: Hæres inſtitutus, cui vulgaris datus eſt
ſubſtitutus; *Si videlicet noluerit, vel non potuerit hæres eſſe*,
delictum committit, propter quod hæreditatem habere
non poteſt. Vtrum fiſcus ei ſuccedat, & auferat tanquam
indigno, hæreditatem, an vero ſubſtitutus. Eſt hoc in
controuerſia poſitum ſine cauſſa, vt dicebam; quia ſubſti
tutum ſuccedere debere indubitati iuris eſt. Namq; con-
ditio ſubſtitutionis euenit vt patet; Cum enim hȩres ſuc-
cedere non poſſit, non fit hæreditas caduca, ſed pertinet
ad ſubſtitutum, ex l. vnica, C. de caduci. tollend. § cum
autem, Authen. Hoc amplius, C de fideicommiſſis. Nec
enim ob culpam hæredis debet iniuria fieri ſubſtituto.
Argumento l. Papinianus, §. meminiſſe, ff. de Inoffic te-
ſtam. ibi: *Cæterum ſi ed rogatus fuerit reſtituere, non debet*
iniuria fieri. Et loquor in eo caſu quo hæres non adiuit;
ſi enim adiuiſſet hæreditatem, ceſſaret vulgaris ſubſtitu
tio, l. poſt aditam, C. de impuber. & alijs ſubſtit. & meri-
tò fiſcus auferret ob delictum, atque ita docent Angel.
in l. 1. ff. de vulg. Petrus Gregorius Tholoſanus, in Syn-
tagmate Iuris, lib. 42. cap. 14. Duarenus in Commenta-
rijs ad Tit. de Subſtitut. tit. quibus verbis fiat vulgaris
ſubſtitutio. & alij multi, quos refert Alexander Trenta-
cinquius de ſubſtitutionibus parte prima, capit. octauo,
poſt num. 5.

Contrarium docuere Bartol. in d. l. §. nu. 26. ff. de vulg.
quem ſequuntur ibi Imola, Alexander, Iaſon, Socin. Fer
nandus Vaſquius, de ſucceſſionum progreſſu, in præfa-
tione lib. 2. num. 12. & alij à Trentacinquio annotati lo-
co ſupra citato, num. 1. Iſti docent fiſcum præferendum
eſſe ſubſtituto.

Ripa vero, in d. l. 1. nu. 155. quem, & Trentacinquius
ſequutus eſt, diſtinctione ita vtitur, minus certè neceſſa-
ria; vt ſiquidem hæres inſtitutus indignus ſit, ita vt non
ſit capax hæreditatis; tunc præferatur ſubſtitutus; ſi verò
ſit capax hæres, ſed indignus, tunc fiſcus præferatur, ar-
gumento, l. ſi poſt mortem, §. vlt. ff. de bonor. poſſeſſ. con-
tratab. quæ tamen lex nihil ad rem pertinet, & hanc di-
ſtinctionem non bene percepit Trentacinquius, dum di
xit in hoc ſecundo membro diſtinctionis fiſcum præfer-
ri, ſi hæres ſit capax, & hæreditatem adiuit. Non ita lo-
quitur Ripa, nec vlla eſt dubitatio, quin ſubſtitutus exclu
datur, cum inſtitutus hæreditatem adiuit; quia poſt adi-
tam hæreditatem expirat vulgaris ſubſtitutio, l. poſt adi-
tam, C. de impub. & alijs ſubſtitut. & conſequenter tunc
fiſcus auferet hæreditatem, & ſic ſuccedit ac præfertur
ſubſtituto.

Sed videamus quantum habeant momenti argumen-
ta eius ſententiæ, quæ fiſco ſuffragatur. Primum eſt ex l.
ſi ſequens, ff. ad Syllanianum. Martianus: *Si ſequens gra-*
dus vltus fuerit necem teſtatoris, an prior hæreditas ad illũ
transferatur. Et ait Papinianus non eſſe hoc. Nam pœna il-
lius, huius præmium eſſe non debet.

Reſpondeo, non conſtare nobis, an Iuriſconſultus de
ſubſtituto vulgari loquatur: & dato, quod loquatur in ea
ſpecie hȩredem iam adiuiſſe hȩreditatem, atque ideo per
eius aditionem excluſum fuiſſe ſubſtitutum vulgariter.
Ratio autem dubitandi erat, quia ſubſtitutus (quem Iu-
riſconſultus, ibi vocat ſecundum gradum) vltus erat ne-
cem teſtatoris, ideo videbatur dicendum eum ſuccede-
re. Contrarium reſpondit textus, nempe, hæredis pœ-
nam, qui priuatus erat hȩreditate, propter accuſationem
omiſſam, huius, id eſt, ſubſtituti, licet vindicantis defun-
cti necem. præmium eſſe non debere.

Vt intelligamus illud reſponſum in hærede, qui iam
adiuerat hæreditatem, ratio nos impellit. Etenim ini-
quum eſſet eum pœna afficere, qui necem teſtatoris vl-

tus non eſſet, ſi eius hæreditatem adire noluent & contempſerit. Certè ratio non patitur, vt is vlla afficiatur pœna. Nam tanti non æſtimauit hæreditatem, vt accuſationem inſtituere vellet aduerſus occiſores defuncti. Cum vero quis hæreditatem adiuit, tunc pęna affici debet, ſi non accuſauerit occiſores, quia is iurare debet ſe necem defuncti vindicaturum. Sic & in l. neceſſarias, quinto, § primo, ff. eodem titu. non aliàs reſponſum eſt bona publicari, quam ſi hæres adierit hæreditatem ante quæſtionem de familia habitam, & ſupplicium ſumptum.

Secundum argumentum eſt ex eo, quod ſi hæres hæreditatem adiuit, iam excluſus eſt ſubſtitutus, vt dictum eſt: ſi vero non adiuit, videtur in fraudem fiſci id factum; & ideo eſt perinde, ac ſi adiuiſſet, l. non iuſtam C. ad Trebell.

Reſpondeo, fraudem illam non eſſe præſumendam, l. qui autem, ff. quę in fraudem creditor. Poteſt enim hęres ex alijs cauſis non adire, vt patet.

Tertium argumentum eſt ex l. in ſeruitutem, §. ei qui, ff. de bonis libertor. vbi, ſi patronus indignus efficiatur eam ob cauſſam, quod contra tabulas bonorum poſſeſſionem petat, non tamen locus erit ſubſtituto. Reſpondeo, non eſſe locum ſubſtituto, in ea portione, cuius poſſeſſio patrono data eſt, vt inquit ibi textus. Et ſic non obſtat: quia nos etiam dicimus, hærede adeunte excludi ſubſtitutum.

Quartum argumentum eſt, quia hæres, qui eſt indignus facit hæredem alium, nempe fiſcum: Aufert enim ab eo tanquam ab indigno, ergo vulgari ſubſtituto locus non eſt: quia illa conditio ineſt, ſi hęres non erit, quę tacitè aliam continet, videlicet, vel alium hæredem non fecerit, l. ſi paterfam. ff. de hęred inſtit.

Reſpondeo, illam conditionem, ſi hæres, non erit, ita eſſe accipiendam, vel alium hęredem nō fecerit, ſcilicet adita hęreditate, & mutata conditione, vt in dicta l. ſi paterfamilias. Nam ſi hæres ipſe inſtitutus non adierit hęreditatem, alium hęredem facere non poteſt, l. 3. C. de hæred. Inſtit.

Quintum argumentum eſt ex l. recuſare, § ſi fiſco, ff. ad Trebellianum. Sed non pertinet ad rem noſtram. Agitur enim ibi de fiſco compellendo, vt hæreditatem adeat, & fideicommiſſario reſtituat. Non erat in ea ſpecie datus ſubſtitutus vulgariter, quod patet, quia textus dicit bona vacantia fuiſſe, & ideo ad fiſcum delata.

Sextum argumentum eſt ex l cum fiſco, ff. ad Syllanian. Caius; *Cum fiſco caduca bona defunctis adiſcuntur propter inuitam mortem*, &c. His verbis patet hæreditatem aditam non eſſe; quia ſi hæreditas adita eſſet, non diceretur caduca.

Reſpondeo, textum illum non loqui eo in caſu, quo ſubſtitutus eſt datus: tunc enim caduca non eſſent bona, ſed pertinerent ad ſubſtitutum. Et caduca dici poſſunt bona, etiam poſt aditam hæreditatem: quia videlicet propter culpam hæredis ad fiſcum deuoluantur, argum, l. vlt. C. de iure emphyt.

CAPVT LXV.

Vtrum filius hęres à patre inſtitutus legitimam accipere, & reliquam hæreditatem repudiare poſſit.

Communis & vera ſententia eſt, filium hæredem à patre inſtitutum repudiare non poſſe hęreditatem, legitima retenta. Vide Bart. & alios Doctor. in l. 1. ff. de vulgar. & latè alios referentem Trentacinquinū, de ſubſtitutionibus, par. 1. cap. 10. nu 24 Fundamentum eſt ſolidum, quia nemo poteſt hęreditatem pro parte adire, & pro parte repudiare, l. 1. & 2. ff. de acq. hęred. Ergo neq; filius poteſt legitimam accipere, quę eſt tertia pars hęreditatis, vt in Nouella de Triente & Semiſſe, &

A reliquam hęreditatem repudiare. Huc accedat, quod aut filius vellet legitimam accipere ſeu retinere tanquam ex teſtamēto relictam, aut tanquam ab inteſtato debitam: Si tanquam ex teſtamento, ergo teſtator pro parte teſtatus decederet, & pro parte inteſtatus, contra regulam l. ius noſtrum, de reg. iuris. Pro parte teſtatus decederet; quia legitimam ex teſtamento filius haberet; pro parte verò inteſtatus, quia reliquam repudiaret hæreditatem. ſi tanquam ab inteſtato legitimam filius capere velit, nō poteſt; quia quandiu hæreditas ex teſtamento adiri poteſt, ab inteſtato non defertur, l. quamdiu, 2 ff de acquir. hæred. & nemo poteſt omiſſa cauſſa teſtamenti ab inteſtato hæreditatem adire, vt habetur in tit. ff. ſi quis omiſſa cauſſa teſtamenti, &c.

Sed operæ precium eſt argumenta diluere, quę pro cōtraria ſententia adferuntur, quam ſecutus eſt Ludouicus Romanus in l. 1. ff. de acq hęred & alij, quos commemorat Trentacinquinus loco proximè citato.

Primum argumentum eſt, quia creditor, cui delata eſt
B hęreditas, poteſt eam repudiare, & creditum ſuum petere, allegatur l. vt debitum, C. de hęred. act. quæ hoc non dicit, ſed tamen eſt veriſſima propoſitio: tunc enim fit confuſio crediti, ſi hæreditatem creditor adierit; non autem, ſi eam repudiauerit: Sed filius eſt creditor in legitima, l. prima, §. ſi impubere, ff. de collat. Ergo poteſt legitimam, tanquam ſibi debitam accipere, & hæreditatem repudiare.

Sed omiſſis aliorum reſponſionibus, & ea diſputatione; an filius reſpectu legitimæ dicatur creditor Reſpondeo, latom eſſe diſcrimen inter filium, cui legitima debetur, & alios creditores. Nam quod alijs creditoribus debetur, non eſt pars hęreditatis, ſed eſt quid diuerſum ab hęreditate. Quare nihil prohibet, quo minus hæreditate repudiata, creditum ſuum conſequantur, ſed legitima, quæ filio debetur, eſt tertia pars hęreditatis, vel dimidia, pro numero liberorum, iuxta Nouellam, de Triente & Semiſſe. Ideo non poteſt hæreditatem re-
C pudiando, ſaluam habere legitimam: ſic enim pro parte hęreditatem adire poſſet, & pro parte non adire, quod eſt abſurdum.

Reſpondent contrarię ſententiæ autores, Imò legitimam eſſe partem bonorum, non autem hæreditatis, quod ex eo manifeſtum eſt; quia deducitur in primis æs alienum in ea ſupputanda, l. Papinianus, § quarta, ff. de inoffi teſta. & bona dicuntur, quæ ſuperſunt deducto ære alieno, l ſubſignatum, § bona, ff. de verb. ſign.

Item reſpondent, legitimam iure hęreditario deberi filio, & in ea eſſe inſtituendum hæredem, vt in §. Aliud quoque capitulum, in Auth. Vt cum de appellat. cognoſcitur. &c. ſcilicet, ſi hoc ipſum vtile ſit filio, non autem, ſi prǽiudicium afferat, vt in caſu iſto; quia non poſſet legitimam habere, niſi totam hæreditatem haberet: Nam quod fauore Introductum eſt, in odium retorqueri non debet, l. quod fauore, C. de legib.

Ad iſta replicari poteſt, legitimę quidem rationem ita
D eſſe ineundam, vt deducatur ęs alienum, ſed non inde infertur, eam non eſſe partem hęreditatis. Nam hęreditas nihil eſt aliud, quam ſucceſſio in vniuerſum ius defuncti, l. nihil aliud, ff. de verb. ſign. Et legitima eſt tertia pars, vel dimidia dictę ſucceſſionis, adeò, vt cum filius tertiam partem ſubſtantię habet, tunc dicatur legitimā habere; & ſic effectu ſuccedit filius in tertia parte. Quanta verò ſit pars illa legitimę, hoc eſt, quanti ęſtimari debeat, intelligi non poteſt, niſi deducto ęre alieno: illud enim minuit defuncti ſubſtantiam, vt patet.

Quod verò dicebatur, in fauorem filij conſtitutum eſſe, vt debeat inſtitui in legitima, & ideo non eſſe retorquendum in odium; nihil mouet; quia iſtud eſt ex natura rei. nec enim poteſt hęres eſſe pro parte, & pro parte non Sicuti nec valeret argumentum, ſi quis diceret, nō teneri filium hęredem inſtitutum ad ſoluendum ęs alienum defuncti; quia id ei pręiudicat, & in fauorem filij conſtitutum eſt, vt hęres inſtitui debeat. Hoc enim

ſequitur ex eo, quod hæres inſtitutus eſt, vt æs alienum A
teneatur ſoluere; nec vlla ratio habetur fauoris filij; quia eſt onus coniunctum rei.

Secundum argumentum eſt, quoniam filius renunciã do hæreditati, non intelligitur renunciare legitimæ, ſed requiritur ſpecialis renunciatio, l ſi quando, §. & generaliter, C de inoff. teſtam. ex quo videtur inferendum, filio ſaluam remanere legitimam, quamuis hæreditati renũciet. Reſpondeo, nec textum illum id probare, quod aſſumitur, nec rectè inferri poſſe, quod infertur. Hoc dicit ille textus; Filium, qui defuncti iudicium ſimpliciter agnouit, & approbauit, non idcirco excludi, quo minus legitimam petere poſſit, niſi ſpecialiter legitimæ renunciauerit. De renunciatione hæreditatis nullum verbum in ea lege. Non rectè autem illud infertur: quia vt maximè verum eſſet, filium renunciantem ſimpliciter hæreditati, non videri legitimæ renunciare; non tamen efficitur, filium ipſe renunciare poſſe hæreditati, retenta legitima. Hæc penitus diuerſa ſunt, an filius poſſit hæc facere, an vero vnum faciendo, videatur & alterum fa- B
cere: Sic enim dicere poſſemus, filium quidem renunciã do hæreditati, non videri legitimæ renunciare; ſed tamen non poſſe ita hæreditati renunciare, vt legitimam retineat.

Tertium argumentum eſt, quia ſi non liceret filio legitima retenta renunciare hæreditati, is legitima priuari poſſet ſub ea conditione, ſi videlicet hæreditati renũciaret, quod abſurdum eſſe videtur. Reſpondeo, abſurdum non eſſe, ſicut nec abſurdum eſt, vt quis hæreditatẽ pro parte adire non poſſit, & pro parte repudiare, l. 1. & 2. ff. de acquir. hæred.

Quartum argumentum eſt, quia omne grauamen, & omne onus, & cõditio legitimæ adiecta reijcitur à lege, & pro non ſcripta habetur, l. quoniam in prioribus, C. de inoff. teſtam. Ergo & illud grauamen, de quo agitur, eſt reijciendum, vt nimirum filius legitimam ſuam conſequi non poſſit, niſi hæreditatem acceptet. Reſpondeo, illud non eſſe grauamen aliquod legitimæ adiectum, ſed C
iuris eſſe præclaram & iuſtam conſtitutionem, qua cauetur, neminem poſſe pro parte adire hæreditatem, & pro parte repudiare; quia hæreditas eſt indiuidua, & nemo poteſt ꝓ parte decedere teſtatus, & pro parte inteſtatus & pro parte hęredem habere, & pro parte non habere. Sic enim pro parte defuncti perſona repræſentaretur, pro parte non. Item, onera hęreditaria pro parte ſubirentur, pro parte non ſubirentur, induceretur que maxima confuſio & iniquitas, quam legum autores magnopere conati ſunt euitare.

CAPVT LXVI.

Vtrum teſtamentum vires aſſumere poſſit à ſubſtitutione vulgari tacita, quæ in expreſſa pupillari continetur, pupillo poſt mortem teſtatoris decedente ſine aditione.

INter omnes conſtat, teſtamentum vires ex ſubſtitutione vulgari expreſſa aſſumere, ex l. 3. § vlt. ff. de lib. & poſtum. l ſecunda, C. de hæred. inſtit. l. vnica, §. in primo, & in nouiſſimo, C. de cad. tollend. l. Thais, §. Spẽdophorus, ff. de fideic. libert. Sed vtrum etiam ex tacita, quæ in expreſſa pupillari continetur, non eſt eadem omnium ſententia. Affirmant aliqui, alij negant, vt videre licet ex commentarijs Ripæ, ad l. prima. ff de vulg. & pupill. numero 162. Vaſquio de Succeſſionum progreſſu, lib. 2. §. 2. num. 22. & 23. Corneo in conſil. 199. num. 24. lib 2. Alexandro Trentacinq. de Subſtitutionibus, parte prima, cap. 10. nume. 14. & ſeq. Mantica de Coniecturis vltimarum volunt. lib. 5 tit. 5. nume. 7. & ſeq. Ego verò ſic ſtatuo, neutram opinionem aliqua lege probari. Adſeruntur enim pro ſententia affirmante, l neque enim, §. vlt. ff. de milit. teſtam. & l. ſi pater filium, ff de vulg. & pupillari quæ quidem leges de tacita hac vulgari, quæ in expreſſa pupillari continetur, nullam faciunt mentionem Rurſus pro negante adſeruntur, l. ita tamen. § à patre, ff. ad Trebell. & l. apud Iulianum, §. idem Iulianus, ff. eo tl. quæ prorſus nihil ad rem dicunt, quam ob rem ratione aliqua ex legibus petita hanc quæſtionem decidi oportet. Illa verò hæc eſt: In expreſſa pupillari ſubſtitutione tacitè vulgaris continetur, ex iuſta quadam interpretatione voluntatis defuncti. Nam ſi ſubſtitutum ſuccedere filio ſuo adeunti hæreditatem, & in pupillari ætate morienti voluit; creditur etiam voluiſſe eundem ſuccedere filio non adeunte. Eſt enim eadem ratio, & hæc eſt coniectura voluntatis lege approbata, iuxta l iam hoc iure, ff. de vulg. Ergo ſi pupillus non adierit, nihil prohibet, quo minus ſubſtitutus ſuccedat: is enim intelligitur eſſe in eum caſum ſubſtitutus, quo filius hæres non erit. Atqui hæres non eſt, vt in quæſtione propoſita, ergo ſubſtitutus admittendus eſt.

At contra ſubſtitutio pupillaris hæreditate nõ adita vitiatur, l 2 § adeò, ff de vulg. ergo & tacita vulgaris in illa comprehenſa. Reſpondeo, negando conſequentiam: Si enim locum haberet, expreſſa pupillaris, euaneſceret vulgaris ſubſtitutio tacita; quod tamen nemo dixerit. Immò vero tacita vulgaris, quæ ineſt, ita demum effectum habet, ſi pupillus non adierit; quia hoc velle teſtator intelligitur, vt ſubſtitutus admittatur vtroque in caſu: in eo ſcilicet, quo expreſſus eſt, ſi impubes deceſſerit, & in altero, ſi hæres non erit: quare vulgaris hæc tacite, licet inſit in pupillari, non tamen ab ea ſic pendet, vt pupillari vitiata, ipſa quoque euaneſcat. Valeat ergo illud generale brocardicum: *Vitiato expreſſo, vitiatur tacitum*, l. ſi ſponſus, § 1 ff. de dona. inter virum, & vxor. & ſi brocardicis agendum eſt, huc afferatur illud, vitiato expreſſo, non vitiatur tacitum æquè principale, l fideiuſſor, & ibi Bar. de leg 1.

CAPVT LXVII.

Vtrum idem ſit ſtatuendum, quod in præcedenti capite concluſum eſt, ſi filius ante patrem teſtatorem deceſſerit.

EXiſtimo etiam in ea ſpecie teſtamentum à vulgari tacita, quæ in pupillari expreſſa ſubſtitutione continetur, vires aſſumere, qua deceſſit ante pupillus teſtatorem. Et ratio mea eſt; quoniam lex ita illam ſubſtitutionem interpretatur, ac ſi teſtator dixerit, filium meũ hæredem inſtituo, & ſi is hæres non erit; vel hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, Titium ſubſtituo: Sic enim fieri ſolet ſubſtitutio pupillaris, l. 1. ff de vulgar. & pupil. Ergo ſi pupillus hæres non fuerit, ſubſtitutus erit hæres. Sed decedente ante teſtatorem pupillo, non eſt hæres, pupillus, vt patet, ergo ſubſtitutus erit hæres Euenit enim caſus ſubſtitutionis, vt Doctores loquuntur.
D Quam ob rem ne teſtamentum ſit in cauſa caduci, planè dicendum eſt illud valere, & ab ipſa ſubſtitutione robur accipere, atque ita docuerunt Alexand in d l. 1. num 32. ff. de vulg Socin. ibid num. 36 Iaſ. nume. 59. Fernandus Vaſq. alios citans, de Succeſſionum creatione, libro 3. § 21. numero 242.

Contrariam ſententiam habuerunt multi ex antiquis interpretibus, in d. l. 1. ff. de vulg. & præter eos Angelus in conſil. 40. Reperitur inter liberos. Oldradus in conſil. 20. Quidam hæres. Fridericus Senenſis, in conſil. 266. Reſcribatis mihi. Bald. in conſil. 151. in 4. volum. & 170. lib 5.

Fundamentum eſt præcipuum in l. quod ſi filius, ff. de captiuis & poſtlim. reuerſis. Papinianus: *Quod ſi filius ante moriatur in ciuitate, nihil eſt quod de ſecundis tabulis tractari poſſit ſiue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur*, &c Si moriente filio ante patrem, de ſecũdis tabulis, id eſt, de pupillari ſubſtitutione tractari nõ poteſt;

teſt, ergò nec de vulgari, quæ ineſt ac tacitè intelligitur in ea comprehendi. Reſpondeo, non poſſe tractari de ſecundis tabulis in eum finem, vt locus ſit pupillari ſubſtitutioni: illa enim locum habet, ſi prius pater decedat, deinde filius in pupillari ætate; ſed quantum ad vulgarē attinet, illa mortuo ante teſtatorem impubere locum habebit, quamobrem de illa textus non loquitur: neque enim vulgaris ſubſtitutio nomine ſecundarum tabularū venit, cum per eam non pupillo ſuccedatur, ſed teſtatori. Nec bona eſt collectio. Vitiatur pupillaris ipſa ſubſtitutio, ergo & vulgaris, quæ illi ineſt. Nam non ita ineſt, vt ab ea dependeat, vel acceſſorij vicem ſuſtineat, ſed vt principalis, & ipſa ex legis interpretatione cōſiderari debeat, quaſi duo hæc voluiſſe teſtator videatur: vnum, vt moriente filio hęrede intra pubertatem ſubſtitutus eſſet hæres. Alterum, vt filio hærede non exiſtente ſuccederet ſubſtitutus. Ideo non ſi vnum ex his vitiatur, idcirco alterum vitiari debet.

Cæterum Batto. in Commentarijs d. l. 1. num. 32. ff. de vulg. illam diſtinctionem adhibuit; vt ſi quidem teſtator filio defuncto mutare potuit teſtamentum, & non mutauit, tunc vulgaris ſubſtitutio euaneſcat, ſecus ſi mutare nō potuit, vt quia ſtatim, & ipſe mortuus eſt, vel cauſam non mutandi habuit, quia fortè exiſtimauit filium ſuum viuere: tunc enim locus erit ſubſtituto. Sequuntur eandem ſententiam Ripa, in eodem loco, nu. 167. Corn. conſil. 207. lib. 1. Caſtren. in conſil. 13. lib. 1.

Fundamentum eſt primo in l. tractabatur, ff. de milit. teſtamen. vbi eadem diſtinctio adhibetur, & in l. 3. C. de inoff. teſtam. Reſpondeo, latum eſſe inter hęc diſcrimē, & quæſtionem propoſitam. Nam quod attinet ad l. tractabatur, agitur ibi de fideicommiſſo, quod ab hærede reſtituendum erat; & quoniam illud deficit, ſi hæreditas non adeatur, ideo, vt ſuſtineatur coniectura voluntatis opus eſt; illa verò eſt, quoties hęres moritur ante aditam hæreditatem ignorante id teſtatore, vel poſt mortem teſtatoris ipſe hæres moritur, priuſquam hęreditatem adierit: tunc enim, quia teſtator non habet cauſam teſtamentum mutandi, intelligitur hoc velle, vt hæreditas reſtituatur per fideicommiſſum, ſi fuerit adita; ſi verò adita non fuerit, vt ſit locus ſubſtituto. At in quæſtione noſtra tali coniectura non eſt opus; quoniam ipſa vulgaris ſubſtitutio ſuum obtinet effectum per mortem filij ante teſtatorem. Tunc enim cum hæres ille non ſit, ideo ſubſtitutus hæres erit, quemadmodum teſtator ab initio deſignaſſe, ac voluiſſe intelligitur.

Quod vero attinet ad l. 3. C. de inoff. teſtam. ibi perpēdit textus, matrem mutare potuiſſe teſtamentum ad effectum, vt filium, quem viuere ſciebat, & non inſtituerat, prætерijſſe intelligeretur, quæ res cum quæſtione hac noſtra commune nihil habet.

CAPVT LXVIII.

Vulgaris ſubſtitutio ſeparatim facta perſonis imparibus, an contineat tacitam pupillarem?

SI vno ex filijs pubere, altero impubere exiſtente eos pater inſtituat, atq; inuicem ſubſtituat, certum eſt, vulgari tantum non etiam pupillari ſubſtitutioni locum eſſe incongruum enim eſſet, vt in altero duplex ſubſtitutio intelligeretur, in altero autem vna tantum vulgaris, l. iam hoc iure, ff. de vulg. Cæterum, ſi ſeparatim ſubſtitutio fiat, vtrum idem reſpondendum ſit, non eſt eadē omnium ſententia. Etenim Doctores Vltramontani in l. quamuis, C. de impub. & alijs ſubſtit. idem iuris eſſe dixerunt, necnon Cynus ibidem, & hanc ſententiam veriorem videri dicebat Ripa, in l. 1. numer. 170. ff. de vulg. Sed contrarium Itali Doctores omnes docuerunt in d. l. 1. ff. de vulgar. vt Ripa teſtatur loco proximè citato, & Alexander Trentacinquius de ſubſtitutionibus parte 5. cap. 11. num. 5. quibus adſtipulatur etiam Zaſius de ſub-

A ſtit. in princ. tractatus in ſexto effectu vulgaris ſubſtit. limitat. quinta, necnon, & Duarenus in Commentarijs ad tit. de ſubſtit. cap. de effectu vulgaris ſubſtit. Et iſtis ego aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex d. l. iam hoc iure, ff. de vulgar. illis verbis: *Hoc itaque caſu ſingulis ſeparatim ſubſtituere pater debebit. vt ſi pubes hæres non extiterit, impubes ei ſubſtituatur; Sin autem impubes hæres extiterit, & intra pubertatem deceſſerit, pubes frater in portionem cohæredis ſubſtituatur. quo caſu in vtrumque euentum ſubſtitutus videbitur; ne ſi vulgari modo impuberi quoque ſubſtituat, voluntatis quæſtionem relinquat, vtrum de vna vulgari tantummodo ſubſtitutione in vtrinſque perſona ſenſiſſe intelligatur, ità enim in altero vtraque ſubſtitutio intelligitur, ſi voluntas parentis non refragetur. vel certè euitandæ quæſtionis gratia ſpecialiter in vtrumque caſum impuberi ſubſtituat fratrem,* &c.

Nec quicquam mouet argumentum Gallorum in eo
B poſitum, quod videatur incongruum eſſe, vt in perſona vnius duplex locum habeat ſubſtitutio, in perſona verò alterius vna duntaxat. Et hæc ratio legis locum habeat, ſiue coniunctim, ſiue ſeparatim ſubſtitutio fiat. Nam, vbi ſeparatim fit ſubſtitutio, quælibet ſeruat ſuam naturam: Et ideo cum impubes puberi ſubſtituitur, intelligitur eſſe ſubſtitutus in caſum vulgaris ſubſtitutionis tantum, ratio eſt: quia vulgaris ſubſtitutio tunc continere non poteſt tacitam pupillarem, cum ille, cui ſubſtitutio fit, ſit pubes. Cum verò pubes impuberi ſubſtituitur, intelligitur ſubſtitutus in caſum pupillaris ſubſtitutionis: Et quoniam pupillaris ſubſtitutio vulgarem tacitè continet, hinc fit, vt & in caſum vulgaris ſubſtitutus eſſe videatur.

Nil moratur etiam, quod reſpondetur ad textum, qui pro Italorum opinione affertur, nempe Iuriſconſultum loqui, quando ſeparatim ſubſtitutio fit pupillaris ipſi impuberi filio, non autem, cum vulgaris fit ſubſtitutio, vt
C patet ex illis verbis tex. *Sin autem impubes hęres extiterit, & intra pubertatem deceſſerit*, &c. Et iterius ex illis verbis: *Ne ſi vulgari modo impuberi quoq; ſubſtituat*, &c. Quibus verbis ſignificare videtur aliter eſſe cōſtitutum, ſi impuberi fiat vulgaris ſubſtitutio.

Reſpondeo, in eo textu tria contineri. Primum, illud de pupillari ſubſtitutione ſeparatim facta impuberi, quòd vulgarem contineat, & iſtud non facit ad rem. Alterum, de vulgari, nempe; ſi impuberi ſeparatim ſubſtituat teſtator vulgari modo, voluntatis quæſtionem fore. Et iſtud ad rem noſtram pertinet, quia non dicit tex. voluntatis futuram quæſtionem abſolutè: quaſi videlicet tunc vulgaris pupillarem non contineat, niſi appareret eā fuiſſe mentem, ac voluntatem teſtatoris: ſed tex. dicit relinqui poſſe voluntatis quæſtionem, quia ex coniecturis aliquibus dubium eſſe poterit, an teſtator voluerit tacitam pupillarem in vulgari contineri, vt patet ex verbis ſequentibus: *Ita enim in altero vtraque ſubſtitutio intelli-*
D *gitur, ſi voluntas parentis non refragetur*. Quibus verbis indicat Iuriſc. pupillarem tacitam comprehendi quidem in vulgari ſeparatim facta: ſed tamen quæſtionem oriri poſſe voluntatis teſtatoris: & ideo ſubdit tertium, nēpe, ad euitandum voluntatis quæſtionem, conſultum eſſe ſpecialiter in vtrumque caſum impuberi ſubſtituere.

CAPVT LXIX.

Quid ſi duobus impuberibus ſeparatim ſubſtitutio fiat, vni vulgaris, alteri pupillaris, an tunc vulgaris contineat pupillarem.

SEd rurſus cōtrouerſia eſt. Ambo filij ſūt impuberes, alterū alteri ſeparatim teſtator ſubſtituit, ſed nō eodem modo. Nā vnū alteri vulgari modo ſubſtituit: Alterum verò pupillariter, vtrū in ſubſtitutione vulgari cōtineatur pupillaris? Affirmant Alex. in l. iam hoc iure,

nu.7.ff de vulg.& Soc.ſen.in l.1.num.8.verſ. decimo & A
vltimo limitat.ff.eo.tit.poſt Gulielmum Cunium, quem citant. Negant Ripa, in d.l.1.ff.de vulg. nu.171. & Alex. Trentacinq.de Subſtitutionibus par.1. cap.11.num.6. Et hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior eo argumento, quòd ſubſtitutio facta in altero caſu, in vtroque caſu facta intelligitur, ſi voluntas parentis non refragetur, vt inquit Iuriſc in l.iam hoc iure, ff.de vulgar Sed hic refragari videtur; quia in vnius perſona paterfamilias vulgari modo ſubſtitutionem fecit, in alterius verò perſona pupillariter ſubſtituit: Si enim voluiſſet in vtriuſque perſona locum eſſe pupillari etiam ſubſtitutioni, facilè potuiſſet exprimere, ſicut in alterius perſona expreſſit, cum non expreſſerit nec voluiſſe præſumitur, argum. l. vnicæ, §. ſin autem ad deficientis, C.de cad.tollend.

Pro contraria ſententia adferri ſolet text.in d.l.iã hoc iure, ff.de vulg. quatenus ibi in vtrũque caſum factam intelligi ſubſtitutionem, ſi ſeparatim fiat, Iuriſconſ.reſpondit, licet in perſona vnius vulgarem tantummodo ſubſtitutionem fecerit. Sed hoc teſtimonium nihil valet, quia B
in ea ſpecie Iuriſc loquitur, in qua vnus filiorum erat pubes, alter verò impubes; & conſequenter non potuiſſet teſtator, etiamſi voluiſſet, pupillarem ordinare ſubſtitutionem in perſona vtriuſque, ſed duntaxat in perſona impuberis; cum impuberibus, non autem puberibus pupillariter ſubſtitui poſſit.

CAPVT LXX.

An vulgaris ſubſtitutio contineat pupillarem, ſi Statuto municipali cautum ſit, verba in teſtamentis accipienda eſſe ad literam, prout iacent, abſque vlla interpretatione.

COntrouertitur præterea, ſi lege municipij caueatur, vt teſtamenta ad literam, prout iacent, intelli- C
gantur, vtrum vulgaris ſubſtitutio contineat pupillarem. Tres ſunt Doctorum ſententiæ. Vna, continere. Fundamentum eſt; quia eiuſmodi Statutum non cenſetur omnem interpretationem reijcere, ſed tantum friuolam, & cauillosam, non autem iuſtam, & legitimam, ita docent Innocentius in c. Raynucius, de teſtam. Ripa, in l.1 nu.172 ff de vulg. & alij quos commemorat Simon Pretus, de interpretatione vltim. voluntat. lib.1.interpret.1. dub.1.ſolut.4.num.8.

Secunda eſt opinio, non continere, eo nixa fundamento, quod litera dicatur, quæ legi poteſt oculis corporeis, non autem quæ ex coniecturis intelligi poteſt, argum. l. 1.§.1 ff.de his quæ teſtam delen. l.1. ff ſi tabul.teſtamen. extab.c.exijt, § pen.de verb.ſignif.lib.6. ita docent Bal.& Alexan.in l.precibus, C.de impub.& alijs ſubſtit. Iaſ.in l. iam hoc iure, ff de vulg.& l.quamuis, C.de impub. Corneus in conſi.14 num.8.& 224.num.2 lib.2. Alex. Tren D
tacinq. de ſubſtit. par.1.c.2.nu.8. Simon Pretus, loco proximè citato.

Tertia eſt opinio diſtinguens in hunc modum. Aut ſtatutum reijcit ſimpliciter omnem interpretationem, & mandat teſtamentum intelligi, prout verba eius iacent, & tunc vulgaris continet pupillarem; quia non videtur iuſta interpretatio reiecta: Aut verò mandat ad literam intelligi, & tunc ſecus. Ita Socin.ſen.in d.l.1.col.50.ff. de vulg. Trentacinq vbi ſup.nu.7.

Ego ſanè hic video magnam difficultatem: Nam verba Statuti locum habere non poſſunt, niſi Iuris lædatur diſpoſitio, ac iuſta interpretatio. Rurſus, locus eſſe non poteſt iuſtæ interpretationi, niſi lædantur verba Statuti. Si Statuto ſit locus, vt iacet, lites multæ ceſſabunt, quæ ex ſubtili Doctorum interpretatione ſuſcitantur: neque enim diſputationi locus eſſe poterit, ſed è contrario illud incommodum naſcetur, quia omnis iuſta interpretatio ſublata erit, & conſequenter contra ius, contra rationem & æquitatem ſæpè iudicabitur. Quis ergo iuriſprudentiæ profeſſor atque amicus præferenda eſſe Statuti verba rectæ rationi, æquitati, iuſtitiæ, exiſtimauerit? Adde quod Statutum eiuſmodi non valebit tanquam iniuſtum, cap. erit autem lex, 4. diſtinct. Quod ſi lites in Repub. naſcentur ex nimia Iuriſconſultorum ſubtilitate, id vero non legibus ſed hominibus adſcribendum erit, quorum varia, & curioſa ingenia intra iuris ac iuſtitiæ cancellos continere, ita, vt nullus ab ea diſcrepet, nullus alteri negocium faceſſat iniuſtè, nulla vnquam legum quantumuis iuſtiſſimarum forma, nulla Principum, ac Magiſtratuum cura, & vigilantia obtineri poterit, ſed vnius Dei beneficio & gratia.

CAPVT LXXI.

Vtrum vulgaris ſubſtitutio filio facta tollat ſuitatem.

PAulus ſcribit in l.11.ff.de liber.& poſthumis: *In ſuis hæredibus dominij continuationem eo rem perducere, vt nulla videatur hæreditas fuiſſe, quaſi olim hi domini eſſent, qui etiam viuo patre quodammodo domini exiſtimabantur. Itaq; poſt mortem patris non hæreditatem percipere videntur, ſed magis liberam bonorum adminiſtrationem conſequuntur.* Atq; hæc eſt ſuitas, & cauſa cur filij appellentur hæredes ſui, vt declarat Iuſtinianus in §. ſui, in Inſtit.de hæredum qualitat.& differen t. Iam igitur eſt controuerſia, vtrum effectus ille ſuitatis, atq; adeo ſuitas, ex ſubſtitutione vulgari filio facta, ſublata eſſe intelligatur? Et quidem affirmarunt multi ſublatam eſſe, multis adductis legibus, quæ hoc non dicunt, nec argumentum vllum ſolidum, ex quo id probetur, præſtant, quamob cauſam eas conſultò prætermitto; neque enim otioſe perſequi ſoleo ea quæ prolixam quidem, ſed parum vtilem diſputationem requirunt.

Exiſtimo tamen per vulgarẽ ſubſtitutionem tolli ſuitatem illam, de qua diximus, hoc argumento: Cum pater filio hæredi inſtituto alium vulgari modo hæredem ſubſtituit, hoc vult atque declarat, vt ſi filius hæres inſtitutus vel nolit, vel non poſſit hæres eſſe, alius, quem ſubſtituit, hæres exiſtat: ergo in conſequentiam vel filium hæredem eſſe, ſi voluerit; quia ſi noluit, alium ſubſtituit. Hęc autem res ſuitati, de qua diximus, maximè repugnat: illa enim hunc operatur effectum, vt filius ipſo iure hæres eſſe intelligatur, & hæreditas in eum cõtinuari videatur, cui argumento reſpondere oportebat Tholoſanum in Syntagmate, lib.42. c.13. nu. 3. ſicut alijs reſpondit argumentis. Quamobrem affirmanti huic ſententiæ calculũ præbeo, quam amplexi fuere Bar Ang. Imola, Alexan.& Iaſ.in l.ſi filius hæres, ff.de liber. & poſthumis. Socin.sol. 1.nu 47.ff.de vulgar.& in conſil.20.num.18. lib 1 Gulielmus Benedictus aliós citans, in cap. Rainucius, de Teſt. in verbo, Mortuo itaque, 2.nu.190. & Alex. Trentacinquius, de Subſtitutionibus par.1.c.14.

Contrariæ ſententię argumenta ſic diluimus. Primum argumentum eſt ex l. Papinianus. §.quarto, ad finem, ff. de inoff.teſtam.in illis verbis: *Niſi fortè hic filius, ſi non fuit in poteſtate patris, à patre hęres inſtitutus, mercede omittet hæreditatem, & ad ſubſtitutum tranſmittens querelam inofficioſi teſtamenti inſtituet*, &c. Argumentum à contrario ſenſu ſumitur: quia ſi filio emancipato data videtur eſſe poteſtas omittendi hæreditatem ex eo, quod fuit à teſtatore alius vulgariter ſubſtitutus, argumento eſt, ſecus eſſe in filio conſtitutum, qui ſit in poteſtate patris.

Reſpondeo, non dicit textus datam fuiſſe poteſtatem filio emancipato omittendi hæreditatem ex eo, quod datus ei fuerit ſubſtitutus. Habet enim emancipatus facultatem omittendi hæreditatem, vt pote iure ciuili non cognitus, nec vocatus, §. emancipati, in Inſtitut. de hæred. quæ ab inteſt. defer.

Secun-

Secundum eſt ex l. ſi ſolus, ff. de acquir. hæred ſed nihil valet hoc argumentum; nihil enim aliud dicit, niſi, ſi ſolus hæres ex pluribus partibus quis inſtitutus fuerit, vnam partem omittere non poſſe, nec intereſſe, in quibuſdam habuerit ſubſtitutum, nec ne, meritò: neque enim licet vnam partem hæreditatis accipere & aliam repudiare, l. 1. & 2. ff. de acquir. hæred. quæ res nihil cum quæſtione noſtra commune habet.

Tertium argumentum eſt ex l. Lucius, ff. de vulg. ſed reſpondetur, in ea ſpecie aditam fuiſſe hæreditatem infantis nomine; ideo vulgaris ſubſtitutio expirat, & filio impubere defuncto ad matrem eius pertinet ſucceſſio. Id patet; quia Iuriſconſultus ibi quærit, an ea ſubſtitutio comprehendat tantum vulgarem, an verò etiam pupillarem; Et dicit pupillarem non côtineri. Et ideo non ad ſubſtitutum, ſed ad matrem legitimi filij hæreditatem ab inteſtato pertinere.

Quartum argumentum eſt ex l. quod ſi minor, §. Scæuola, ff. de minoribus, quatenus ibi Iuriſconſultus de filio in poteſtate loquens, cui datus erat ſubſtitutus, præſupponit eum poſſe amittere hæreditatem. Nam ſi ſuitas eſſet ſublata, non diceretur omittere, ſed repudiare hæreditatem. Reſpondeo, etiam extraneo congruere illud verbum omiſſionis hæreditatis, vbi per negligentiá non adiuit, l. prima, § vltimo, ff. vt in poſſeſſ. leg.

Poſtremum argumentum eſt ex l. vlt. ff. de conditio. inſtitut, quæ lex ideo non offendit ſententiam noſtram; quia loquitur de filio inſtituto ſub conditione poteſtatiua, quæ ſola per ſe ſuſpendit ſuitatem, vt bene declarat Trentacinquius loco annotato in reſponſione ad vltimum argumentum.

CAPVT LXXII.

Vtrum vulgaris ſubſtitutio pluribus facta copulatiuè vno adeunte expiret.

TEſtator duobus hæredibus inſtitutis, Titio & Caio, vulgarem adiecit ſubſtitutionem in hunc modum; Si Titius & Caius hæredes non erunt, Sêpronius hæres eſto. Alter eorum hæredum adiuit, alter repudiauit hæreditatem; quæritur an ſubſtitutus admittatur ad portionem repudiantis. Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ. Altera eſt, non admitti. Ita Bartolus, ad l. 1. nu. 48. ff. de vulga. & eodem in loco Ripa, nume. 188. Ruin. in conſilio 52. libro tertio, & alij, quos refert & ſequitur Trentacinquius de ſubſtitu. parte prima, cap. 17.

Adferuntur hæc argumenta. Primum eſt ex l. quamuis, C. de impub. & alijs ſubſtit. illis verbis: *Cum tamen proponas ita ſubſtitutionem factam eſſe, ſi mihi Firmianus filius & Aelia vxor mea (quod abominor) hæredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus hæres eſto. manifeſtum eſt in eum caſum factam ſubſtitutionem, quo vtrique hæredum ſubſtitutus potuit.*

Sed re vera nihil probat ille textus. Eſt enim ſenſus; ſubſtitutionem factam videri in eum caſum, qui non ſolum impuberi filio, ſed etiam vxori conuenire poſſit, & conſequenter in eum caſum, quo filius impubes, & teſtatoris vxor hæredes non eſſent. Vtrum autem neceſſe ſit, vt ſubſtituto ſit locus, vtrumque hæreditatem repudiare, non declarat ille textus; Hoc enim tantum vult, ſubſtitutionem illam non porrigi ad eum caſum, quo filius impubes hæres eſſet, & in pupillari ætate decederet, licet aliàs regulariter porrigat, vt ex verbis tex. quæ præcedunt, patet. Sic enim habent: *Quamuis placuerit ſubſtitutionem impuberi, qui in poteſtate teſtatoris fuerit a patre factam ita: Si hæres non erit, porrigi ad eum caſum, quo poſteaquam hæres extitit, impubes deceſſit, ſi modo non contrariam defuncti voluntatem extitiſſe probetur. Cum tamen proponas, &c.*

Secundum argumentum eſt ex l. quidam teſtamento,
A ff. de vulg. ibi: *Eam videri volûtatem patrisfamilias fuiſſe, vt tertio gradu ſcriptos hæredes ita demum ſubſtituerit, ſi tota hæreditas vacaſſet, &c.* Cæterum, ex verbis, quæ ſtatim ſequuntur, apparet, id non ea ratione fieri, quod ea ſit natura ſubſtitutionis hoc modo factæ, ſed quia teſtator plures quam duodecim vncias inter ſubſtitutos diſtribuiſſet. Sic enim verba ſequentia habent: *Idque apparere euidenter ex eo, quod plures quàm duodecim vncias inter eos diſtribuiſſet, & idcirco, &c.*

Tertium argumentum eſt ex eo, quod ea ſit natura coniunctiuæ orationis, vt concurſus vtriuſque requiratur, l. ſi quis ita, ff. de verbor. oblig. Scæuolę: *Si quis ita ſtipulatus fuerit: decem aureos dabis ſi nauis venerit, & Titius Conſul factus ſit, non aliàs dabitur, quam ſi vtrumque factum ſit.* Sed in verborum obligatione, quæ ſtrictè accipienda eſt, argumentum hoc procedit, conſiderata ipſorum verborum natura.

Altera eſt ſententia, quam & ipſe probabiliorem eſſe iudico, quoad repudiantis partem ſubſtituto locum eſ-
B ſe. Ita Alexand. in l. quidam teſtamento ff. de vulg. Iaſon in l. 1. num. 67. ff. eodem tit. Politus de ſubſtitut. in materia vulgaris, q. 25.

Fundamentum eſt ex l. falſa, § vlt. ff. de condit. & demonſtrat. & in l. hęredes mei, §. cum ita ff. ad Trebell. ex quibus legibus Doctores dicunt; Pluralem orationem in ſuas reſolui ſingularitates. Et quanquam non deſit reſponſio ſi quis diſputare velit: Videtur tamen mihi pro hac ſententia magnoperè pugnare voluntas teſtatoris. Si enim is voluit ſubſtitutum ſuccedere vtrique hæredi, vterque repudiaſſet: videtur etiam voluiſſe alteri tantum eum ſuccedere, ſi alter repudiaſſet, quam coniecturam etiam Iuriſconſultus perpendit in ſpecie dicti §. cum ita. Et cum in conditionibus primum locum ſibi vindicet teſtatoris voluntas, l. in conditionibus primum ff. de condit. & demonſtrat. nihil me moratur verborum natura, quæ vtriuſque hęredis repudiationem exigunt, quoniam in his magis voluntas ſpectari debet quam ver-
C ba. Et ideo ad regulam, quæ adfertur ex l. ſi quis ita, ff. de verbor. obligat. reſponſio patet. Procedit enim illa ſecundum verba, non ſecundum mentem, vt dictum eſt.

CAPVT LXXIII.

Vtrum minore adeunte hæreditatem, & aduerſus aditionem in integrum reſtituto, vulgaris ſubſtitutus admittatur.

EXiſtimo veram eſſe communem Doctorum ſententiam, quæ docet, ſubſtitutum vulgarem admittendum eſſe quoties inſtitutus hæres adiuit, & tanquam minor aduerſus aditionem reſtitutus eſt. Hæc eſt enim in integrum reſtitutio, in priſtinum ſtatum repoſitio, l. quod ſi minor, §. Reſtitutio, ff. de minori-
D bus, & tradunt omnes teſte Oddo ex communi ſententia, de reſtitut. in integr. parte prima, quæſt. prima, art. 4. Ergo eſt perinde, ac ſi hæres non adierit, & conſequenter ſubſtitutus ſuccedit. Quamobrem Iuriſconſultus Scęuola, ex abſtenſione pupillæ præſupponit hæreditatem ad ſubſtitutum perueniſſe, licet illa prius adiuiſſet, in l. ex contractu, ff. de re iudic. *Ex contractu paterno* (inquit) *actum eſt cum pupilla tutore autore, & condemnata eſt;* (infertur ex hoc aditam fuiſſe hæreditatem) *poſtea tutores abſtinuerunt eam bonis paternis; & ita bona defuncti ad ſubſtitutum, vel ad cohæredes peruenerunt, &c.*

At contrariam ſententiam Duarenus tuetur in commentarijs ad Tit. ff. de vulg. & pupillari ſubſtitutione, in c. de effectu vulgaris ſubſtitutionis, autoritate l. ait prætor, 7. §. ſed Papinianus, ff. de minoribus: *Species* (inquit Duarenus) *tractata eſt in eo loco de ſeruo ſubſtituto. Quæſtio eſt de eo, qui minorem vigintiquinque annis inſtituit*

& ei ſubſtitui ſeruum, qui eſt neceſſarius heres. Proponitur minorem, qui inſtitutus eſt in primo gradu, adiſſe hereditatem; deinde impetrata reſtitutione in integrum eam repudiaſſe, & quęritur, an ea repudiatio faciat locum ſeruo ſubſtituto. Refertur ſentẽtia Papiniani ab Vlpiano, qui exiſtimabat, ſeruum ſubſtitutum heredem eſſe non poſſe. Exiſtimabat Papinianus expirare ſubſtitutionem vulgarẽm adita hereditate, & quamuis reſtitutus fuerit minor in integrum, & reſtitutione impetrata hereditatem repudiauerit, non ideo conualeſcere ſubſtitutionem, quæ ſemel expirauerat, hoc eſt, dictum Papiniani, quod Vlpianus ait eſſe verum. Sed non per omnia, quibus verbis ſignificat Vlpianus, id quamuis verum ſit, non eſſet tamen accipiendum ſine diſtinctione. Nam ſi hereditas ſoluendo non ſit, hac repudiatio minoris locum facit ſubſtituto: ſi ſoluendo ſit hereditas, tunc non admittetur ſubſtitutus. Cum hac diſtinctione Vlpianus cenſet dictum illud Papiniani eſſe intelligendum, qui dixerat, non poſſe ſeruum ſubſtitutum heredem exiſtere. Sed quæritur quid in alijs caſibus dicendum ſit? Ait Vlpianus tunc locum eſſe ſubſtitutioni vulgari, cum ſeruus eſt ſubſtitutus, cumque hereditas ſoluendo non eſt. Pone igitur non ſeruum eſſe ſubſtitutum, ſed alium, qui voluntarius tantum hęres eſt, non neceſſarius, pone hereditatem ſoluendo eſſe, quid dicemus? an locus erit ſubſtitutioni vulgari? In hac quæſtione mihi videtur, ſecundum Vlpiani ſententiam atque etiam Papiniani, in eo loco nõ admittendum eſſe ſubſtitutum, & ſi vulgò diſſentiant interpretes, & dicant, aditam hereditatem pro nulla habendam eſſe, propter reſtitutionem. Idq; obſcurum non eſt dici ab eis aduerſus ſententiã Vlpiani & Papiniani, ex his, quæ à nobis dicta ſunt. Videtur enim hac ſententia eſſe Papiniani & Vlpiani, quaſi expirare ſubſtitutionem aditione hęreditatis, & ſubſtitutũ excludi. Obijcitur huic ſententię l. ex contractu, 44. ff. de re iud. Et poſt pauca. *Sed mihi videtur nullum argumentum duci poſſe ex eo Scęuolę loco aduerſus hanc Vlpiani ſententiam. Apud Scęuolam dicitur abſtentam fuiſſe à tutoribus ſuis puellam, & bona ad ſubſtitutum perueniſſe. Itaque poteſt dici perueniſſe bona ad ſubſtitutum; quia fortè hęreditas non erat ſoluendo, ſecundum diſtinctionem Vlpiani, et hoc ſatis credibile eſt. Proponitur enim mulierem fuiſſe pupillam habentem, qui eam abſtinuerunt à bonis paternis: Boni tutoris non eſt pupillam abſtinere à bonis paternis, ſi hęreditas ſoluendo ſit. Credibile igitur eſt hęreditatem ſoluendo non fuiſſe, atque ita perueniſſe hęreditatem ad ſubſtitutum reſtitutione impetrata. Nec illud aliter exprimere opus fuit. Nam non quęrebatur, an poſſent bona peruenire ad ſubſtitutum, an non; ſed quęrebatur de vi & effectu rei iudicatæ: nam ſententia lata erat aduerſus pupillam, antequam ſe abſtineret, quæſtio erat, quo caſu peruenerunt bona, & ex qua cauſa peruenire potuerunt & debuerunt, an actione iudicati, quę competebat aduerſus pupillam, poſſet agi aduerſus ſubſtitutum; non erat quæſtio, an bona peruenire potuerint ac debuerint ad ſubſtitutum. Conſtabat peruenire potuiſſe ac debuiſſe. Quod igitur argumentum duci poteſt ex ea lege ad impugnandam ſententiam Vlpiani & noſtram nullum prorſus.*

Hactenus Duarenus, cuius fundamentum eſt in d §. ſed quod Papinianus, vt patet Reſpõſum affert Ant. Faber lib. 3. coniecturarum iuris, cap. 4. ſolidum ac ſubtile: *Aliam eſſe rationem hæredis ſerui neceſſarij, aliam alterius ſubſtituti. Cum enim neceſſarius ille ſit, qui omninò, & protinus poſt teſtatoris mortem hæres eſt, vt Iuſtinianus definit, in §. 1. in Inſtit. de hęred. qualit. & diff. apparet ſeruũ, qui non niſi neceſſarius hęres eſſe poteſt, poſtquam alter hęres extitit, ex ſubſtitutione hęredem eſſe non poſſe: Cum is, qui prius hęres fuit, per reſtitutionem hęres eſſe non deſinat. Vnde Papinianus rectè dicebat, ſemper ſubſtitutum ſeruum excludi, nec eum caſum excipiebat, ſi hęreditas ſoluendo non ſit. Sed quoniam, quę ratio facit, vt contra iuris regulam inſtitui poſſint ſerui neceſſarij, licet cum ijs teſtamentis factio non ſit, vt ſcilicet ipſorum potius quam dominorũ bona veneant, eadem locum habet, cum hęres ſcriptus poſt*

A *aditionem reſtituitur; quia cum eo creditores agere non poſſunt, diui Impp. Pius & Seuerus reſcripſerunt, permittendum hoc caſu ſeruo neceſſario, vt ex ſubſtitutione hęres eſſe poſſit, quaſi vtiles actiones non tam habere, quam excipere videatur. Alioquin non poteſt Prætor vtiles actiones ſeruo decernere, cuius perſonæ prorſus iure Prętorio incognita eſt, quemadmodum & iure Ciuili, niſi hactenus, vt hęres neceſſarius eſſe poſſit. At bonorum poſſeſſor neceſſarius eſſe non poteſt: Ergo quod de ſeruo Papinianus putabat, non idẽ de alijs dici poteſt, quos Prętor vtiles bonorum poſſeſſores efficit, vt actiones vtiles habeant, quemadmodum in ſi d. § Vlpianus ait.* Hactenus ferè Anton. Faber. Ex cuius verbis argumentum diluitur à Duareno allatum, & tota eius diſputatio corruit. Argumenta multa pro vtraque ſentẽtia adferuntur à Doctoribus noſtris, in l. 1. ff. de vulg. & omnium latiſſimè ab Alexandro Trentacinquio, parte prima, de Subſtitutionib. c. 18. Sed nec ad rem pertinere illa viſa ſunt, & ex penore eorum precioſa hæc attuliſſe,
B & meam de more ſentẽtiam adiunxiſſe ſatis fore putaui: eos qui minus neceſſaria non contemnenda tamen intelligere, aut ſe plenius informatos hac de re optant, ad eos autores relego, qui ſcripſerunt in d. l. 1. Commentaria, & ad Trentacinquium loco annotato.

CAPVT LXXIIII.

Pupillus, cui ſubſtitutus datus à patre non eſt, an dicatur inteſtatus deceſſiſſe in terminis Statuti de inteſtati ſucceſſione loquentis.

VLpianus. *Inteſtati propriè appellantur, qui cum poſſent teſtamentum facere, teſtati non ſunt.* Et paulo poſt: *Planè qui teſtari non potuit, propriè non eſt inteſtatus; puta impubes furioſus, vel cui bonis interdictum*
C *eſt. Sed hos quoque pro inteſtatis accipere debemus,* l. 1. ff. de ſuis & legitimis hæred.

Licet clara ſit hæc Vlpiani ſententia; impuberem non dici propriè inteſtatum, quia teſtari non poteſt, ſed tamẽ pro inteſtato accipiendum eſſe; in controuerſia tamẽ id poſitum eſt, circa Statuti interpretationem de inteſtato loquentis; an videlicet pupillus dicatur propriè inteſtatus decedere, aliquibus, puta vigintinouem Doctoribus, affirmantibus, quos refert & ſequitur Menoch. in conſil. 569 lib. 6. Aliquibus verò, puta viginti tribus, id negantibus, quibus adde Alexand. Trentacinquium de ſubſtitutio, par. 2 c. 3.

Sed affirmantibus ego me lubens ſocium adſcribo Vlpiani autoritate, vt cætera iuris loca iam præteream, in quibus pupillus inteſtatus appellatur, l. in teſtamento, C. de teſtam. milit. ibi: *Et mater quidem inteſtatę filię,* &c. in l. 2 C. de impub. & alijs ſubſtit. ibi: *Hęreditatem quidem defuncti inteſtati filij,* &c. in l. pater, §. vit. ff. ad leg. Falc. in l. qui duos. ff. de reb. dub. in l. ſciant, C. de legit. in
D l. omnem, C. ad Tertyl. & alibi.

Nam ſi pro inteſtatis accipere debemus etiam impuberes, & alios, qui teſtari non poſſunt, ex Vlpiani ſententia, nihil proponi video, cur non etiam in Statutorum interpretatione eos pro inteſtatis accipere debeamus; aut certè non ex iure petenda eſt interpretatio Statutorum, ſed aliunde, quod eſt abſurdum.

At dicunt contrariæ ſententiæ autores. Verba Statutorum propriè accipiẽda ſunt. Propriè autem inteſtatus non dicitur is, qui teſtari non poteſt. Sed quæro: an ita ſint propriè verba Statutorum accipienda, vt excludatur cõis ex iure interpretatio, communis vſus, ſtylus, ſententia: Si non; Ergo nihil obſtat argumentum; quia, vt maximè repugnet verbi proprietas, adſtipulatur tamen vſus ſiue interpretatio Iuriſc. ſic enim Vlp. ait: *Sed hos quoque pro inteſtatis accipere debemus.* Si dicatur omnẽ excludi interpretationẽ, & ſolam verbi proprietatem ſequendã, reſpondebo, quis hoc dicit? Amplius (ſed nouum forſan videbitur ijs, qui iurant in brocardica dicta) nego regu-

lam

A iam ſiue dictum, quod affertur; nempe, verba Statutorũ propriè accipienda eſſe.

Profertur l. 3. §. hæc verba, ff. de neg geſt. l. 1. §. ſi is qui nauem, ff de exercit. actio. legantur textus, nullum verbum de ſtatutis, nulla coniectura, nullum argumentum Non verba hic adijciam. ſed videantur & animaduertere licebit, quam inanis ea ſit allegatio. Hoc fundamentum ſi corruat (apud veritatis autem amatores corruet) omnia corruunt, quæ ſuper eo ædificantur.

CAPVT LXXV.

Si teſtator filio hæredi inſtituto abſque liberis decedenti, aliquem ſubſtituat, & alienationem prohibebat bonorũ, antequam ad 25. annum perueniat, utrum eidem videatur poſt 25. ætatis annum alienationem, permittere in præiudicium ſubſtituti.

B INſignis controuerſia eſt. Pater hæredem inſtituit filium, eique ſine liberis decedenti aliquem ſubſtituit ac omninò vetuit, ne ante 25 ætatis ſuæ annum alienaret bona hæreditaris; Vtrum filius poſt 25. annum alienare poſſit liberè, ita ut reuocari non poſſit alienatio, neque bona vindicari ab ipſo ſubſtituto.

Et quidem filium alienare poſſe liberè poſt 25. annũ & ſic ſubſtitutum excludere, reſponderunt Alexander in conſil. 55. num. 7. & 8 lib. 3. Iaſon in conſil. 175. lib. 2. Decius in conſ. 513. nu. 4. Ruinus in conſil 76. lib. 2. conſil 512. & 132. eodem lib. Pariſius in conſ. 25. n. 13. lib. 2. Socin. iun in conſil. 163 num. 33. lib. 2. & 188. nu. 12. & 13. eodem lib. Dominus meus Decianus, in conſil. 78. nu. 15. lib. 3. Menochius in conſ. 151. nu. 27. & conſil. 152. num 60. lib. 2. Mantica. de coniect. vlt. volunt. lib. 3. tit. 17 num. 11.

Contrariam ſententiam, nempe, alienare non poſſe in præiudicium ſubſtituti, ſecuti ſunt Paul. Caſtrenſ in C conſil. 263. num. 3. lib. 3. Decius in conſ. 386. Pariſius in conſil. 31. num. 37. lib. 2. & 25. num. 30 lib. 3. Socinus iun. in conſil. 131. num. 12. lib 1. & 188. in fine, lib. 2. Alciatus in conſi 42. num. 12. lib. 9. & 136. nu. 3. eod lib. Ferdinand. Leaz. ad l. filiusfam § diui, num. 16. de leg. 1. Ruin. in conſil. 117. num 27. lib. 2. & 121. num. 9. lib. 3. Hieron. Gabriel. in conſ. 132 num. 6. D. Cephal. in conſ. 159. num. 42 Oſaſcus, deciſ. 85. nu. 13. Thobias Nonius, in conſil. 90. numer. 8. Alciat. in conſ. 495. num. 6. Hieron. Manfredus de Attentatis, lib. 1 par. 6 num. 5.

Argumenta prioris ſententię hæc ſunt. Expreſſa hominis diſpoſitio facit ceſſare tacitam legis diſpoſitionem l. cum ex filio, §. 1. ff. de vulg Ergo expreſſa prohibitio teſtatoris hoc in caſu operatur, ut tacita legis prohibitio ceſſet, quia videlicet res reſtitutioni ſubiectæ alienari nõ poſſunt, ut in Auth. res quæ, C. commun. de leg. Conſequenter nil proponitur, cur ceſſante tacita legis prohibitione, res alienari non poſſint ab hęrede poſt 25. annum.

D Secundum argumentum; Teſtatoris diſpoſitio ita debet intelligi, ne ſit inanis, & ſuperuacanea, l. ſi quando, de legatis primo. Sed inanis eſſet, & ſuperuacanea teſtatoris prohibitio, niſi poſt 25. annum hæredi liceret liberè alienare res hæreditarias; igitur hęres alienare poterit.

Tertium; Specialis diſpoſitio derogat, vel ſaltem limitat generalem diſpoſitionem, l. cohęredi, § qui patrem, ff. de vulg. l. vxorem, § feliciſſimo, de leg 3. l. quę ſitum, §. vlt. ff. de fundo inſtr Sed legalis diſpoſitio, qua res alienari prohibentur, quę reſtitutioni ſunt ſubnixę, generalis eſt: illa verò prohibitio, ne ante 25. annum alienatio ab hęrede fiat, ſpecialis eſt; Ergo hęc generali derogat, eamque limitat, vt locum habeat tantum vſque ad 25. annum.

Quartum argumentum; Cùm pręcedens vel ſequens Clauſula ſuam habet claram determinationem; tunc Clauſula vel pręcedens, vel ſequens, non refertur ad illam, l. cum vulgari, ff. de dote pręleg. l. cohęredi, §. qui patrem, ff. de vulgar. ſed in propoſita ſpecie Clauſula ſequens, qua teſtator prohibuit alienationem ante 25 annum, ſuam habet ſeparatam determinationem, ergò illa generalis, quæ ex ſubſtitutione inducitur, non refertur ad hanc ſequentem, ne alienatio fieret ante vigeſimumquintum annum.

Quintum argumentum eſt; quia cùm prohibitio facta fuerit alienationis ante 25. annum, non extenditur vltrà dictum tempus; & conſequenter poſt illud tempus à contrario ſenſu videtur permiſſa alienatio, l ſi ita quis, ff. de vulg. l. epiſtola, § vlt. ff. de pact. l. Imperator, ff. de poſtulando, l. in hoc iudicio, §. ſi conueniat, ff. commun. diuid. l. pater filium, § fundum, de leg 2. l. 4. ff. de ſeruitut. l. ſtatu liberum, § vlnmo, de leg. 2. l ſi minor, ff de verborum obligationibus, l. 1. & 2 C. de his qui in axilium dantur, lib. 10. cap. præſentium, de clerico percuſſore.

Et hoc argumentum maximè procedit, cum teſtator ita diſpoſuit, vt hæres non poſſit alienare, niſi poſt 25. annum; quia dictio illa, *niſi*, importat, vt poſt illud tempus poſſit alienare, arg. l quibus diebus: § quidam Titio, in fine, ff. de cond. & demonſt.

Poſtremum argumentum eſt; quia in dubio ſumi debet illa interpretatio, qua hęres minùs grauatus ſit, l. vnũ ex familia, §, ſi rem, de leg 2. Sed hac interpretatione admiſſa, minus cenſetur grauatus hæres, vt patet: quia poterit alienare poſt 25. annum; ergò hæc interpretatio recipienda eſt.

Poſterioris autem ſententiæ argumenta ſunt iſta. In hac facti ſpecie duplex eſt prohibitio; vna teſtatoris, & altera legis; quia res reſtitutioni ſubiectæ alienare non poſſunt. Auth. Res quæ, C. Comm. de legat. vel ſi alienentur, eueniente conditione, irrita eſt alienatio, & vindicari poſſunt, l. vlt. § ſin autem C. eodem tit. Ergò licet prohibitio teſtatoris ceſſet poſt 25. annum, non tamen ceſſat legis prohibitio.

Secundum argumentum. Non debet illa recipi interpretatio, quæ repugnantiam inducat: tunc enim non valeret diſpoſitio l. vbi repugnantia, de regu. iur. & quia non præſumitur quiſquam ſibi ipſi contradicere, l. nam ad ea. ff. de cond & demonſt. Sed ſi dixerimus, illam interpretationem valere, quæ dat hæredi poteſtatem alienandi poſt 25. annum, repugnantiam inducimus; quia hæc repugnant, quod res alienari poſſit, & quod reſtitutioni ſubiecta ſit. Ergo talis interpretatio adhibenda non eſt.

Tertium argumentum. Inducta ad vnum effectum, non debent contrarium operari. l. legata inutiliter, ff. de adim. legat. Sed prohibitio, ne ante vigeſimum quintum annum alienatio fiat, inducta eſt ad reſtringendum alienandi poteſtatem; ergo contrarium operari non debet, vt nimirum poſt vigeſimum quintum annum alienatio ſit permiſſa.

Quartum argumentum. Vbi ſunt duo impedimenta, tunc vno ceſſante, non tamen ceſſat alterum, §. affinitatis, in Inſtit. de nupt. ſed hic ſunt duo impedimenta; Alterum teſtatoris, alterum verò Legis; Ergò, licet vnum ceſſet, puta teſtatoris, non tamen ceſſat alterum, nempe, Legis.

Ego in propoſita ſpecie animaduerto duplicem interpretationem adhiberi poſſe, quemadmodum ex duabus contrarijs ſententijs iam relatis colligitur; ſed omnem difficultatem in eo eſſe poſitam; vtra ex dictis interpretationibus obtinere magis debeat. Prima interpretatio eſt, hanc eſſe teſtatoris mentem, ac voluntatem, vt poſt 25. annum alienatio ſit hæredi permiſſa, & ſimul conſiſtat fideicommiſſum hoc modo: vt videlicet fideicommiſſo ſit locus, ſi alienatio facta non fuerit; & hanc interpretationem adhibent prioris ſententiæ autores. Altera eſt interpretatio, vt poſt 25. annum alienatio ſit hæredi permiſſa, & ſimul fideicommiſſum cõſiſtat hoc modo; nempe, vt alienationi ſit locus, eaque valeat, & effectum habeat, ſi non eueniat conditio fideicõmiſſi, quam

inter-

interpretationem adhibent poſterioris ſentētiæ autores. A Igitur in hac re, in qua diſputationis cardo vertitur, magis probabilem eſſe iudico poſteriorem interpretationē ac ſententiam. Et fundamentum meum eſt: quoniam certum eſt teſtatoris hanc eſſe voluntatem, vt hærede defuncto abſque liberis, ſubſtitutus ſuccedat; conſequēter certum eſt, eiuſdem teſtatoris hanc eſſe voluntatem, vt bona alienata vindicare poſſit: & eo caſu adueniente, alienatio reuocetur iuxta claram legis conſtitutionē. Implicat enim repugnantiam quandam, quod hæres reſtituere grauatus ſit, & ſimul alienare poſſit: ita, vt reſtitutioni locus eſſe intelligatur, ſi non fiat alienatio. Hæc eſt inſolita, & nullo iure ſubnixa fideicommiſſaria ordinatio, regulis iuris maximè repugnans & contraria, quibus cauetur fideicommiſſi conditione eueniente, in irritum deduci omnem alienationem, bonaque vindicari poſſe, d. l. vlt. §. ſin autem, C. Commun. de legat. Quomodo verò propter probibitionem ad 25. annū reſtrictam idem teſtator poſt illud tēpus alienationē permittere voluerit, incertum planè, & obſcurum eſt, Vtrū B liberè, an non; Vtrum ita, ſi non venerit conditio fideicommiſſi. Quare in hac obſcuritate, æquum bonum eſt, eam coniecturam accipere, qua ſalua volūtate defuncti in eo, quod clarum & exploratum eſt, intelligatur data eſſe facultas alienandi eo in caſu, quo id iure permiſſum erit. Quaſi teſtator ante 25. annum modis omnibus alienationem vetuerit; & ſic etiam conditione deficiente ſideicommiſſi, illam irritauerit hæredis adoleſcentiæ proſpiciens, vel alias ob cauſas ita volens; poſt 25 autem annum non vetuerit, ſed permiſiſſe intelligatur, prout à lege permiſſa eſt. Hanc eſſe cenſeo probabiliorem ſententiam, quia iuſtius eſt, vt ex ijs, quæ clara ſunt, declarentur obſcura, quàm contrà ex obſcuris & incertis clara & certa in diſcrimen vocentur.

Nec difficile eſt reſpondere ad argumenta prioris ſententiæ. Nam ad primum nego pronunciatum generale, quod profertur, verum eſſe. Nego illud colligi ex l. cum ex filio, § 1. ff. de vulg. Verba textus hæc ſunt: *Filio impuberi in ſingulas cauſas alium atque alium heredem ſubſtituere poſſumus; veluti vt alius, ſi ſibi nullus filius fuerit; & alius, ſi filius ſit, et impubes mortuus fuerit, et heres ſit.* C

Videas lector an ex his verbis colligi poſſit generale illud Pronunciatum; certè non mihi videtur; nullum enim verbum eo tendit. Cùm autem teſtator caſus diſtinguit, & in ſingulos caſus alium atque alium hæredē ſubſtituit, nihil mirum, ſi vnus caſus alium non complectitur; quia in alio caſu alius eſt ſubſtitutus, & ideo tunc vulgaris non continet pupillarem tacitè. Sed licebitne generale hinc argumentum ſumere, ſemper, & generaliter tacitam legis prohibitionem ceſſare, vbi adeſt expreſſa teſtatoris prohibitio, quæ non excludat tacitam? Certè non licebit apud eos, qui ex fontibus ipſis legum, non ex riuulis Brocardicorum Axiomatum, iudicare ſolent.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, negando minorem: neque enim prohibitio inanis erit, & ſuperflua; D primum, quia poſt vigeſimū quintum annum ceſſabit; deinde, quoniam alienatio permiſſa eſſe intelligetur, ſi videlicet conditio ſubſtitutionis non euenerit: & denique, quia ſufficit tempus prohibitioni adiectum id ſignificare, vt poſt illud prohibitio locum non habeat.

Quod attinet ad tertium, concedo Generi per ſpeciem derogari, ſed hoc intelligitur ſecundum formam, quæ continetur in ſpecie, non autem vltrà ac præter eā; ac proinde, cùm ſpecialis prohibitio ſit, ne fiat alienatio ante vigeſimum quintum annum, illa præualebit generali prohibitioni, quæ oritur ex fideicommiſſo: ita ſcilicet, vt etiam generali illa prohibitione ceſſante, puta ex morte ſubſtituti ante grauatum, vel ex conditionis defectu, non tamen ſpecialis & expreſſa ceſſet prohibitio. Cæterum poſt vigeſimum quintum annum non loquitur teſtatoris prohibitio; ideo locus eſt generali prohibitioni tacitæ, quæ tunc intrat, nec reperit obſtaculum aliquod; ſilet enim prohibitio ſpecialis. Et ſi dicatur permiſſam tunc eſſe alienationem à contrario ſenſu, reſpondetur, id colligi ex generali ac tacita quadam interpretatione, quæ locum haberet, niſi obicem inueniret ex fideicommiſſo, quo tacitè alienationis prohibitio continetur.

Ad quartum reſpondeo, non hoc ex ſententia, quam approbamus, induci, vt ſequens prohibitio ante vigeſimum annum determinet generalem illam ac ſeparatam prohibitionem, quæ oritur ex fideicommiſſo. Vna enim aliam non impedit prohibitionem. Itaque ante annum vigeſimum quintum ſpecialis prohibitio ſibi locum vindicabit à teſtatore expreſſa. Poſt annum 25. locus erit tacitæ, quam lex introduxit, prohibitioni.

Ad quintum reſpondeo, argumentum à contrario ſenſu hoc efficere, vt poſt vigeſimum quintum annum ceſſet prohibitio teſtatoris, ac proinde alienatio permiſſa eſſe cenſeatur; eo tamen modo, quo non derogetur teſtatoris diſpoſitioni circa ſubſtitutionem; neque enim tacita illa interpretatio, quæ colligitur à contrario ſenſu, tollere poteſt expreſſam voluntatem teſtantis.

Nec verbum illud (*niſi*) quidquam plus operatur, quàm argumentum à contrario ſenſu: Videtur enim teſtator non prohibere, & conſequenter permittere alienationem poſt 25. annum; ſi tamen hoc fiat ſaluo iure fideicommiſſi, & non illud deſtruatur.

Ad vltimum argumentum dico, in dubio quidem illam accipiendam eſſe interpretationem; ſed tamen hic ſumi non poſſe, quia voluntas teſtatoris eſt clara: & illa interpretatio præualere debet, quæ repugnantiam tollit, & illibatam ſeruat teſtatoris ordinationem.

CAPVT LXXVI.

Vtrum ſi ex Galli Aquilij conſilio nepos hoc modo inſtitutus: ſi filius meus me viuo morietur, tunc qui ex eo natus erit, heres eſto, cenſeatur filius ipſe heres inſtitutus.

COmmunem amplector ſententiam, cuius mihi fidem facit Franciſcus Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum lib. 3 tit. 1. nu. 17. filium inſtitutum non videri, cùm teſtator Galli Aquilij formulam ſecutus, ita loquitur: *Si filius meus me viuo morietur, tunc ſi quis mihi ex eo nepos, ſiue quæ neptis poſt mortē meam in decem menſibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natáue erit, heredes ſunto.* Et idcirco teſtamentum nullum eſſe iure ciuili: cui ſententiæ vnitib mē accedit & Duarenus in Commentarijs ad Tit. qui teſtament. facere poſſunt: ſuper explicatione §. in omnibus, l. Gallus, ff de lib & poſtum. Vtor autem argumēto, quod rem ſanè clariſſimam ac manifeſtam reddit ex textu d. l. Gallus, § in omnibus, vbi Scæuola *In omnibus* (inquit) *his ſpeciebus illud ſeruandum eſt, vt filius dumtaxat, qui eſt in poteſtate, ex aliqua parte ſit heres inſtitutus. Nam fruſtrà exheredabitur poſt mortem ſuam.*

Ex hoc loco ſic argumentor. Si Galli Aquilij formula tacitam contineret filij inſtitutionem, vel, vt alij arbitrantur, filius tacitè vocatus ad legitimam ſucceſſionem intelligeretur, fruſtrà nos Scæuola admoneret, in omnibus ſpeciebus illud ſeruandum eſſe, ut filius inſtituatur hæres ex aliqua parte. Quia verò non ignorabat teſtamentum nullius eſſe momenti, in quo filius præteritus eſt, l. 1 ff. de iniuſto rupto & irrito teſtamen. ideo admonet filium inſtituendum; neque enim exhæredatio ſufficeret, *Nam fruſtrà* (inquit) *exheredabitur poſt mortem ſuam*. Cuius ſententiæ illa eſt ratio, quia exhæredatio vim non habet, niſi adita hęreditate ab hærede: l. filium, §. ſed cum exhæredatio, ff. de bonorum poſſeſſ. contra tab. Hæreditas autem adiri non poteſt à nepote hærede, niſi poſt mortem filij ex ipſa verborū formula. Ergò fruſtrà exhæredatio poſt mortem eius fieret. Id declaro:

claro: Teſtator dicit: Filium meum exhæredo, & ſi is viuo me morietur, nepotem inſtituo. Hæc nepotis inſtitutio locum non habet, niſi poſt mortem filij, vt patet: Ergò tunc adire nepos hæreditatem poteſt: Et tunc vires habere incipit exhæredatio. Sed fruſtrà, quia filius iam deceſſit. Huc accedat text. in l. ſi quis eum, §. vlt. ff. de vulg. vbi Pomponius. *Si ſecundum teſtamentum ita fecerit pater, vt ſibi hæredem inſtituat, ſi viuo ſe filius decedat, poteſt dici non rumpi ſuperius teſtamentum; quia ſecundum non valet, in quo filius præteritus ſit.*

Iure autem Prætorio teſtamentum ſuſtinetur, quo filius præteritus viuo teſtatore deceſſit, ſi legitimi hæredes, qui ab inteſtato uocantur, inſtituti fuerint, ut in l. poſtumus, verſic. idem & circa, ff. de iniuſto rupto teſtamen. Quamobrem & in ſpecie iſta ſuſtinebitur, ſed Iure Ciuili aliter reſpondendum omninò mihi videtur, vt iam dixi.

Quę autem ab Alciato, & alijs pro contraria ſententia adferuntur, niſi planè confutauero, tota cauſa, vt cadam, ęquo animo feram.

Primum, adfertur text. in l. cum in teſtamento, 27. ff. de hæred. inſtit. Iulianus: *Cùm in teſtamento ita ſcribitur: Si filius meus me uiuo morietur, tunc nepos ex eo poſt mortē meam natus, hæres eſto duo gradus hęredū ſunt, &c.*

B Si duo ſunt gradus hæredum, ergò in primo gradu filius inſtitutus eſſe videtur, & nepos in ſecundo.

Reſpondeo, hunc Iuliani locum declarandum eſſe ex loco Scæuolæ, vt videlicet tunc duo hæredum gradus eſſe intelligantur, cùm filius a teſtatore hæres inſtitutus fuerit. Non enim Iuliano propoſitum ibi eſt declarare, vtrum in formula illa filij inſtitutio comprehendatur, ſed ſupponit eam comprehendi: deinde docet, nullo caſu vtrumque ſcilicet filium & nepotem ad hæreditatem admitti. *Ex quo* (inquit) *apparet, ſi nepos Titius ſubſtitutus fuerit, & filius patri hæres extiterit, non poſſe Titium una cum filio hæredem eſſe; quia non in primum, ſed in ſecundum gradum ſubſtituitur.*

Secundum argumentum eſt ex l. ſi quis ita hæres inſtituatur, ff. de hæred. inſtit. Scæuola: *Si quis ita hæres inſtituatur, ſi legitimus hæres uindicare nolit hæreditatem meam, puto deficere conditionem teſtamenti illo uindicante.* Quibus verbis Iuriſconſultus præſupponit teſtamentum valere.

Reſpondeo, nos loqui de filio in poteſtate conſtituto qui nominatim inſtituendus eſt, nec præteriri poteſt, & dicitur eſſe ſuus hæres, ut in Inſtit. de hæredum qualit. & different. alia ratio eſt hæredis legitimi, qui differt a ſuo: & ideo ponitur ad differentiam ſui hæredis, in tit. de ſuis & legitimis hæredibus. Quamuis & ſuus poteſt dici legitimus.

Tertium argumentum eſt, quia tunc videtur eſſe nullius momenti teſtamentum, in quo filius eſt præteritus, quàdo pater facit illi iniuriam præteritione: Sed hic nulla fit iniuria filio præterito, quia eo in caſu eſt pręteritus, quo viuente teſtatore mortuus eſt.

Reſpondeo iniuriam fieri; quia non inſtituitur hæres, vt inſtitui debet in teſtamento: Et licet nepotis inſtitutio ita locum habeat, ut filius moriatur viuo teſtatore, non tamen tollitur præcedens iniuria ex præteritione, Debuit enim pater illum inſtituere, & tùc nepotem ſub ea conditione ſubſtituere.

Quartum argumentum eſt ex l. Etiam ſi ius annulorum, §. Libertus in patronum, ff de bonis libertor. Vlpianus: *Si libertus patronum ſuum ita hęredem ſcripſerit; ſi filius meus me viuo morietur, patronus hęres eſto, non male uidetur teſtatus.*

Reſpondeo, non malè videri teſtatum, quia ſubdit textus: *Nam ſi deceſſerit filius, poterit hic exiſtente conditione accipere bonorum poſſeſſionem.* Suprà autem expoſuimus iure Prætorio teſtamentum reuiuiſcere, & ex eo bonorum poſſeſſionem peti poſſe, ſi filius præteritus viuo teſtatore moriatur. At noſtra quæſtio eſt, quid Iure Ciuili dicendum ſit; non autem quid Iure Prætorio.

A Quintum argumentum eſt ex l. conficiuntur, ff de iure Codicillor. vbi qui ſuccedit ab inteſtato dicitur ſuccedere ex tacita voluntate defuncti. Reſpondeo, nihil obſtare: quia argumentum procedit, & loquitur, vbi nullū eſt conditum teſtamentum.

Poſtremum argumentum eſt Alciati lib. 3. Parodoxor. cap. 6. quia videlicet, ſi dixerimus filium hoc in caſu tacitè cenſeri vocatum ab inteſtato, ceſſabit argumentum, quod contra formulam Galli Aquilij adducebatur illud nimirum, quod fiſco olim acquireretur hæreditas & caduca fieret inſtitutio, hærede inſtituto ante teſtatorem moriente, & conſequenter ad nepotem hæreditas pertinere non poſſit.

Reſpondeo, legem Papiam non habuiſſe locum in filijs vſque ad tertium gradum. Vnde etſi filius hæres inſtitutus deceſſiſſet viuo adhuc patre, non ideo eius hęreditas caduca efficiebatur, ut habetur in Inſtitutio. Vlpiani, tit. de Caducis tollend & ſequent. *Hodie* (inquit Vlpianus) *ex Conſtitutione Imperator Antonini omnia caduca fiſco uindicantur, ſed ſeruato iure antiquo liberis, & parentibus.* Apud Cuiacium in fragmentis Vlpiani, tit. 17 & idem habes ibi tit. ſequen.

CAPVT LXXVII.

Vtrum inſtitutio filiorum a teſtatore facta extendatur ad filios, quos ſe habere ignorabat; quia mortuos eſſe putabat.

ETſi multi, ijque grauiſſimi autores, crediderint, filiorum inſtitutionem a teſtatore factam non eſſe extendendam ad eos filios, quos ſe habere teſtator ignorabat: vt videre licet ex Mantica de Coniectur. vltimar voluntat lib. 3. tit. 2. & Menoch. de Præſumption. lib. 4. pręſump. 16 nu. 19 & nu. 23. Eorum tamen ſententiam, (ij nec pauci, nec obſcuri nominis ſunt) qui contrarium docuerunt, magis amplector. Hanc enim interpretationem ac ſententiam ſuadet mihi rei æquitas, ac veriſimilitudo. Quis enim non intelligit parentem omnes

C filios ſuos hæredes facere uoluiſſe, nec eum, quem viuere ignorabat, omiſſurum, ſi extare putaſſet, niſi iuſtam aliquam pręteritionis eius cauſam proponas? Aut quis æquum eſſe dixerit, inpedimentum illud, & caſum ignorantię teſtatoris nocere debere, ac non potius per coniecturam paternæ pietatis emendandum? Ita Seuerus & Antoninus de matre reſcripſerunt, quę duobus filijs hęredibus inſtitutis, tertio poſt teſtamentum ſuſcepto in puerperio deceſſerat, nec teſtamentum mutare potuerat, *repentini caſus iniquitatem per coniecturam maternæ pietatis emendandam eſſe*, & ſic tertium quoque filium cum alijs inſtitutum videri, ut in l. 3. C. de inoffic. teſtam.

D Scribit Alciatus lib. 3 de verb. ſign. ita conſtitutū fuiſſe, propter iuſtam impedimenti cauſam, & quia nullum inde filijs damnum oritur, atque etiam odio querelæ. Quod ſi ita eſt (exiſtimo enim maternę pietatis coniecturam omnibus alijs circumſtantijs pręferendam) negari non poteſt, quin etiam in hac ſpecie, qua de agitur, iuſta ſit impedimenti cauſa propter iuſtam, ac probabilem ignorantiam teſtatoris, an filius viueret. Nullum quoque alijs filijs pręiudicium inde oritur; quia & huic filio portio hęreditatis debetur: & denique quęrelę odij ratio locum etiam habet in hac ſpecie.

Adſertur pro contraria ſententia in primis textus in l. ſi quis ita, §. ſi quis cum ignoraret, ff. de teſtam. tutel. Vlpianus: *Si quis cum ignoraret ſe Titium filium habere, filijs tutorem dederit, utrum iis ſolis dediſſe videbitur, quos in poteſtate ſcit, an ei quoque quem ignorauit ſe habere Et magis eſt, ut huic dediſſe non uideatur licet nomen filiorum admittat & ipſum: ſed quia de ipſo non ſenſit, dicendum eſt ceſſare in perſona eius dationem.*

Reſpon-

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Neque verò coniectura pietatis paternæ in ſpecie Vlpiani eam vim habere poteſt, quam habet in cauſa hæreditatis, & ſucceſſionis; cum ratio naturalis, votumque paternum filij hæreditatem adijciat, l. ſcripto, ff. vnde lib. l. cum ratio, ff. de bonis damnator. onus autem tutelæ filiorum a lege deferatur, nec ſemper a parentibus teſtamento inferatur.

Secundò adfertur generale quoddam pronunciatum Actus agentium non operantur vltra eorum intentionem, l. non omnis, ff. ſi cert. petatur. Sed hic teſtator non ſenſit de filio, quem viuere ignorabat, Ergo, &c. Reſpondeo, de eo quidem teſtatorem non ſenſiſſe, ſed inſtitutionem extendi ad caſum omiſſum, nempè ad filium illum ex coniectura pietatis paternæ.

Tertiò adſertur aliud pronunciatum: Teſtatoris voluntas interpretanda eſt ſecundum eius intentionem, ac opinionem, non autem ſecundum rei veritatem, l. quo loco, §. 1. ff. de hæred. inſtit. Ergò hic eſt habenda ratio opinionis teſtatoris circa mortem filij, non autem veritatis. Reſpondeo, omnem Definitionem in iure periculoſam eſſe; rarum eſt enim, vt non ex circumſtantijs ſubuerti poſſit, l. omnis Definitio, ff. de reg. iur. præſertim verò in his Brocardicis Pronunciatis; Quare aſſero pietatis, paternæ coniecturam præualere Brocardico Axiomati.

Quartò adfertur ſolidius argumentum; quia videlicet hæredis inſtitutio non inducitur ex coniecturis. Nã hæredes palam inſtituendi ſunt, l. hæredes palam, ff. de teſtam. l. iubemus, C. eod. tit.

Reſpondeo, hic non induci Inſtitutionem ex coniecturis, ſed inſtitutionem, quæ facta eſt, extendi ad alium filium ex coniectura pietatis paternæ, quod nouum non eſt, ut in d. l. 3. C. de inoff. teſtam.

CAPVT LXXVIII.

Si teſtator coniunctim inſtituat hæredes, filium & nepotem, vtrum intelligantur ordine ſucceſſorio inſtituti, hoc eſt, vt poſt mortem filij cenſeatur nepos inſtitutus, an verò ſimul.

TRactant hanc quæſtionem inter Doctores controuerſam omnes, qui Commentaria ſcripſerũt in l. Gallus, § quidã rectè, ff de lib. & & poſtum. & poſt eos Couuar. ad cap. Rainucius, § 2. de teſtamen. Mantica de Coniectur. vlt. volunt. lib. 4. ti. 8. Menochius de præſum. li. 4. præſum 70. & communior ſententia eſſe videtur, ordine ſucceſſorio inſtitutos videri, & ſic filium in primo gradu, & nepotem in ſecundo. Fundamentum eſt in eo poſitum, quia vt hæc interpretatio locum habeat, poſtulare videntur hæc tria, Ordo Legis: Ordo charitatis, & Ordo neceſſitatis. Ordo quidem Legis; quia lex vocat primò filium, deinde nepotem ad ſucceſſionem; Ordo charitatis; quia Pater plus diligit filium quàm nepotem, ideoque cenſetur prius hæreditatem filio deſerre, tum nepoti. Ordo neceſſitatis denique, quia lex mandat filium hæredem inſtitui prius, quàm nepotem, & ut teſtamentum valeat, illud eſt conſilium Galli Aquilij, vt pater filium inſtituat, & ſi eo viuente moriatur, inſtituat nepotem, iuxta d. l. Gallus, ff. de lib. & poſtum. quo caſu certum eſt, filium, in primo gradu, nepotem in ſecundo inſtitutum cenſeri, l. cum in teſtamento ff de hæred. inſtit. Atque hic inculcari ſolent generalia quædam Pronunciata, nempe, Aliquando dictionem coniunctiuam in diſiunctiuam reſolui; Item teſtatorem in dubio ſe conformare huic legum diſpoſitioni. Item, qui actum aliquem facit, ſi aliqua extat neceſſaria cauſa, ea adductus magis præſumitur, quàm cauſa merè voluntaria, & id genus alia, quæ nec ſolida ſunt, nec perpetuò ſibi locum vindicant: & ut ingenuè fatear, nullis etiam legibus probantur, niſi aliqua voluntatis coniectura ſub-

A ſit, quæ vel ex verbis colligatur, vel ex ipſis facti, & perſonarum, ac totius rei geſtæ circumſtantijs eluceat; qualis in propoſita ſpecie nulla eſt prorſus.

Mihi ſanè diligenter tum in iuris regulas; tum in omnem argumentorum & coniecturarum vim intuenti, probabilior contraria ſententia uidetur, quam non pauci, nec obſcuræ autoritatis ſecuti ſunt Iuriſconſulti.

Illud autem argumẽtum me potiſſimum mouet, quoniam vbi verba teſtatoris ſunt clara, & in eis nulla eſt ambiguitas, non eſt habenda voluntatis quæſtio, l. ille aut ille. § cum in uerbis, ff. de leg. 3. Nec aliter a verborum ſignificatione recedendum, quàm ſi appareat contraria, teſtantis uoluntas, l. non aliter, ff. eod. tit.

Sed hic verba ſunt clariſſima, & nulla in eis eſt ambiguitas, quin ſignificent teſtatorem velle, ut tam filius, quàm nepos in eodem gradu ſuccedant: ergo non eſt habenda voluntatis quæſtio.

Aſſumptio hæc probatur; quoniam teſtator eos inſtituit hæredes in eodem gradu coniunctim, ut proponi-
B tur, quo caſu quilibet inſtitutus eſſe intelligitur in portione ſua, l. vltima, C. de Impub. & alijs ſubſtitut & nemo inficiari poteſt, quin ea ſit verborum natura, & ſignificatio.

Dices, ergò ſemper verbis inhærendum, nunquam ſectanda teſtatoris voluntas? Reſpondeo, immo ſequendam, eamque primum locum ſibi vindicare, ac planè dominari; ſed vnde illam hic habes? Ex ordine legis: At hic Ordo nihil mouet, quia res eſt clara; In obſcuro quidem teſtatoris verba interpretamur ſecundum legis diſpoſitionem: ſed hic res eſt clara ex verbis, quid facere teſtator debuerit, lex nobis indicat, quid autem ordinauerit, ac ſeruari mandauerit, verba teſtamenti demonſtrant, quibus eſt parendum.

Ordo, inquis, charitatis. Sed non ſeruauit hunc ordinem teſtator, qui potuiſſet eum, ſi uoluiſſe, obſeruare, filium prius inſtituendo, deinde nepotem, quod non fecit.

C Ordo neceſſitatis. Vbi eſt Ordo hic neceſſitatis? Potuiſſet quidem teſtator conſilio vti Galli Aquilij, & eius formula in inſtituendo filio, & nepote, ſed quid eum, vt eo vteretur, compellere poterat? An quia prodidit illam formulam Aquilius, idcirco teſtatores eam ſequi tenentur (conſilium nemo, & cautelam, ſic vocant, ſequi tenetur, ſi nolit) aut ſi non eam formulam adhibuerit, adhibuiſſe nihilominus videbitur? Nouam rem audio, Gallus formulam inuenit, quam ſi teſtatores adhibeant, teſtamentum non rumpitur, Doctores volunt ea etiam non adhibita non rumpi. Cur ita? Quia videtur adhibita, licet non ſit adhibita. Fruſtrà ergo adhibebitur, quia tacitè ineſt. At hæc nimis ſunt aliena, & iuri diſſona.

Quid ad generalia pronunciata? nihil ferè; quia nec reſponſum merentur. Non probantur enim legibus, non ſunt perpetua, non habent locum in claris; quia in eis
D coniecturis locus non eſt.

Quid, obſecro te, commune cum hac quæſtione habet textus qui adfertur ad Pronunciatum ſtabiliendum in l. in ijs, §. ſed & ſi fortè, ff. de ſolution. Audi eius verba: *Sed ſi fortè uſuræ non ſunt debitæ, & quis ſimpliciter ſoluerit, quas omninò non erat ſtipulatus; Imperator Antoninus cum Diuo patre ſuo reſcripſit, vt in partem cedant, quod generaliter conſtitutum eſt prius in vſuras nummum ſolutum accepto ferendum, ad eas vſuras videtur pertinere, quas debitor exoluere cogitur, &c.*

CA-

CAPVT LXXIX.

Vtrum reciproca ſubſtitutio pupillaris facta eſſe cenſeatur inter filios impuberes, quando eorum vltimo morienti datus eſt ſubſtitutus in tota hæreditate, matre exiſtente in medio.

TEſtator ita dixit; Tlrium, Caium & Seium filios meos hæredes inſtituo, & vltimo eorum in pupillari ætate decedenti Sempronium ſubſtituo in tota hæreditate. Quæritur, ſi mater ſuperſit; quia ſecundum Conſtitutionem Iuſtiniani ſuccedit filio vnà cum fratribus defuncti, vt in Authen. defuncto, C. ad Tertyl. vtrum inter filios impuberes facta videatur reciproca ſubſtitutio pupillaris; ita, vt in conſequentiam matre excluſa, ſolus ſubſtitutus totam obtineat hæreditatē. Controuerſia eſt hac de re inter veteres, ac recentiores Interpretes. Nam veteres exiſtimauerunt reciprocam ſubſtitutionem non videri factam inter filios impuberes: Recentiores autem videri, vt teſtatur Alciatus in Commentarijs ad l. vel ſingulis, ff. de vulg. & pupil. & nouiſſimè Iacobus Menoch de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 61 num. 3. & 4.

Fundamentum veterum illud eſt; quoniam directa ſubſtitutio non debet ex coniecturis induci, argumento l. iubemus, C. de Teſtam. licet fideicommiſſaria hoc in caſu inducatur, vt in l. Titia Seio, § Seia libertis, ff de leg. 2. Ex coniecturis autem induceretur in hac ſpecie, quia teſtator in tota hæreditate ſubſtituit vltimo morienti, & conſequenter filios inuicem ſubſtituit, vt ſic tota hæreditas ad eum, qui vltimus moreretur, perueniret: Neque enim aliter peruenire poteſt, quàm ſi ſubſtitutus eſſe intelligatur.

Fundamentum verò recentiorum interpretum in eo ponitur, quod ſi teſtator vult in tota hæreditate ſuccedere eum, quem vltimo morienti ſubſtituit, neceſſario etiā velle intelligitur, vt inter filios facta eſſe intelligatur reciproca ſubſtitutio; quia per eam vnus alteri præmorienti ſuccedet, & ſic ad nouiſſimum tota perueniet hæreditas, cui demum ſubſtitutus ſuccedet.

Ad argumentum antiquorum reſpondent negando directam ſubſtitutionem ex coniecturis non induci; immò verò inducitur, vt patet ex l. iam hoc iure, ff. de vulgari.

Ego ſanè non dubito, quin ex coniectura voluntatis directa pupillaris ſubſtitutio inducatur, quoniam video eam tacitè in vulgari expreſſa cōtineri, vt in d. l. iam hoc iure, ibi: *Vt cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in vtrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur*, &c. Ex quibus verbis patet, ex tacito quodam intellectu pupillarem induci. Nec me mouet textus in l. iubemus, C. de Teſtam. quoniam de hæredis inſtitutione loquitur, non de ſubſtitutione. Sed ut verum fatear, quo minus recentiorum ſententiæ ſubſcribam, facit matris in medio exiſtentis fauor; Si enim tacita pupillaris, quæ alioqui in expreſſa vulgari locum habet, matre exiſtente nō habet locum, ne illa excludatur a luctuoſa filij hæreditate, vt explicaui ſuprà hoc eodem libro cap. 40. Cur hoc in caſu locum habere valeat, non ſatis video. Nec enim mihi placere poteſt, quod Alciatus dicebat in d. l. vel ſingulis, matrem hoc in caſu videri grauatam, vt cum nouiſſimus moreretur, reſtituat. Qui enim grauata illa videri poſſit, quæ à teſtatore vocata non eſt? l. ab eo, C. de fideicommiſſ.

Quod ſi veterum recipiatur interpretatio, in quam ipſe iam procliuior, ſic ſtatuendum erit; teſtatorem nouiſſimè decedenti ſubſtituentem inter ipſos liberos ius legitimarum hæreditatum conſeruare voluiſſe, vt Iuriſconſultus reſpondit in d. l vel ſingulis, ff. de vulg. ac perinde voluiſſe, vt ſi tota hæreditas ad filium qui nouiſſimè decederet, perueniret, illa pertineret & ad ſubſtitutum. Tota verò hæreditas ad vltimò decedentem tunc A pertineret, cum mater prius (quod ſanè pater futurum probabiliter credidit) moreretur. Ex quo perſpicuum ſit, non eſſe firmum recentiorum interpretum fundamētum, quoniam aliter quàm per reciprocam ſubſtitutionem inter filios tacitè intellectam hæreditas tota ad eū, qui vltimus moritur, peruenire poteſt.

CAPVT LXXX.

De eadem reciproca ſubſtitutione non directa, ſed fideicommiſſaria, an inter plures hæredes præſumatur, quoties eorum vltimo morienti ſubſtitutus datus eſt in hæreditate.

CVm in tota hæreditate ſit ſubſtitutio fideicommiſſaria ex hæredibus, qui nouiſſimus morietur, inter omnes conuenit reciprocam inter ipſos hæredes ſubſtitutionem factam cenſeri, vt ſic ad illum, qui po- B ſtremus moritur, tota perueniat hęreditas, eaque ſubſtituto reſtituatur. Cæterum, ſi non fuerit facta ſubſtitutio *in tota hæreditate*, ſed ſimpliciter ac indefinitè *in hęreditate*, vtrum idem ſtatuendum ſit, non eſt eadem omniū ſententia, ſunt enim qui affirmant, ſunt qui negant, nec deſunt, qui ſibi ipſis parum conſtantes modò affirmauerint, modò negauerint. In eorum numero Alciatus mihi videtur eſſe, is enim in Commentarijs l. vel ſingulis, ff. de vulg. & pupilla. negat idem ſtatuendum eſſe, ſed contrarium reſpondit in conſ. 567. nu. 9. nec non etiam Socinus iunior, quoniam in conſ. 176. nu. 2. lib. 2 & alibi, affirmat, ſed in Commentarijs ad l hæredes mei, § cum ita, nu. 17. ff ad Trebell negat.

Videre etiam licet aliquos dubitantes aliquid in hoc articulo affirmare, velut Ripa facit in Commentarijs d. §. cum ita, nu. 18 & alios affirmantis ſententiæ autores citari, qui tamen potius neganti adſtipulantur, vt Alex. in conſ. 91. lib. 1. Denique alios animaduerti hac de re C nihil dicere, qui tamen citantur, vt Oſaſcus deciſ. 110. nu. 10 & Gloſ. in l. Lucius, de leg. 1.

Scriptis itaque Doctorum ex fontibus ipſis, non ex relatu aliorum inſpectis, autores inuenio affirmantis ſententiæ Curtium iuniorem, ad l. penult. C. de impub & alijs ſubſtitut. & in conſil 43. num. 2. 3. Viglium in § vel ſingulis, in Inſtitu. de pupill ſubſtitut Didacum Couuar. ad cap. Rainucius, §. 8. nu. 3. de Teſtam. D meū Cephal. in conſil. 166. num 26. lib. 2. D. meum Decian. in conſil. 3. num. 70. lib. 1. Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 62. num. 2.

Contrariæ autem ſententiæ Ruin. in conſil. 126 nu. 7. & 134. nu. 2 lib. 3. Socin iun. in d. l. hæredes mei, §. cum ita, nu 17. ff. ad Trebell & Socin. ſenior, in conſil. 69. circa finem, lib. 3. Manticam de coniect vlt. volunt. lib. 7. tit. 5. num 10 verſic. Sed tamen contrariam, vbi tamen num. 12. verſic. Fatendum, vna cum Socino iuniore ab hac ſententia diſcedendum putat, cum verbis conijci D poteſt, teſtatorem ſenſiſſe de tota hæreditate, velut ſi dixerit, vltimus qui deceſſerit ſine liberis, reſtituat hęreditatem meam Titio, nam pars vltimi decedentis non rectè dicitur hæreditas teſtatoris, ſed pars hæreditatis teſtatoris.

Fundamentum prioris ſententiæ poſitum eſt primò in generali quadam regula; Indefinita æquipollet vniuerſali, l. ſi pluribus, de legat. 2. ſi plures, de leg. 3. cum itaque vltimo morienti ſubſtitutio ſit facta in hæreditate, eſt perinde, ac ſi facta eſſet in tota hæreditate, quo caſu omnes conueniunt, reciprocam ſubſtitutionem intelligendam eſſe inter hæredes inſtitutos.

Secundò in l. Titia Seio, § Seia libertis, de leg 2. Paulus: *Seia libertis ſuis fundum legauit, fideique eorum ita commiſit. Fidei autem veſtræ, Verè et Sapide, committo, ne eum fundum vendatis, eumque qui ex vobis vltimus deceſſerit, cum morietur, reſtituat Symphoro liberto, & ſucceſſori meo, & Berillo & Sapido, quos infrà manumiſi, qui ve* ex

ex iis tunc ſuperuiuent. Quæro cũ nec in prima parte teſtamenti, qua fundum prælegauit, eos ſubſtituerit, in ſecunda autem adiecerit uerbum, qui ultimus deceſſerit, an pars vnius defuncti ad alterum pertineret. Paulus reſpondit teſtatricem videri in eo fideicommiſſo, de quo quæritur, duos gradus ſubſtitutionis feciſſe; vnum, ut is, qui ex duob. prior moreretur, alteri reſtitueret: Alterum, ut nouiſſimus iis reſtitueret, quos nominatim poſtea enumerauit.

Hic Iuriſconſultus docet reciprocam ſubſtitutionem intelligendam eſſe inter uocatos, ex eo, quòd vltimo morienti dati ſunt ſubſtituti in fundo ſimpliciter, ac indefinitè; Ergò idem & in propoſita quæſtione noſtra reſpondendum videtur.

Tertiò, quoniam ut dicebat Couua. quorſum ſubſtitutio fieret ultimo morienti in fundo, & hæreditate, ſi in eius tantum parte teſtator voluiſſet ſubſtitutum admitti? Vnde verò ſimilius eſt, etiam in aliorum hæredum, aut legatariorum partibus factam videri reciprocam ſubſtitutionem, & eam fideicommiſſariam, ut tota hæreditas ad nouiſſimum pertinere, & ab eo ad ſubſtitutum.

Fundamentum poſterioris ſententiæ illud eſt; quia cum teſtator ſubſtituerit vltimo morienti in hæreditate, hæc uerba commodiſſimè accipi poſſunt de parte hæreditatis ipſius vltimi morientis, arg. l. ſi Titius ex parte, de leg. 3. Caius: *Si Titius ex parte heres rogatus ſit Mæuio hereditatem reſtituere*, &c. Hæc uerba ſine dubio ibi accipiuntur pro parte hæreditatis ipſius Titij, nõ autem pro tota hæreditate.

Quod verò dicebatur, indefinitam orationem æquipollere vniuerſali, præterquam quod non ſemper verum eſt (Brocardicum quippe eſt) ideo non obſtare reſpondent; quia intelligi poteſt illa oratio vniuerſaliter, quantum ad partem totam vltimi defuncti, cui datus eſt ſubſtitutus.

Quod attinet ad l. Titia Seio, § Seia libertis, de leg. 2. reſpondent ibi de fundo agi, quem teſtator alienari prohibuit, ac deinde reſtitui ab ultimo moriente mandauit. Quamobrem neceſſe eſt intelligere totum fundum reſtituendum eſſe, ſicut de toto fundo prohibitio alienationis intelligitur. Quare non rectè ex re particulari inferri poteſt ad hæreditatem.

Ego aliter in propoſita ſpecie reſpondendũ puto: Sic enim ſtatuo non videri reciprocam ſubſtitutionem factam inter hæredes inſtitutos, ſed hanc fuiſſe mentem teſtatoris, vt ſi hæreditas tota perueniret ad eum, qui vltimus moreretur, eam ſubſtituto reſtitueret. Peruenire autem poterat ex legitima ſucceſſione, & hoc eſt, quod dicit Iuriſconſultus, in l. vel ſingulis, ff. de vulg. cum vltimo morienti ſubſtituitur, teſtatorem voluiſſe ius legitimarum ſucceſſionum inter filios integrum conſeruari. Si verò tota hæreditas ad eum, qui nouiſſimus moreretur, non perueniret, tunc ſuam portionem hæreditatis reſtitueret, quia nihil proponitur, cur hæreditatis appellatio ad vnum ex hæredibus relata, non de portione eius tantum intelligenda ſit.

Et pro huius ſententiæ confirmatione vnum perpendo, quod mihi omnem difficultatem uidetur auferre, nimirum, quod habetur in d. l. ſi Titius ex parte; de leg. 3. *Diuus Antoninus conſultus reſcripſit, non debere reſtituere, quia appellatione hęreditatis neque legata, neque fideicommiſſa continentur.*

In ea ſpecie alter ex hæredibus rogatus erat ſuam partem cohæredi Titio reſtituere: Titius autem Mæuio rogatus erat cohæreditatem reſtituere. Quæſitũ eſt, an Titius Męuio reſtituere deberet non ſolum partem ſuam hęreditatis, verùm etiam partem cohæredis, quam ex fideicommiſſo conſecutus erat, & reſpondetur, non debere reſtituere; quia Titius rogatus erat hæreditatem Mæuio reſtituere; ut in principio legis. Appellatione autem hæreditatis fideicommiſſa non continentur.

Ex hoc loco ſic argumentor ad rem noſtram. Teſtator vltimo morienti mandauit, vt hæreditatem reſtitueret ſubſtituto. Ergo non intelligitur mandaſſe, vt partẽ A hæreditatis cohæredis ſui (etiam ſi reciproca eſſet inter eos fideicommiſſaria ſubſtitutio facta) reſtitueret; quia hæreditatis appellatione fideicommiſſum non continetur: Si ſic eſt, ergò fruſtrà fingimus, atque imaginamur inter hæredes à teſtatore factam eſſe reciprocam ſubſtitutionem ad hunc effectum, vt ex fideicõmiſſo tota hæreditas perueniat ad nouiſſimum, & ab eo ad ſubſtitutum. Fruſtrà, inquam, id conamur aſſerere, quoniam etſi facta eſſet reciproca ſubſtitutio, appellatione tamen hæreditatis reſtituendæ fideicommiſſum non continetur, quod ad vltimò morientem ex reciproca illa ſubſtitutione perueniet.

Dices, ſi hęc vera ſunt, etiam ab omnibus receptam ſententiam falſam eſſe, qua dicitur reciprocam intelligi factam, cum vltimò morienti facta eſt ſubſtitutio in tota hæreditate; quia ſemper illa ratio viget. Appellatione hæreditatis fideicommiſſa non contineri. Reſpondeo, aliud eſſe in oratione vniuerſali conſtitutum; tunc enim appellatione hæreditatis etiam fideicommiſſa continentur, l. B cum virum, C. de fideicommiſ. ibi: *Etiam legata huiuſmodi fideicommiſſo contineri, id eſt, vbi hęres rogatus fuerit, quicquid ex hereditate ad eum peruenerit poſt mortem reſtituere.*

CAPVT LXXIX.

Alia Controuerſia de reciproca ſubſtitutione, an præſumatur facta, cum pluribus hæredibus inſtitutis, poſt mortem omnium, teſtator aliquem ſubſtituit.

SEd rurſus controuertitur; teſtator pluribus inſtitutis hæredibus, poſt mortem omnium, aliquem ſubſtituit, vtrum videatur ipſos hæredes inuicem ſubſtituere? Communior eſt ſententia, non videri, vt patet ex notatis per Gabrielum, lib. 4. Comm. Concl. tit. de Subſtitutionib. Concl. 1. nu. 1. Manticam de Coniectur. vltimar. C volunt. lib. 7. tit. 5. nu. 6. Menochium de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 62. numer. 30. Couuar. ad cap. Rainucius, §. 8. num. 4 de Teſtam.

Sed contrarium docuit Caſtrenſ. in l. Titia Seio, §. Seia libertis, de legat. 2. & in conſ. 404. Duo videnda, lib. 1. & 271. Quamquam multa, lib. 2. Curtius iun. in conſil. 11. nu. 5. verſ. Secundo principaliter, & alij, à Gabriel. Menoch. & Mantica citati locis annotatis.

Fundamentum communis ſententiæ poſitum eſt in aliquibus legibus, quæ iudicio meo id non dicunt, ad ꝙ allegantur, in l. pater filium, §. vlt. ff. ad l. Falcid. in l. qui duos, ff. de vulg. in l. Lucius, § Caio, ff. ad Trebell. legatur, nihil probant.

Sed veriſſima tamen mihi videtur ipſa cõior ſententia, ea ratione, qua vſus eſt Alba, in conſ. 31. fideicommiſſum cenſeri onus, l. ſi arrogator, ff. de adopt. l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. ac proinde non eſſe præſumendũ, D niſi verba id contineant, vel neceſſaria, aut valde vrgens coniectura id ſuadeat, l. Titia, §. Caius, l. Lucius Titius, §. pen. de leg. 2. Cum ergò nec verba teſtatoris in propoſita ſpecie reciprocam contineant fideicommiſſariam ſubſtitutionem, nec coniectura talis ſubſit, meritò dicendum eſt, reciprocam ſubſtitutionem præſumendam non eſſe.

Coniecturam talem non ſubeſſe patet ex eo, ꝙ cum ſubſtitutio ſit poſt mortem omniũ, exiſtimare poſſumus factam hoc modo, vt ſinguli hæredes videantur portionem ſuam grauati poſt mortem reſtituere, ſubſtituto, & pluralitas reſoluatur in ſingularitates, iuxta l. falſa, §. vlt. ff. de cond. & demonſt. l. 2. ff. de cond. inſtit. ad finem.

Nec difficilè eſt ad argumenta reſpondere, quib. contraria ſententia nititur. Primum argum. eſt ex l. Codicillis, de vſufr. legat. vbi poſt mortem plurium domus fuit relicta Reipub. & tamen fideicommiſſum ei non debetur, donec aliquis ſuperſit, ibi: *Reſpondi quoad aliquis eorum uiuat fideicommiſſum Republicæ non deberi*, quo 1 argum. eſt, inter ipſos reciprocum eſſe fideicommiſſum.

Reſpon-

Reſpondeo, in ea ſpecie ita conſtitutum fuiſſe, quia te- A ſtator ita ordinauit, *vt qui ab his deceſſerit* (ſunt verba textus in d. l. codicillis) *portio eius reliquis accreſcat ita vt ad nouiſſimum pertineat*, &c.

Et licet illa verba teſtatoris ad fundum referantur, tamen rectè etiam domui adaptantur, de qua ſtatim teſtator mentionem fecit, dicens: *Hoc amplius libertis libertabusq́, meis habitationes in domo, quamdiu viuant*: &c. *Quam domum poſt mortem eorum ad Rempublicam pertinere volo* Ex quo apparet, ſimiliter hoc teſtatorem voluiſſe, vt ſi vnus decederet, portio eius in domo alijs accreſceret.

Secundum argumentum eſt, cum ſit ſubſtitutio poſt mortem plurium, eſt perinde, ac ſi vltimo morienti fieret, vt probatur in l. qui duos, ff. de vulg. Sed cum fit vltimo morienti, intelligitur reciproca ſubſtitutio, l. Titia Seio, §. Seia libertis, de leg. 2. Ergo etiam intelligitur reciproca ſubſtitutio, cum ſit poſt mortem plurium.

Reſpondeo, negari poſſe maiorem propoſitionē; quoniam illa lex id non dicit, & non de fideicommiſſaria B ſubſtitutione, ſed de directa loquitur; Hoc tantum vult ibi Iuriſconſultus ſubſtitutum pupillariter ea conditione: *Si ambo filij impuberes mortui eſſent*, ſi pueri diuerſis temporibus vita decedant, non obtinere amplius, quam ſex vncias; quia videlicet vltimo defunctus ab inteſtato ſucceſſit priori, qui defunctus erat; nec ſubſtitutus admitti poterat, niſi poſt mortem omnium, quia teſtator inter eos voluit ſeruare ius legitimarum ſucceſſionum.

Sed nec minor illa propoſitio ſatis probatur ex dicto §. Seia libertis Neque enim loquitur in hæreditate, ſed in re particulari, nempe, in fundo, quem alienari teſtator prohibuerat, & poſt nouiſſimi mortem voluerat ſubſtitutis reſtitui. Non poterat autem a nouiſſimo reſtitui totus, niſi is partem præmorientis accepiſſet. Alia ratio eſt in hæreditate, in qua rectè ſumi poteſt interpretatio, vt ſingulis hæredibus teſtator, quoad eorum portiones, ſubſtituere intelligatur, eoſque rogare, vt ſubſtituto reſti- C tuant, poſt mortem, quod exequi omnes poſſunt; licet aliorum præmortuorum portiones minimè conſequantur.

Tertium argumentum eſt, quia cum fideicommiſſa inducantur ex coniecturis, l. cum proponebatur, de leg. 2. hæc videatur eſſe legitima coniectura, vt quandoquidem non voluit teſtator, vt hæreditatem ſubſtitutus haberet prius, quam omnes morerentur hæredes, idcirco voluiſſe credatur, reciprocam inter ipſos hæredes ſubſtitutionem inducere: vt ſic hæreditas ab vno hærede ad alium perueniat, & demum eis defunctis ad ſubſtitutum.

Reſpondeo, ſumi quidem poſſe eam interpretationē, eamque coniecturam non omnino alienam eſſe: ſed tamen, quia rectè etiam alia ſumi poteſt interpretatio, verbis ipſis, & naturæ rei conſona, hanc potius certam, & perſpicuam ſequendam eſſe, quam obſcuram & incertam. Eſt autem illa interpretatio verbis & ordinationi defuncti patrisfamilias conſentanea, vt voluerit in pro- D poſita ſpecie ſubſtitutum ſuccedere poſt mortem omniū quemadmodum expreſſit, citrà onus reciprocæ ſubſtitutionis inter grauatos, quia id non expreſſit Quamobrem altero decedente ad eius portionem vocabitur ſubſtitutus, etiam non expectata aliorum morte, argum. l. Lucius §. Caio, ff. ad Trebellian. Qua in re notandus eſt lapſus Iacobi Mandelli in conſil. 31. numero ſeptimo, exiſtimātis hoc in caſu ſubſtitutum non ſuccedere, niſi poſt mortem omnium; atque interea portiones decedentium in pendenti eſſe, & ad ſuccedentes ab inteſtato tranſire, ut demum omnibus defunctis ſubſtituto reſtituantur. Nō eſt ita. Nam cum reciproca ſubſtitutio non intelligatur eſſe facta inter grauatos vno mortuo, ſtatim in eius portione ſubſtitutus ſuccedet; ut in d. l. Lucius, §. Caio, & declarat optimè Couua. dicto c. Rainucius, §. 8. nu. 4. de Teſtamen.

CAPVT LXXXII.

Quid ſi in ea ſpecie, de qua diſſeruimus in præcedenti capite, perſona ſubſit magis dilecta, & quæ ex præſumpta mente teſtatoris ſubſtitutum excludat?

AMplius & illud controuertitur: ſi perſona ſubſit, quæ ex præſumpta mente teſtatoris ſubſtitutum excludat, vt pote, magis dilecta: nunquid tunc inter uocatos hæredes reciproca ſubſtitutio præſumatur, & conſequenter is, q poſt mortē omnium ſubſtitutus eſt tunc demum ſuccedat, cum omnes hæredes fuerint defuncti & quoad aliquis eorum ſupereſt, excludatur, altero hærede alteri inuicem ſuccedente ex quadam tacita reciproca ſubſtitutione? Affirmant multi, & multi negāt ſubſtitutionem reciprocam intelligi inter hæredes ipſos grauatos, ſed in eo conueniunt omnes, ſubſtitutum non niſi poſt mortem omnium ſuccedere poſſe, ut videre licet ex Couuar. ad cap. Rainucius, §. 8. numer. quarto. de Teſtamen. Alba, in dicto conſil. 31. & 32. & alijs quam plurimis a Menochio citatis, lib. 4. de præſumpt. in 62. præſump. num. 35.

Qui reciprocæ ſubſtitutioni fauent, adducuntur in hanc ſententiam, ex eo, quod habetur in l. pen. C. de impuber. & alijs ſubſtitut. in l. cum auus. ff. de condi. & demonſtr. in l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ. in l. ſi is qui ducenta, §. Item ſi pater, ff. de reb. dub.

Qui vero aduerſantur huic ſententię, tria potiſſimum mihi videntur adferre. Primum, ſi habenda eſſet ratio perſonæ magis dilectæ, raro accidere poſſe, ut communioris & uerioris ſententiæ ratio habeatur, quam in præcedenti capite aſſeruimus, nempe, cum poſt mortem omnium ſiue plurium hæredum ſubſtitutus uocatur, non cenſeri factam inter grauatos reciprocam ſubſtitutionem. Nam uix vnquam accidere poteſt quin hæredum perſonæ, qui primo loco ſunt inſtituti cariores exiſtant teſtatori, quin etiam plerumque ſint maiori neceſſitudinis vinculo coniuncti, aut filij, aut nepotes, aut cognati. Secundo dicunt ſemper militare argumentum illud, quo ſupra uſi ſumus, nempè ſubſtitutionem tanquā fideicommiſſum, & per conſequens onus continentem inducendam non eſſe, niſi expreſſum ſit a teſtatore, aut coniecturis legitimis deprehenſum.

Tertiò allegant, & hoc unum me in eorum ſententiam impellit, leges, quæ pro contraria ſententia adferuntur ad reciprocam ſubſtitutionem probandam nequaquam pertinere, ſed hoc tantum demonſtrare, ſubſtitutum non niſi poſt mortem omnium ſuccedere poſſe. Hoc, inquam, me potiſſimum mouet, ut poſteriori huic ſententiæ calculum adijciam meum: Animaduerti enim contrariam illam ſententiam originem traxiſſe ex traditis a Bartolo ad l. hæredes mei, § cum ita, in prima colum. ff. ad Trebell. qui leges ſupra dictas ad hoc tantum attulit, ut oſtenderet ſubſtitutum non admitti, niſi poſt mortem omnium grauatorum hæredum, non autem ad eum finem, vt reciprocam illam ſubſtitutionem Imaginariam introduceret.

Quod ſanè ita eſt: Nam audi uerba l. penul. C. de impub. & alijs ſubſtit. *Nos eiuſdem Sabini ueriorem ſententiam exiſtimātes, non aliter ſubſtitutionē admittendam eſſe cenſemus, niſi vterque eorum in prima ętate deceſſerit*. Nullum hic verbum de reciproca ſubſtitutione.

Ecce textum in d. l. ſi is qui ducenta, § item ſi pater, ff. de reb. dub *Sed proclinius eſt ſententiam teſtatoris ſic eſſe interpretādā, ſiue filius, ſiue filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur*. Hic nullum uerbum ad rem noſtram.

Porro cōiectura, quæ in fauorem nepotum magis dilectorū ſubſtituto a Papiniano perpenſa eſt, in l. cū auus. ff. de condi. & demonſtrat. cuius meminit Imperat. in l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ. non eò pertinet,

vt videatur ipſos nepotes teſtator parentibus ſubſtituiſſe, ſed ita demum ſubſtitutum voluiſſe admittere, ſi filij vel nepotes abſque liberis morerentur. Nam ſi morerentur liberis relictis, *fideicommiſſi conditionem feciſſe, quod minus ſcriptum, quam dictum fuerat, inueniretur*. Quare res cum reciproca ſuſtitutione, quam Doctores venati ſunt, nil profectò commune habet.

CAPVT LXXXIII.

Si teſtator ſecundum hanc formulam ſubſtituat, vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum, ſit ne in electione ſubſtituti, ſuccedere ex quacunque uelit ſubſtitutione.

SIleat controuerſia & contentio Doctorum in l. Centurio, ff. de vulga. & alijs in locis, quos refert copioſè Menochius de præſumptio. libro quarto, præſumpt. 63. vtrum electionem habeat ſuſtitutus ſuccedendi, ex qua velit ſubſtitutione, cum ea formula vſus eſt teſtator. Vulgariter, pupillariter & per fideicommiſſum. Sileat, inquam hæc diſputatio, quoniam apertis legibus definita eſt ac deciſa. Concurrere non poſſunt eodem tẽpore vulgaris & pupillaris ſubſtitutio, quia aut hæreditas eſt adita, aut non; ſi adita eſt, vulgaris expirat, l. poſt aditam C. de impuber. Si adita non eſt, pupillaris locum habere non poteſt; quoniam illa locum habet, cum hæres adiuit, & in pupillari ætate deceſſit. Quod ſi patris hæreditas adita non fuerit, & ſic hæres non adiuit, pupillare teſtamentum (id eſt pupillaris ſubſtitutio) euaneſcit, l. ſecunda, §. adeo, ff. de vulgar. Quamobrem tractari non poteſt, vtrum ſubſtituto competat electio ſuccedendi ex vulgari, an verò ex pupillari. Electio enim competit quoties plura ſunt remedia, non ſi vnum duntaxat ſit refugium.

Concurrunt autem commodè vulgaris & fideicommiſſaria. Item pupillaris & fideicommiſſaria, & in his aperto iure vtimur, ac proinde quid ſtatuendum ſit, iure in dubium vocari non poteſt: ſi vulgaris & fideicommiſſaria ſubſtitutio concurrant, electionem ſubſtituto dari, autor eſt Vlpianus, in l. recuſare, § Titius, ff ad Trebell. his verbis: *Titius heres inſtitutus. Sempronio ſubſtituto* (vulgariter) *rogatus eſt ipſi Sempronio hereditatem reſtituere*. Vides hic fideicommiſſariam ſubſtitutionem) *quæritur, an cogendus ſit adire, & reſtituere hereditatem?* (eſt ac ſi quæratur, vtrum ſubſtitutio competat electio ex fideicommiſſo ſuccedenti) *& deliberari poteſt, ſed uerius eſt cogendum eum: quia intereſſe Sempronii. poteſt ex inſtitutione, quam ex ſubſtitutione habere hereditatem, uel legatis, vel libertatibus onerata ſubſiſtitutione*

Idem probat text. in l. vlt C de codicill. quod ſi pupillaris & fideicommiſſaria ſimul concurrant, manifeſtum eſt, electionem ſubſtituto non dari; neque enim ſubſtitutus eligere poteſt hanc viam, vt in bonis patris ſuccedat per fideicommiſſum, & non in bonis filij per pupillarem ſubſtitutionem, Vlpianus in l. ſed ſi plures, §. filio impuberi, ff. de vulg *Filio impuberi*, inquit, *heredi ex aſſe inſtituto, ſubſtitutus quis eſt: extitit patri filius heres: an poſſit ſubſtitutus ſeparare hereditates, vt filij habeat, patris non habeat. Non poteſt, ſed aut vtriuſque debet hereditatem habere, aut neutrius, iuncta enim hereditas cæpit eſſe.*

Certè, ſi electio detur ſubſtituto, poterit patris tantum hæreditatem petere ex fideicomiſſo, eo enim facultates filij non continentur, l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulgar. Sed non poteſt, vt Vlpianus docet, ergo nec electio talis ei competit.

A

CAPVT LXXXIV.

Vtrum in fideicommiſſis filius ingrediatur in locum patris.

SIleat iam quæſo inter eos, qui æqui & boni notitiam profitentur, omnis contentioſa diſputatio. Vtrum in fideicommiſſis filius ingrediatur locum patris: ſic enim ratiocinemur. Hic agitur de teſtatoris voluntate, qui fideicommiſſum ordinauit, interpretanda; Vtrum videlicet ea fuerit voluntas, vt filius loco patris defuncti ſuccederet. Ergo eam interpretari debemus iuxta legum præſcripta, legis autem ſententia hæc eſt. Modeſtinus in l. cum ita, § in fideicommiſſo, de leg. 2 *In fideicommiſſo. quod familiæ relinquitur, ij ad petitionem eius admitti poſſunt. qui nominati ſunt, aut poſt eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo teſtator*
B *moreretur, & qui ex his primo gradu procreati ſint; niſi ſpecialiter defunctus ad ulteriores voluntatem ſuam extenderit.*

Primo gradu autem (eſt idem quod proximus, immò litera communis habet proximo) is dicitur, quem nemo antecedit, l. proximus, 92 §. de verbor. ſign. nec intereſt vnus ſolus ſit, an ex duobus prior pluribuſve, an duo pluresvè ab eodem gradu venientes, qui vel cæteros antecedant, vel ſoli ſint. l. 2. § legitima, ff. de ſuis & legit. hæred. Ergò is, quem nemo antecedit, tanquam proximior vocatus intelligitur, ſiue vnus, ſiue plures ſint.

Ergò filius in locũ patris admittitur, quia is defũcto patre, in locum eius ſuccedit, & nemo illum antecedit, quia locum patris tenet, cum agitur de ſucceſſione aui, vel patrui, & ſimilium. §. cum filius, in Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. deferunt §. reliquum, in Auth. eod. titu & in Auth. Vt fratrum filij, in principio.

C Et quoniam iſta repræſentatio patris, ac in locum eius ſucceſſio, collata eſt filijs ſolum, cum agitur de aui vel patrui hæreditate, vt in locis allegatis expreſſum eſt, ſequitur, vt ſi de aliorum hæreditate, ac ſucceſſione agatur aliter exiſtimandum ſit, nempe, filium in locum patris non ſuccedere in fideicommiſſis, ſicut nec in cætera inteſtati hæreditate. Oſtrepant hic, quantum velint, qui vel de defuncti affectione diuinant, vel mille Doctorum nomina comminiſcuntur: ego paucis his ex fontibus mihi putam iuſtitiam haurio, qui non eſt contentus, legat Manticam de coniect. vltim. volunt. lib. 8 tit. & Menochium de præſumpt. lib. 4 præſumpt 95. nu. 14.

CAPVT LXXXV.

Vtrum in fideicommiſſis, in quibus a teſtatore proximiores uocantur, intelligantur uocati proximiores ipſius teſtatoris, an uerò grauati?

D

SAepe accidit, vt teſtatores hæredibus inſtitutis, ac ſubſtitutis mandent bona ſua in familia conſeruari & proximioribus deferri. Quamobrem in controuerſiam venire ſolet; vtrum proximiores defuncti teſtatoris vocati eſſe cenſeantur, an verò proximiores grauati, qui videlicet poſt mortem fideicommiſſum reſtituere tenetur. Et quoniam relatis quidem copioſè autoritatibus, rationibus autem leuiter perpenſis tractatur hæc controuerſia a Mantica de coniectur. vltim volunt. libro octauo, tit. decimo, & ab Anton. Teſſauro, deciſ. Pedemont. 65. conabor ipſe argumentorum in vtramque partem vim, ac momenta diſcutere: & ex his ſententiam meam pro viribus ſtabilire.

Qui grauati hæredis proximitatem ſpectandam eſſe cenſuerunt, adducti in eam ſententiam fuere his potiſſimum argumentis. Primum eſt ex l. cum ita, §. in fidei commiſſo de leg. 2. Modeſtinus: *In fideicommiſſo, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionem eius admitti poſſunt, qui*

quis nominati ſunt; aut poſt eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore, quo teſtator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati ſunt niſi ſpecialiter defuncti ad vlteriores voluntatem ſuam extenderit.

Ex ſententia igitur Modeſtini, ad fideicômiſſum Primò admittuntur nominati. Secundò loco proximiores (ſcilicet nominatis) & ex his, qui in primo gradu ſunt.

Sed non hic eſt ſenſus verborũ Modeſtini; hoc enim vult, vt primò admittantur nominati, ſecundò illi, qui ex familia defuncti fuerunt, cùm teſtator moreretur, & ij non omnes, ſed duntaxat ij, qui primo gradu procreati ſunt. Si igitur qui erant proximiores ex familia teſtatoris, cum is moreretur, ſecundo loco admittuntur: ſequitur dicendum non eſſe rationem habendam proximitatis grauati, ſed proximitatis teſtatoris: & ſic proximiores intelligi vocatos, ſcilicet teſtatoris proximiores, non autem grauati.

Secundum argumentum eſt; Teſtatoris voluntas ſic interpretari debet, ut iuri ſit conformis, ut notatur in l. hęredes mei, § cum ita, ff. ad Trebel. Sed ius ita diſponit, vt aliquo moriente, is, qui proximior eius eſt, ſuccedat, l. 2. § legitima, ff. de ſuis & legitim. hæred. Ergo & volũtas teſtatoris ſic interpretari debet, vt vocatus eſſe cenſeatur proximior eius, qui grauatus eſt.

Reſponderi poteſt non eſſe bonam conſequentiam; quoniam potius concludi debet ſic interpretandam eſſe voluntatem teſtatoris, vt ſuccedat ex fideicommiſſo is, qui proximior eſt ipſi teſtatori, nõ autem grauato; neque enim per fideicommiſſum teſtator ſucceſſores conſtituit grauato, ſed ſibi. Et quod dicitur, hæreditatem alicui quæſitam, eo mortuo, deferri eius proximiori, ad rem non pertinet, quia in ſpecie noſtra hæreditas abſolute quęſita nõ eſt grauato, ſed cum onere eam reſtituẽdi proximiori ex fideicommiſſo teſtatoris, ac proinde reſtituere debet proximiori ipſius teſtatoris.

Tertium argumentum eſt ex cap. 1. de natura ſucceſſ. feudi. vbi ita cõſtitutum eſt, vt ſi feudum paternũ, quod deuoluitur ad deſcendentes maſculos, iuxta cap. 1. de ſucceſſ. feudi, per diuiſionem vni ex fratribus obuenerit, donec ſupereſt aliquis ex linea ipſius fratris, pertineat ad ſuperſtitem ex ea linea, licet alij extent ex linea alterius fratris proximiores primo acquirenti.

Sed nihil ad rem facit, quia ibi de feudo agitur, quod abſolute, & abſque onere reſtitutionis deuenit ex diuiſione ad vnum ex fratribus; nos autem loquimur de re, quæ ad grauatum peruenit non abſolutè, ſed cum onere reſtituendi, vt dictum eſt.

Quartum argumentum. Hæres vocatus, grauatúſque in fideicommiſſo prædilectus eſt à teſtatore alijs, qui vocati non fuere, vt patet. Igitur & eius deſcendentes cenſentur etiam prædilecti, argum. l. cum auus, ff. de condi. & demon. & l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ.

Sed reſponderi poteſt, ex dictis legibus non rectè ſumi propoſitionem illam generalem, quia loquuntur in caſu illo ſpeciali, ne videatur teſtator ſuæ ſoboli alienam anteponere, & nihil inde concludi; quia hic teſtator expreſſit, ad quos voluerit bona peruenire poſt mortẽ vocatorum, nempe, ad proximiores, quod intelligendũ eſt, ſcilicet ipſius defuncti teſtatoris.

Quintum argumentũ ex eo deducitur, quod plerunque accidit, vt poſt grauati mortem extent proximiores defuncto teſtatori, qui tempore mortis eius non extabant; ac proinde tanquam nec nati, nec concepti tempore mortis non ſuccederent, iuxta l. lege duodecim tabularum, C. de legit. hæred. quamobrem nec à teſtatore videri poteſt habita eorum ratio fuiſſe: nullam enim erga eos affectionem habuit, ideo potius reſpexiſſe videtur ad ſucceſſionem ſanguinis, vt ſic grauato decedente ſuccederet proximior eius, qui ad ſucceſſionem ab inteſtato vocatur.

Sed reſpõderi poteſt, hęc eſſe diſſimilia: Nam verum quidem eſt non natos, nec conceptos tempore mortis inteſtati defuncti ad ſucceſſionem non admitti; ſed ratio

A eſt, quia tunc alij extant, qui ad ſucceſſionem vocantur, ac ſuccedunt. Sed hic tempore mortis grauati, quo tempore ex fideicõmiſſo delata eſt ſucceſſio proximioribus, extant proximiores vocati à teſtatore, & nullus alius eos antecedit, ergo admitti debent. Etſi enim affectionem particularem erga hunc vel illum teſtator non habuerit, in genere tamen habuiſſe videtur ex generali fideicommiſſo in familia relicto. Itaque ad proximitatem ſuam reſpexit, non autem hæredis grauati.

Poſtremum argumentum ſumitur ex l. Codicillis, ff. de vſufructu leg. ſed quoniam friuolum prorſus eſt, cùm illa lex ad rem iſtam nõ pertineat, vt declarat Menoch. in conſil. 124 num. 51. lib. 2 ideo nec confutatione indigere videtur.

Quod igitur proximitas defuncti in propoſita quæſtione ſpectãda ſit, longe probabilius mihi videtur. Probatur primò hæc ſententia ex d. l. cum ita, §. in fideicommiſſo, de leg. 2. ibi: *Qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore, quo teſtator moreretur, & qui ex his primo gra-* B *du procreati ſunt*, atque idem ferè probant, licet non tam clarè, l. pero, §. fratre, ff eodem titu & l. vlt. C. de verb. ſignific.

Reſpondet Roland à Valle, in conſil. 100 nume. 23. lib. 1. ex hoc non inferri teſtatoris proximitatem eſſe ſpectandam; quia ille textus ſibi cõtradiceret, ſi hoc vellet, cum immediate velit proximitatem vltimi decedentis admiſſi ad fideicommiſſum eſſe inſpiciendam: debet igitur (inquit Rolãdus) textus intelligi, quod tempus mortis in eo inſpiciatur, vt ij ſoli vocentur, qui tempore mortis erant in familia; ſed inter eos dicendum eſt, quod admittendi veniant, qui erant proximiores nominatis Hactenus ille.

Sed non rectè; quia quod ſupponit, non probatur, nempe textum velle, proximitatem vltimi decedẽtis admiſſi ad fideicommiſſum eſſe ſpectandam. Vbi quæſo textus hoc dicit? Nullibi ſanè, niſi textum inducam, vt C ſupra in primo argumento contrariæ opinionis reſponſum eſt, ſed iam ibi oſtenſum eſt; non rectè id fieri.

Secundò hæc ſententia probatur; quia in fideicommiſſis ſucceditur defuncto teſtatori, non tamen hęredi grauato. Ergo inſpicienda eſt proximitas ipſius, non autem grauati. Antecedens probatur ex l. cohęredi, § cum filiæ, ff. de vulg. Conſequens autem patet, quia ſi nõ ſucceditur in bonis grauati, cur deberet haberi ratio proximitatis eius? Ratio enim proximitatis habetur reſpectu eius, de cuius ſucceſſione agitur, l. 28. proxima, ff. de ſuis & legitimis hæredibus, & ſatis certum & indubitatum eſt.

Reſpondet Socinus Iunior, in conſil. 126. nu. 49 lib. 1. negando veram eſſe propoſitionem illam: In fideicommiſſis ſucceditur teſtatori, aut iure probari. Nam textus, qui adſertur in l. cohæredi, § cum filiæ, ff de vulg nihil aliud dicit, niſi proprias filij facultates fideicommiſſo nõ teneri. Veram autem non eſſe patet; Nam cum bona D defuncti teſtatoris ad grauatum deuenerint, fideicommiſſarius dicitur illi ſuccedere in dictis bonis ex diſpoſitione ſcilicet teſtatoris.

Secundò reſpondet; Id quod dicitur fideicommiſſarium teſtatori ſuccedere, intelligendum eſſe mediante perſona grauati (vt or eius verbis) de cuius manu accipit, & cui immediate dicitur ſuccedere, nec inconuenit ſic dicere, cùm hæres hęredis teſtatoris, & primi morientis ſit hæres, l. vlt. C. de hæred. inſtituend.

Replicari poteſt, immo veram eſſe propoſitionẽ, quæ in argumẽto aſſumitur; nempe fideicommiſſarium teſtatori ſuccedere. Si enim propriæ grauati facultates fideicõmiſſo non tenentur, vt in d. l. cohæredi, §. cum filię, ſequitur non ſuccedere fideicommiſſarium ipſi grauato, ſed potius teſtatori; ſi enim grauato ſuccederet, in eius bonis ſuccederet. Sed probatur eadẽ ſententia, quoniã fideicõmiſſarius bona ex manu grauati cõſequitur ex fideicõmiſſo teſtatoris, igitur ex ipſo teſtatore illa cõſequi videt; arg. l. vnũ ex familia, §. 1. de leg. vbi Papin. ait; electũ

ab eo, cuius fidei teſtator id commiſit, cenſeri electum ab ipſo teſtatore. Sed quid opus eſt emendicatis hac in re ſuffragijs? nonne Trebelliano Senatuſconſulto cautum eſt, vt ei & in eum, qui hæreditatem recipit ex fideicommiſſo, vtiles actiones competant, quaſi hæredi & in hæredem, l. prima, ff. ad Trebellian. §. reſtituta, in Inſtit. de fideicommiſſ. hæreditat. Ergo fideicommiſſarius eſt loco hæredis defuncti teſtatoris, & ſic cum ſuccedat teſtatori, actiones ei, & in eum dantur, quæ aliàs hæredi & in hæredem darentur, & quæ defuncto & in defunctum competunt. Quis hic negare audeat eum teſtatori ſuccedere? aut quis affirmare non erubeſcat eum ſuccedere grauato, quoniam ex eius manu accipit bona? Verius dixeris ſuccedere poſt grauatum tanquam ſubſtitutum ipſi teſtatori.

Quod autem ſubdit fideicommiſſarium teſtatori ſuccedere mediante perſona grauati; vt verum ſit, quid ſanè ad rem facit? *De cuius manu* (inquit Socin. iun.) *accipit, & cui immediatè dicitur ſuccedere.* Hoc poſtremum nego, de eius quidem accipit manu hæreditatem, ſed non ei dicitur ſuccedere, verum teſtatori, qui eum vocauit: *Nec inconuenit*, inquit, *ſic dicere: cum hæres hæredis teſtatoris ac primi morientis ſit hæres* Imò non conuenit ſic dicere; quia verum nõ eſt, & non eſt hæres hæredis fideicommiſſarius, id eſt, hæres ipſius grauati. Hæres grauatus reſtituit quidem ex fideicõmiſſo bona, ſed ea reſtitutio non facit eum, cui reſtituuntur, hæredem eius, qui reſtituit, ſed quoad vtiles actiones teſtatoris defuncti; Ipſius autem reſtituentis, nec quoad vtiles, nec quoad directas, reſpectu bonorum teſtatoris defuncti.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum in pupillari ſubſtitutione, frater vtrinque coniunctus, præferatur fratri conſanguineo.

TEſtator duos filios habens ex prima vxore, & duos ex ſecunda, eos hæredes inſtituit, ac inuicẽ ſubſtituit, vulgariter, pupillariter, & per fideicõmiſſum, vt fieri plerumque ſolet in Italia. Vnus eorum moritur, quæſtio eſt, qui ex ſubſtitutione ei ſuccedat, ſolusnè frater eius vtrinque coniunctus, an verò omnes æqualiter, etiam conſanguinei vnà cum fratre vtrinque coniuncto ſuccedant? Et ſiquidem ex ſubſtitutione vulgari ſuccedatur, inter omnes conuenit, omnes fratres æqualiter ſuccedere, tam vtrimque coniunctum; quam cæteros ex vno latere tantum coniunctos. Cæterum, ſi ex pupillari ſuccedatur, non eſt eadem omnium ſententia: Etenim ſolum fratrem vtrinque coniunctum ſuccedere, ac reliquis præferendum Bartol. ſenſit, ad l. re coniuncti, nume. 62. de lega. 3. Bald. in conſil. 424. lib. 5. Socin. ſen. ad l. ſi cognatus, nu. 38. verſ. ſic. quarta concluſio, ff. de reb. dub. Ruin. in conſ. 50. nu. 8. & 107. nu. 6. lib. 2. Curt. iun. in conſ. 125. nu. 3.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Aretinus, Ripa, & Alciatus, ad l. Lucius, circa finem, ff. de vulg. idem Alciatus ad l. cohæredi, §. qui diſcretas, nu. 5. ff. eod. tit. & alij, quos cõmemorat Menoch. in conſ. 198. n. 3. 4. lib. 2. & de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 75. nu. 12.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia frater vtrinque coniunctus eſt potior in ſucceſſione inteſtati fratris, ac præfertur conſanguineo, vt in Auth. Itaque, C. commun. de ſucceſſ. Eſt ergo iuſtum & æquum, vt & in ſubſtitutione iſta præferatur; quia teſtatoris voluntas ac diſpoſitio interpretari debet, vt ſit iuri conſentanea, l. hæredes mei, § cum ita, ff. ad Trebell. & notatur in l. cum ita, §. in fideicommiſſo, ff. de leg. 2. & hic agitur de ſuccedendo ipſi pupillo defuncto, vt patet.

Poſterioris autem ſententiæ illud eſt fundamentum, quod in pupillari ſubſtitutione non ſit habẽda ratio perſonæ pupilli, ſed affectionis ac volũtatis teſtatoris. Nam ſi ratio pupilli hac in re habenda eſſet, pupillaris ſubſtitutio, matrem non excluderet pupilli, quam tamen exclu-

A dit, vt ſupra concluſimus hoc eod. lib. cap. 42. Et ratio eſt quæ colligitur ex l. Papinianus, §. ſed neque impuberis, ff. de inoſ. teſt. quia ſcilicet pater eſt, qui teſtamentũ fecit.

Sed mihi hãc ſententiam magis probat id, quod habetur in l. qui liberis, § hæc verba, ff. de vulg. in illis verbis: *Partes quoque eædem ad ſubſtitutos pertinent, quas in ipſius patrisfamilias habuerunt hæreditate.* Si enim ſubſtitutio interpretanda eſt ex inſtitutione, vt ſubſtituti eaſdem partes habeant ex ſubſtitutione, quas habuerunt ex inſtitutione, manifeſtum eſt omnes fratres æqualiter ex ſubſtitutione admittendos eſſe, quemadmodum æqualiter fuerunt inſtituti; quod ſanè argumentum vir doctiſſimus non perpendit Iacobus Menochius loco ſupra citato.

1 Excipio tamen ab hac ſententia illam ſpeciem, in qua teſtator tam filios ex prima vxore ſeparatim inſtituit, ac ſubſtituit, quam etiam filios ex ſecunda vxore; tũc enim vno decedente ex eis, alter ei coniunctus ſuccedet, vt in dicta l. cohæredi. § qui diſcretas, ff. de vulga. vbi præclarè

B Papinianus: *Qui diſcretas portiones coniunctis pluribus ſeparatim dedit, ac poſt omnẽ inſtitutionis ordinem ita ſcripſit: Quos hæredes meos inuicem ſubſtituo Coniunctos primo loco vice mutua ſubſtituere videtur,* &c.

Quod attinet ad argumentum contrariæ opinionis, illud haberet locum, ſi de inteſtati pupilli ſucceſſione ageretur; ſed cum agatur de pupillo, cui teſtamento patris datus eſt ſubſtitutus, iam non ex regula inteſtatæ ſucceſſionis, ſed ex voluntate ac ſententia patrisfamilias interpretatio ſumi debet.

Non obſtat, quod dicitur patrisfamilias ſententiam ac voluntatem ita eſſe interpretandam, vt legi ſit conſentanea. Nam id locum ſibi vindicare poteſt, vbi teſtatoris verba ſunt obſcura & ambigua; Sed cum in propoſita ſpecie nullo diſcrimine adhibito omnes filios æquè ſubſtituerit, nulla eſt dubitatio, quin eos æqualiter ſuccedere voluerit, qui erant omnes æqualiter filij, æqualiter coniuncti teſtatori, & æqualiter ab eo ab inſtitutione

C honorati.

CAPVT LXXXVII.

Quid ſi retenta præcedenti facti ſpecie agatur de fideicommiſſaria ſubſtitutione.

DVo ſunt potiſſimum argumenta, ex quibus conuincitur idẽ & in fideicõmiſſaria ſubſtitutione reſpondendũ eſſe, quod ſupra in præcedenti capite de pupillari reſponſũ eſt; nempe, ſubſtitutione facta inter filios tã ex primo, quã ex ſecundo matrimonio, & altero eorũ abſque liberis defuncto ad ſucceſſione admittendos oẽs fratres æqualiter, tã vtrinque coniunctũ, quã ex vno latere tantum. Primum argumẽtum eſt ex l. vlt. ff. ad Trebell. Paulus. *Iulius Phœbus teſtamento facto cum tres liberos hæredes inſtitueret, Phœbum & Heracliam ex*

D *eadem matre, Polycratem ex alia æquis portionibus, petijt à Polycrate minore fratre, vt accepto certo precio hæreditatem fratribus concederet, & inuicem eos, qui ex eadem matre erant, ſi quis eorum hæres non fuiſſet, ſubſtitueret,* (hæc erat vulgaris, quæ nil ad rẽ.) *Polycrati, ſi intra pubertatem deceſſiſſet ſecũdas etiam tabulas fecit, quas matri eius commendauit aperiendas; ſi impubes obiiſſet.* (Nec iſta pupilla ad rem pertinet.) *Deinde petijt a prioribus* (hæc ad rem) *vt ſi quis eorum ſine liberis decederet, portionem ſuam exceptis bonis maternis eorum, & auitis, ei, vel eis, qui ſupereſſent reſtitueret. Heraclia ſoror moriens ſine liberis fratrem ſuum Phœbum inſtituit hæredẽ Polycrates fideicommiſſum petierat & obtinuerat apud Aureliũ Proculum Proconſulem Achaiæ. Appellatione facta cum ſolus Phœbus egiſſet, victus eſt, quia ei, vel eis verba vtrumque fratrem complecterentur,* &c.

Igitur & in propoſita ſpecie idem reſpondendum videtur, quoniam cum teſtator inuicem filios tam primi,

quam

quam ſecũdi matrimonij per fideicommiſſum ſubſtituit omnes filios, & ſic tam fratrem defuncti vtrinque coniunctum, quam ex vno latere tantum comprehendit. ſicut ergo apud Paulum ea interpretatio non admittitur vt frater vtrinque coniunctus præferatur, ita nec admitti debet in hac noſtra ſpecie: quanquam non diffiteor aliam fuiſſe a Paulo circumſtantiam perpenſam voluntatis teſtatoris, ex eo, quod exceperat bona eorum materna, vt ibi dicitur.

Alterum eſt argumentum, quoniam per fideicommiſſariam ſubſtitutionem ſucceditur teſtatori, vt ſuperius oſtenſum eſt, capitulo 85. Ergo non eſt alia habenda ratio, quam proximitatis teſtatoris; Omnes autem filios conſtat teſtatori æqualiter eſſe coniunctos, quamobrem nil refert, an defuncto filio alter frater altero ſit coniunctior.

Huc accedit regula, quam in præcedenti Capite commemorauimus ex l. qui liberis, §. hæc verba, ff. de vulgar. & idem probat l. 1. C. de inſtitutionibus, & ſubſtitu. & aliæ ſimiles, nempe, ſubſtitutionem ex inſtitutione interpretandam eſſe ac metiendam. Quare cum omnes filij fuerint æqualiter inſtituti, videntur etiam æqualiter ſubſtituti. Atque ita docet Ruinus in conſil. 107. nume. 6. lib. 2. Decius in conſil. 304. num. 2. Alciatus ad l. cohæredi, §. qui diſcretas, num. 5. ff. de vulg. & ad l. Lucius, nu. 48. eod. tit. Crauetta in conſ. 43. nu. 1.

Contraria vero ſententia, quam ſecuti ſunt Socinus ſenior ad l. ſi cognatis, numero 40 ff. de rebus dub. Ruin. in conſilio 166. numero quinto, lib. 2. Curtius iunior in conſil. 125. numero 4. 5. & 6. & ſi qui ſunt alij, illa ſatis infirmo nititur argumento, quod in fideicommiſſis ſpectanda ſit proximitas grauati, non autem teſtatoris; & ea inſpecta, tunc ſucceſſionem deferendam eo ordine, qui a lege conſtitutus eſt, ut ſic teſtatoris diſpoſitio ex eo videatur interpretationem accipere. Sed cum hoc fundamentum corruat ex his, quæ ſupra latè diſſeruimus, capitul. 85. vt omnis, qua hæc ſententia ſubſtinetur, machina ſimul ruat, neceſſe eſt.

CAPVT LXXXVIII.

In fideicommiſſo conditionali, vtrum nati poſt conditionis euentum admittantur, ut concurrant cum ijs, qui euenientis conditionis tempore extabat, & admiſſi fuerunt.

VT vocati per fideicommiſſum conditionale, tempore euenientis conditionis extent neceſſe eſſe, inter omnes conſtat ex l. cum pater, §. hæreditatem, de leg. 2. l. interuenit, ff. de legat. præſtand. & ex alijs locis: & hæc eſt celebris illa ſententia Ioannis Andreæ in additione ad Speculat. tit. de Teſtament. quam ab omnibus probari reſpondit Alciatus in conſilio 594. num. 1. Tiraquell. de retractu conſang § 1. Gloſ. 9. num. 97. Curt. iun. in conſil. 58. num. 5 & alij paſſim.

Cæterum, quandoque accidit, ut voluntas teſtatoris in familia ordinantis fideicommiſſum, ac inter deſcendentes poſteros & agnatos, etiam quandocunque natos & exiſtentes admittat; quod cum certum eſt, neminem puto iure dubitaturum, quin ſuperior illa regula & concluſio deficiat; quoniam in conditionibus primum locum ſibi vindicat voluntas teſtatoris, l. conditionibus, ff. de cond. & demonſtrationibus, ac ſanè, hac in re nulla ferè controuerſia eſt. Illud maximè dubium mihi & controuerſum videtur: In ea ſpecie, in qua conſtat etiam naſcituros poſt conditionis euentum, ex voluntate teſtatoris admittendos eſſe, utrum admitti debeant, ſi tempore conditionis euenientis alij extabant, qui tanquam proximiores admiſſi fuerint, ac fideicommiſſum vindicauerint, ad eum effectũ, vt poſtea nati, ſi priores gradu exiſtãt, auferre poſſint bona, fideicommiſſo ſubiecta ijs, qui ea iam vindicaſſent ex fideicommiſſo; aut ſi in pari

A gradu ſint, cum eis concurrant, & participare debeant fideicommiſſum.

Eſt, inquam, hac de re controuerſia non ignobilis, ſiquidem contraria extant reſponſa magni nominis Iuriſconſultorum Hyppoliti Riminald. in conſ. 564. lib. 4 & Iacobi Menochij in conſ. 413. lib. 5.

Et quanquam de ea conſultatione, cuius veritas ex alijs circumſtantijs pendet, mihi animus non eſt aliquid ſtatuere, præſertim cum in Ciuitate Placentina ſub Iudice ſit adhuc indeciſa. tamẽ, ut in hoc articulo, quem propoſui, iudicium interponam meum, quando vltimarum voluntatum controuerſias tractandas ſuſcepi, faciendũ eſſe iudicaui.

Quod igitur poſtea nati admittendi ſint, ut concurrant cum iam natis & admiſſis, ut ſupra, reſpondit Paulus Caſtrenſ. in conſ. 247. In cauſa quæ vertitur Saonæ li. 1. vbi inter cætera ſic ait: *Nam teſtator nõ cenſetur plus ſenſiſſe de illis, qui reperirentur nati tempore alienationis, quam poſt, cum ad omnes parem habuerit affectionem. Præ*
B *terea, ſi aliqui fuiſſent nati, fateor, quod ipſi ſoli fuiſſent admiſſi ad reuocandum, ſed alijs poſtea naſcentibus tenerentur participare cum illis, nam ſi legarem eis, et aliqui eſſent nati tempore teſtamenti vel mortis, aliqui naſcerentur poſt, quis dubitat, quod omnes participare deberẽt. ſi conſtaret, quod de naſcituris ſenſit: l. ſi duobus. §. ſi & ſeq. de leg. 1. &c.*

Caſtrenſem ſecuti ſunt Ruin. in conſil. 22. lib. 2. Natta in conſ. 675. nu. 6. Rolan. a Valle in conſ. 70. nu. 47. lib. 3. alios citat Hyppol. Riminal. in d. conſ. 564 lib. 4.

Contrarium autem reſponderunt Alciat. in d. conſil. 594. num. 6. Alexander in conſ. 13. lib. 4. Caſtrenſ. in conſil. 16 lib. ſed clarius his Alba, in conſil. 106. & Petrus Antonius Anguſciola, li. 6. conſ. 67. & poſt hos Menochius d. conſ. 413. lib. 5.

Poſteriores ſententiæ argumenta ſunt iſta: Primum, Dominium rerum in pendenti eſſe nõ poteſt, l. ſi ex duobus §. Sed & Marcellus, ff. de in diem addict. l. vlt. in fine, ff. communia præd. Sed ſi poſtea nati admitterentur,
C dominium ſtaret in pendenti: quia priores, qui tempore exiſtentis condõnis aderant, illud non haberent firmiter & certo, ſed ex futuro euẽtu, ſi uidelicet alij nõ naſcerentur, id penderet: ergo poſtea nati admittendi nõ ſunt.

Secundum argumentum eſt, quia ſi poſtea nati admitterentur, auferrent partem, vel totum illis, qui iam admiſſi fuiſſent, & rurſus, ſi alij naſcerentur, aliam partẽ auferrent; & ſic ſemper incerta eſſet portio admiſſorum & ſæpius fieret variatio in eodem negotio, quæ omnia videntur abſurda.

Tertium, in conditionibus habetur ratio primæ exiſtentiæ, non autem eius, quod poſtea ſuperuenit, l. ſi quis hæredem, C. de inſtit. & ſubſtit. Ergò, ſi tempore euenientis ſeu exiſtentis conditionis aliqui uocati exiſtunt, eorum eſt habenda ratio, nec mutari res debet ex eo, quod poſtea alij naſcuntur, & ſint in pari uel priori gradu.

Quartum argumentum. Cum hic agatur de ſubſtitutione, quæ iam effectum habuit in perſona natorum &
D admiſſorum, qui ſucceſſerunt, ea dicitur eſſe iam prorſus extincta & ſublata, argum. l. ſi mater, §. 1. ff. de vulga. & l. cum in teſtamento, ff. de hære. inſtit. Conſequenter alij poſtea nati, qui eiuſdem ſubſtitutionis uigore petũt ſe admitti, minimè admittendi ſunt.

Quintum argumentum eſt ex l. cum ita, § in fideicommiſſo, de leg. 2. vbi ad fideicommiſſum primo admittuntur, qui erant tẽpore teſtamenti, & poſt eos, qui tpe mortis erant; ergo ſic in propoſita ſpecie, prius admitti debẽt illi, qui nati erant tpe euenientis conditionis: & poſt eos extinctos illi, q poſtea nati ſunt. Quod ſi inter natos tpe euenientis cõdõnis admittitur is ſolũ, qui proximior eſt, ut ibi dr, multo magis debet natus præferri nõ nato.

Verum iſtis nil morantibus, contrariam ſententiam probabiliorem eſſe iudico & amplector: & quanquã ſcio multa adferri argumenta, & inter alia adferri textum in l. Peto, §. Fratre, de lega. nihil tamen illa me mouent. Nam text. in §. fratre, admittit quidem proximum, qui

exiſtit tempore conditionis, ſi paratus ſit cauere ſe familiæ reſtituturum, ſed hoc intelligi poſt eius mortem poteſt, vel poſt alienationem, quia proximus iam eſt admiſſus, & conſequenter alij de familia ſequuntur, non autem præcedunt vel concurrunt, quare, & textus dicit: *Nec tamen ideo ſequentem cauſa propter ſuperiores in poſterum lædi debet, ſed ita proximus quiſque admittendus eſt, ſi paratus ſit cauere*, &c. Quamobrem locus ille ad quæſtionem noſtram non pertinet.

Argumentum igitur, quod me mouet, eſt Pauli Caſtrenſis in d. conſi. 247. lib. 1. quod tamen ego clarius deducam in hunc modum: Si teſtator legatum uel fideicommiſſum relinquat iam nato, quàm poſtumo naſcituro poſt eius mortem, ſine dubio poſtumus quandocunque natus, partem ſuam habebit, & concurret cum eo, qui iam natus & admiſſus fuit, l. ſi duobus, §. vlt & l. ſequenti, ff de leg. 1. Sed in propoſita ſpecie ita eſt in facto, quia fideicommiſſum relinquitur omnibus de familia,
B ſecundum gradus prærogatiuam & ordinem, tam natis quàm naſcituris: ergo naſcituri quandocunque partem ſuam habebunt, & concurrent cum ijs, qui iam admiſſi fuerunt, aut totum habebunt, ſi proximiores erunt ipſi poſtea nati: ſicut enim partem vindicant, ſi ſint in pari gradu, ita & totum uindicabunt, ſi fuerint in priori gradu.

Et ideo illud potiſſimum perpendi debet in hac ſpecie, vtrum ſcilicet teſtator uoluerit eum, qui natus non ſit tempore euenientis conditionis, puta alienationis uel mortis, admitti. Nam ſi voluerit admitti, nil nocere ei poteſt, quod alter, qui erat tempore mortis, uel alienationis, admiſſus fuerit, quia ille totum habebit, ſi alij non fuerint poſtea nati, ut d. l. ſi duobus, § vlt. ſin autem nati fuerint, partem duntaxat habere debebit, aut etiam penitus excludi, ſi poſtea natus erit proximior. Ratio eſt, quia hæc duo ſe inuicem conſequuntur, ut ſi teſtator proximiores vocauerit ad fideicommiſſum tam natos, &
C exiſtentes tempore conditionis, quàm poſtea naſcituros, & extituros; iſtud etiam voluiſſe intelligatur, vt poſtea nati concurrant cum iam natis & exiſtentibus. Et hoc eſt, quòd dicebat Paulus Caſtrenſ. in verbis quæ ſupra nos retulimus. Cui ſanè argumento reſponſum a nemine vidi ex his, qui contrariam ſententiam amplexi fuere.

Nec difficile eſt ad argumenta in contrarium reſpondere. Nam quod attinet ad primum, reſpondeo, in hac materia fideicommiſſorum nouum non eſſe, ut dominia aliquo modo ſint in pendenti, ad hunc videlicet modū, vt uni reuocabiliter dominium rei acquiratur. Id eſt, vt reuocari poſſit, & ab alio poſt diem vel conditionem reuocari, l pen §. ſin autem ſub conditione, C. commun. de leg. Et in hoc ipſo, de quo agitur articulo, nonne conſtat poſtumo relinqui poſſe legatum, & hæreditatē, l. placet, ff de lib. & poſtum. Ergo antequam naſcatur, nonne in ſuſpenſo erit in hoc ſenſu dominium rei relictæ?
D Ad ſecundum reſpōdeo, abſurdum non eſſe, vt natus det ſuam portionem poſtumo, cum natus erit, ut probatur in d. l. ſi duob. §. vlt. & l. ſeq. de leg. 1.

Ad tertium reſpondeo, regulariter id verū eſſe, quod in argumento aſſumitur, & nos etiam vltrò id fatemur, poſtea natos excludi, quia tempus euenientis conditionis inſpicitur, ſed ſupponimus ita uoluiſſe teſtatorem, vt & futurorum, & quandocunque natorum, etiam poſt conditionem ratio haberetur.

Ad quartum reſpondemus, ſubſtitutionem effectum ſuum & conſumationem habuiſſe, quo ad exiſtentes, & natos tempore conditionis pro parte ex portione eorum non autem pro futurorum portione, aut ad eorum excluſionem, ac præiudicium: Eorum enim cauſa lædi non debet, propter natos tempore conditionis; alioqui, ſi locus eſſet argumento, illud concluderet, prorſus excludendos eſſe naſcituros etiam poſt extinctos iam natos: quod tamen eſt abſurdum.

Ad quintum reſpōdeo, præferendos quidem eſſe eos,
A qui ſoli extant tempore teſtamenti, vel etiam tempore euenientis conditionis ſecundum iuris Regulas; ſed nō vbi teſtator parem eorum rationem habuit, atque exiſtentium tempore conditionis; tunc enim etiam poſtea nati ſuam obtinere debent portionem, & ſi proximo in gradu ſint, totam ſibi ex fideicommiſſo vindicare ſucceſſionem. Ita cenſeo in hac difficili controuerſia, nec meæ me pœnitet ſententiæ.

CAPVT LXXXIX.

Ventre inſtituto harede, an is filius, qui ex ea natus eſt vxore, quæ erat tempore teſtamenti, inſtitutus eſſe intelligatur; an verò, qui ex alia etiam uxore natus erit?

B Teſtator ventrem vxoris ſuę inſtituit; quæritur vtrum inſtitutus eſſe intelligatur filius, qui ex ea vxore, quam tunc habuit, naſceretur; an verò etiam is, qui ex alia vxore, quam poſtea duxiſſet, procreatus eſſet? Et quidem interpretes noſtri in diſcrepantes abierunt ſententias. Nam eum duntaxat inſtitutum uideri, qui ex vxore tunc prægnante naſceretur: non autē ex alia docuerunt Paulus Caſtrenſis, Raphael Cumanus & Aretinus ad l. placet, ff. de lib. & poſtumis. Quorum illud eſt fundamentum, quod his verbis: *Ventrem uxoris meę*, &c videatur teſtator de poſtumo, ſiue de filio ex certa perſona naſcituro, intellexiſſe, quo in caſu certum eſt inſtitutionem non poſſe extendi ad eum, qui ex alia perſona naſceretur, l. filius, § ſi quis ex certa, ff. de liber. & poſtum. Triphonius: *Si quis ex certa vxore natum ſcribit hęredem in periculum rumpendi teſtamentum deducit ex alia ſuſceptis liberis*. Etenim venter dicitur, qui prægnans eſt, l. ventre, ff. de acquir. hæredit. l. prima, §. inſpiciendo,
C ff. de ventre inſpicien. Ergò, dum teſtator inſtituit ventrem vxoris ſuæ, inſtituere uidetur filium, qui ex ea prægnante naſciturus eſt, non autem ex alia, perinde ac ſi diceret; Inſtituo poſtumum meum, vel poſtumum, quem habeo, quo caſu non trahitur inſtitutio ad filium ex alia vxore natum, vt dicebat Gloſ. in l quinta, ff. de liber. & poſtum.

Cæterum, in propoſita quæſtione omnem poſtumum etiam ex alia vxore natum, inſtitutum uideri, reſponderunt Alex. & Soc. in d. l. placet. ff. de lib. & poſtum. & alij quos refert & ſequitur Mantica de coniecturis vlt. vol. lib. 4. tit. 9. nu. 6. & Menoch. de pręſumpt. lib. 4 præſumptio. 21. num. 14.

Fundamentum eſt in l. placet, ff de liber. & poſtum. illis verbis: *Nam & cum maritus poſtumum hæredem ſcribit, non vtique is ſolus poſtumus ſcriptus uidetur, qui ex ea, quam habet vxorem, ei natus eſt, vel qui tunc in utero eſt, uerum is quoque, qui ex quacunque vxore naſcatur.*
D Et licet in quæſtione noſtra teſtator ventrem inſtituerit eſt tamen idem, ac ſi poſtumum inſtituiſſet, argumento l. 3 §. nominatim, ff. de iniuſto, rupto, ac irrito teſtam.

Ad argumentum contrariæ opinionis reſpondent, ita ventris accipiendam eſſe inſtitutionem, ut ad tēpus mortis referatur, quaſi teſtator eum inſtituerit, qui tempore mortis in ventre erit, & naſcetur: & ideo nil refert, ſiue ex ea naſcatur vxore, quam teſtator tunc habet ſiue ex alia.

Ego poſteriorem hanc ſententiam amplector, & pro eius confirmatione perpendo Vlpiani reſponſum in d. l. placet, in hunc modū: Certum eſt Vlp de poſtumo loquētem, accipiendū eſſe generaliter, ſiue poſtumus ſit in ventre vxoris, quàm tunc habet teſtator; ſiue nō ſit ſic enim ait Iuriſc *Cum maritus poſtumum hęredem ſcribit*, & Si dicamus ergo vxorem eſſe prægnantem, & teſtat[illegible] e poſtumum inſtituere, ſine dubio videtur ſe referre [illegible] poſtumum ex ea uxore, quæ prægnans eſt, naſcitu[illegible] tamē, *non utique is ſolus poſtumus ſcriptus uidet[illegible]* ...

is quoque, qui ex quacumque vxore naſcatur, inquit Triphonius. Ratio eſt, vt teſtamentum ſuſtineatur, ne ex alia vxore natus præteritus videatur; atque ideo teſtamentum fit irritum.

Nec dicebatur, vt dicebat Paulus Caſtrenſis, Triphonium non eſſe intelligendum de teſtatore ſciente vxorē eſſe prægnantem, quaſi tunc videatur ſe reſtringere ad eum tantum poſtumum. Quoniam hæc interpretatio vim facit verbis, & merum continet vaticinium: immo abſurda eſt hæc interpretatio: quia plerunque accidit, vt qui vxorem habet, & ventrem ſiue poſtumum inſtituit, ſciat vxorem eſſe prægnantem, aut certè ita imaginetur, & iudicet. Cur enim ventrem quis inſtitueret, ſi non cogitaret vxorem prægnantem, quam habet? Quare ſecundum illam interpretationem Iuriſconſultus eo tantum caſu accipiendus eſſet, quo teſtator ventrem, vel poſtumum inſtituens, non tamen cogitaret de filio ex ea vxore, quam tunc haberet naſcituro; quod ſanè abſurdum eſt.

Ad textum verò l. filius, § ſi quis ex certa, reſpondeo, locum habere, cùm nominatim fit inſtitutio filij nati ex certa vxore, puta ex Titia, vel Seia: nos verò loquimur de ventre inſtituto vxoris teſtatoris, nulla certa perſona nominata.

CAPVT XC.

Quid ſi teſtator poſtumum, ſiue ventrem vxoris inſtituerit, ſi prægnans eſſet.

CAeterum cùm teſtatur ventrem non ſimpliciter inſtituit, ſed ea conditione adiecta, ſi vxor prægnans eſſet, videtur manifeſtè loqui de filio, qui naſcetur ex ea vxore, quam tunc habuit, & ideo non intelligitur is hæres ſcriptus, qui ex alia vxore naſcetur, argum. d. l. filius, §. ſi quis ex certa, ff. de liberis, & poſtum. atq; ita reſpondit Angelus in conſil. 51. Simon notarius. Sed hanc ſententiam reprobat Alex. in d. l. placet, ff. eod. tit. Purpuratus latè in conſi. 518. num. 3. lib. 2. & alij a Mātica citati, de Coniect. vltim. volunt. lib. 4. tit. num. 6. & Menochio de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 21. num. 20. verſic. ſextus eſt caſus, quibus & ipſe aſſentior: Placet enim, vt valeat teſtamentum, benignam adhibere interpretationem, vt & alibi adhiberi ſolet, in l. vlt. C. de poſtum. hæred. inſtit. in l. Titius, § Lucius, ff. de lib. & poſtum. atque ita dicendum erit teſtatorem inſtituiſſe eum ventrem, qui tempore mortis ſuę prægnans eſſet, & poſtumū eum, qui tunc naſceretur. Quare ſiue ex ea vxore naſcatur, quam tunc habuit, ſiue ex alia, quam poſt conditum teſtamentum duxit, talis poſtumus hæres inſtitutus eſſe videbitur, iuxta l. placet, ff. eod. tit.

CAPVT XCI.

Si teſtamentum fratris, in quo turpis perſona eſt inſtituta, contineat Clauſulam Codicillarem; vtrum frater, qui tanquam præteritus illud reſcindit, teneatur ſcriptis hæredibus reſtituere hæreditatem legitima ſibi retenta; & quid de legatis.

COntrouerſia eſt; ſi fratris teſtamentum, in quo turpis perſona inſtituta eſt, reſcindatur; Vtrum frater hæreditatem nihilominus ſcripto hęredi reſtituere teneatur, legitima ſibi retenta, propter Clauſulam Codicillarem in teſtamento adiectam, & negant Paulus Caſtrenſis, ad l. ſi patroni, §. vlt. ff ad Trebel. Decius in conſ. 361. & alij, quos commemorat Vaſquius de Succeſſionū creatione, §. 10. & alij multi, quos commemorat Anton. Teſſaurus, deciſ. Pedemont. 128. Fundamentum eſt, quia tale teſtamentum videtur eſſe factum a demente, & cō-

A ſequenter nec legata, nec fideicommiſſa valent, l. Titia, ff. de inoffic. teſtam. Et cùm frater prohibeatur præterito fratre turpem, & infamem perſonam hęredem inſtituere, non debet id ei concedi via quadam indirecta, nempe, per Clauſulam Codicillarem teſtamento adiectam, c. cum quid vna via, de reg. iur. lib. 6.

Sed contrariam ſententiam amplexi fuere Alex. ad d. l. ſi patroni, § vlt. & Cagnolus in l. 1. nu. 13. ff. de inoff. teſt. & alij ab Anton. Teſſauro citati loco annotato, & ita deciſum eſt apud Afflict. deciſ. 115. nempe, fratrem vigore Clauſulæ Codicillaris reſtituere oportere hæredi ſcripto hæreditatem, retenta ſibi legitima portione.

Probatur hæc ſententia; quia hoc operatur Clauſula Codicillaris, vt directa inſtitutio conuertatur in fideicommiſſariam, l. quærebatur, ff. de milit. teſtam. l. ex ea, §. 1. ff. de teſtam. Quam ob rem etiam in teſtamento, quod eſt nullum ob præteritionem filij, id receptum eſt, vt filius præteritus, teneatur hæredibus ſcriptis reſtituere hæreditatem, retenta ſibi legitima; & hoc vigore Clauſulæ
B Codicillaris teſtamento inſertæ, vt tradunt Bartol. ad l. 1. num. 9. ff. de iure Codicillor. & alij, vt per Iulium Clarum, § teſtamentum, quæſt. 46 & Anton. Gabriel. Cōm. Concl. tit. de Clauſulis, Concl. 7. quanto magis ergò & in fratre idem erit reſpondendum, cui certum eſt plus iuris non competere in bonis fratris, quàm filio in bonis paternis, immo minus?

Nec valet illa reſponſio, aliam eſſe rationem in filio; quia pater inſtituto filio in legitima, poteſt reliquam hæreditatem relinquere, cui velit, in fratre autem id nō procedit; quia omninò prohibetur inſtituere turpem perſonam, & fratrem præterire, nec eum in legitima tenetur inſtituere; quoniam fratri legitima non debetur. Replicatur enim; immo fratri legitimam deberi, quando turpis perſona inſtituta eſt. Id probatur ex §. 1. in Authen. de Hæred. & Falcidia, vbi Imperator ita ſcribit *Primum itaque illud eſt cogitandum, quia à teſtantibus alijs quidem imponit lex neceſſitatem diſtribuere quandam partem per-*
C *ſonis quibuſdam, tanquam hoc ſecundum ipſam naturam eis debeatur, quale eſt filijs, & nepotibus, & patribus atque matribus. Interdum verò etiam fratribus* Gloſ. ibi in verbo, *fratribus, vt ſi frater meus*, inquit, *inſtituit turpem perſonam*.

Sicut ergo liceret fratri inſtituto fratre in legitima ſibi debita reliquam hæreditatem, cui vellet, relinquere, & frater eo in caſu teſtamentum impugnare non poſſet, (Nam nec filius in legitima inſtitutus illud impugnare poteſt, vt in Authent. Vt cum, de appel. cognoſc. § aliud quoque capitulum, l. omnimodo, C. de Inoffi. teſtamen.) ita nec conqueri poterit, ſi ſuam legitimam conſequatur, licet reliquam hæreditatem ab inteſtato per fideicommiſſum hæredi ſcripto reſtituat.

Ad argumentum reſpondent negando videri factum à demente teſtamentum, & propter Clauſulam Codicillarem ſuſtineri dicunt ea, quæ defunctus ordinauit, licet inteſtatus videatur deceſſiſſe. Et regula illa generalis huc
D pertinere non poteſt; quia nec totam hæreditatem obtinet turpis perſona, nec illud quod ex hæreditate conſequitur, ex teſtamento dicitur obtinere, verùm iure fideicommiſſi, vt dictum eſt, propter Clauſulam Codicillarem, quæ id ipſum operatur.

Sed his non obſtantibus contrariam ſententiam veriorem eſſe iudico, & fundamentū meum eſt in his, quæ ſuperius deduxi, hoc eodem lib. cap. 11. cum de patris teſtamēto inofficioſo differerem, quod tanquam a demente factum; & ideo in vim fideicommiſſi non valere dixi, ex l. Titia, ff de inoffic. teſtamen. Hæc autem ratio locum habet etiam in fratris teſtamento inofficioſo. Nam, & illud videri à demente conditum, probari poteſt ex generali regula, quam ponit Scæuola in l. patronus, §. vlt. de leg. 3. ibi: *Claudius notat. Nec fideicommiſſa ab inteſtato data debentur ab eo, cuius de inofficioſo teſtamento conſtituiſſet: quia crederetur quaſi furioſus teſtamentum facere non potuiſſe*, &c. Idem probat l. 2. iuncta l. 1. ff de inoffic. teſtam.

teſtam. Cum igitur ille color, vt quaſi à demente factum præſumatur, hoc efficiat, vt nihil valeat, quod in eo teſtamento ſcriptum eſt: ſequitur dicendum, nihil operari clauſulam codicillarem.

Non obſtat, ſi dicatur nouo iure ex Nouella Iuſtiniani, vt cum de appell. cognoſc. hæc eſſe ſublata, dum conſtituit, vt teſtamento reſciſſo propter exhæredationem, vel præteritionem, nihilominus legata, & fideicommiſſa valerent: Quoniam, vt concedamus eam Nouellam etiam ad fratris teſtamentum, de quo non loquitur, trahi poſſe, nihil tamen obſtat; quia non loquitur de inſtitutione hæredis, ſed de cæteris legatis, & fideicommiſſis, quæ in teſtamento continentur. Illa valere, & præſtari mandat Imperator, quia teſtator in eo non peccauit, ſed vt etiam ipſa inſtitutio conſeruetur ex clauſula codicillari, in qua teſtator maximè peccauit, non poteſt ex eo inferri, cum ſit res diuerſa, & diſpar ratio, nec id eo in loco Iuſtinianus ſtatuerit.

Eſt etiam magna controuerſia de legatis, in eo teſtamento relictis, quod fratris querela propter turpem perſonam inſtitutam reſciſſum eſt; vtrum ſint præſtanda, vt videre licet ex Anton. Teſſauro, qui nouiſſimè autores prolixè commemorat, d. deciſ. Pedemont. 128. nu. 6. In ſumma; difficultas omnis in eo verſatur, quod Iuſtinianus Imperator in Nouell. vt cum de appell. cognoſc. dum præcepit Legata, & Fideicommiſſa præſtari ex teſtamento reſciſſo propter exhæredationem, vel præteritionem, non de teſtamento fratris inofficioſo locutus ſit, ſed parentum, & filiorum: ac proinde in teſtamento fratris inofficioſo antiquæ leges manere videantur incorrectæ, quibus probatur legata, & fideicommiſſa non valere, iuxta l. Titia, ff. de inoffic. teſtamen. Sed iuſta ſanè, & menti Iuſtiniani conſentanea mihi videtur interpretatio, vt idem etiam in teſtamentis fratrum ſtatutum eſſe intelligatur, quaſi minus ſcriptum, & plus dictum fuerit: Nam nulla eſt ratio diuerſitatis. Et ratio legis in teſtamento etiam fratris militat, & ex lege quæ de inofficioſo teſtamento parentum, ac filiorum loquitur, etiam fratrum teſtamenta inofficioſa, normam, & formam accipere, æquum eſt.

CAPVT XCII.

De reuocatione teſtamenti prioris continentis clauſulam derogatoriam, controuerſia vna.

HErmogenianus in l. 22. de legat. 3. ſcribit in hunc modum: *Si quis in principio teſtamenti adſcripſerit: Cuibus legauero, ſemel deberi volo poſtea eodem teſtamento vel codicillis ſciens ſæpe eidem legauerit, ſuprema voluntas potior habetur. Nemo enim eam ſibi legem poteſt dicere, vt à priore voluntate ei recedere non liceat.* D *Sed hoc ita locū habebit: ſi ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſe pœnituiſſe, & voluiſſe, vt legatarius plura legata accipiat.*

Ex hoc textu docent interpretes noſtri, teſtamentum, quod clauſulam derogatoriam continet, ad alia teſtamēta (ita enim ipſi loquuntur) non reuocari per aliud poſterius teſtamentum, niſi mentio ſpecialis fiat prioris teſtamenti, & clauſulæ derogatoriæ: vt puta, teſtator proteſtatus eſt ſe velle, vt primum ſuum teſtamentum valeat, etiamſi aliud fecerit teſtamentum, & vt plerumque adijcitur, niſi poſterius contineat hæc vel illa verba. Prius ergo teſtamentum poſteriore non reuocatur, niſi fiat ſpecialis mentio clauſulæ derogatoriæ, quod perinde valet, ac ſi cum Iuriſconſulto diximus, *niſi ſpecialiter prioris voluntatis* eum pœnituerit, & voluerit valere poſterius teſtamentum, reuocato priore.

Cæterum, eſt controuerſia; quando videatur eſſe facta ſpecialis mentio prioris teſtamenti, vt proinde reuocatum eſſe intelligatur. Et controuerſiæ ſtatus eſt in eo A poſitus, qui vnum duntaxat teſtamentum fecit, & non plura. Nam etſi clauſulam derogatoriam contineat, ſi tamen aliud fiat, poſteriori cēſetur reuocatum, licet nulla ſpecialis mentio prioris fiat, ſed tantum generalem prioris teſtamenti poſterius reuocationem contineat, ita docuit Bartol. in dict. l. ſi quis in principio, numero 9. de legat. 3. quem multi alij ſunt ſecuti, quos commemorat Mantica de coniecturis vltimarum volunt. lib. duodecimo, titu. 8. numer. 8. Sed contrarinm docuere Angelus, Paulus Caſtren. Alexander, & alij, ad l. ſecundam, ff. de liber. & poſtum. Couuar. ad Rubr. de Teſtam. in ſecunda parte, num. 19. verſ. Tertium, & alij, quos citat Mantica loco ſuperius allegato. egregiè Dominus meus Cephalus in conſil. 375. lib. 3. nouiſſimè alios citatos Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 166. num. 25. 26. in ſecunda parte.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in l. 2. ff. de lib. & poſtum. Vlp. *Nominatim exhæredatus filius, & ita videtur:* B *Filius meus exhæres eſto, etſi nec nomen eius expreſſum ſit, ſi modo vnicus ſit.*

Ex hoc textu colligitur argumentum; Specialem mentionem factam videri generalibus verbis, quoties generalia verba ad vnum duntaxat referri poſſunt. Cum itaque vnicum teſtamentum præceſſit, Generalis reuocatio ad illud tantum relata eſſe intelligitur, & proinde ſpecialis reuocationis vim obtinet.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores; ſi hoc argumentum aliquid valeret, nunquam neceſſariam fore ſpecialem reuocationem teſtamenti clauſulam derogatoriā habentis, licet plura quis teſtamenta confeciſſet, quia & ſi plura conficiat quis teſtamenta, vnum tamen ſolūm valet, & ſemper prius tollitur a poſteriore, Hoc autem videtur omnino falſum, quòd nunquam ſpecialis reuocatio requiratur.

Cæterum, huic reſponſioni replicant, qui Bartolum ſecuti ſunt, ac priorem illam ſententiam, fieri quidem C non poſſe, vt mortuo teſtatore, plura teſtamenta valeāt: Vnum enim duntaxat valere debet, & non plura: ſed tamen, eo viuente, non ita certum eſſe, quod potiſſimū ex pluribus teſtamentis valere debeat. Etſi enim poſteriore tollatur prius, fieri tamen poteſt, vt prius adhuc confirmetur poſteriore ſublato. Quam ob rem, dum teſtator viuit, ratio omnium teſtamētorum haberi debet, ideoq; rectè concluſum, cum plura extant teſtamenta, requiri ſpecialem illam reuocationem, ſecus, ſi vnum tantū præceſſerit teſtamentum, quia generalis reuocatio facta, de illo tantum intelligitur, cum de nullo alio intelligi poſſit. Adferunt, & quædam alia pro refutatione dictæ reſponſionis; ſed videtur mihi omuiutu clatiſſima hæc replicatio.

Poſterioris autem ſententiæ fundamenmm eſt in d. l. ſi quis in princ. cuius legis verba ſuperius retulimus.

Et in hanc ſententiam poſteriorem ego ſanè ſum procliuior Illud enim in Iuris quæſtionibus decidendis ob-D ſeruare ſoleo, & ſeruandum exiſtimo, vt, cum lex, & ratio extat, quæ ſpecialiter ad quæſtionem propoſitam pertineant, eis ſanè adhærendum potius, quàm generalibus quibuſdam vel Regulis, vel Pronunciatis ad aliam materiam pertinentibus, putem. Iam verò, cum textum habeamus ad rem noſtram pertinentem, ex eo potius ius à nobis ſtatuendum reor. Hoc vult Iuriſconſultus, vt quoties teſtator aliquid proteſtatus eſt in futurum, non aliter valeat, quod aduerſus eam proteſtationem fit, quàm ſi appareat ſpecialiter eum prioris voluntatis pœnituiſſe, & voluiſſe, vt omnino poſterior voluntas locum habeat, poſthabita priore voluntate. Huc enim pertinent illa verba textus. *Si ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſe pœnituiſſe, & voluiſſe, vt legatarius plura legata accipiat.* Erit ergo prior voluntas reuocanda, & omnino declarandum à teſtatore, ſe velle, vt poſterius teſtamentum locum habeat: priore voluntate ſeu teſtamento cum ſuis proteſtationibus, & clauſulis infirmato.

Argu-

Argumentum portò contrariæ opinionis hoc iámm probat; ex generali reuocatione teſtamenti prioris, actū cenſeri de teſtamento illo, quod Clauſulam habet derogatoriam, quoties illud duntaxat, & non aliud teſtamentum præceſſit: Sed hoc non ſufficit ad tollendum illud primum teſtamentum, ſed requiritur, vt ſpecialiter appareat teſtatorem prioris teſtamenti pœnituiſſe, & vt hoc dixerit teſtator, quod fit per ſpecialem, nó autem per generalem derogationem teſtamenti prioris. Confirmatur hæc interpretatio. Nam cum teſtator in principio teſtamenti dicit, & quodammodo proteſtatur, *Si cui bis legauero, ſemel deberi volo.* Et poſtea in eodem teſtamento, vel Codicillis ſæpiùs legat, ſine dubio hæc, tanquam vltima voluntas, videtur eſſe præferenda priori; ſed tamen, quia prior voluntas ſequenti derogauit, requiritur, vt ſpecialiter dicat, ſe prioris voluntatis pœnituiſſe, & voluiſſe, vt plura legata darentur. Quam ob rem ſola prioris voluntatis reuocatio non ſufficit, ſed neceſſe eſt, vt appareat teſtatorem id velle, vt valeat poſterior voluntas, & non prior; & ſic ſpeciali opus eſt derogatione, non autem generalis illa ſufficit; ſicut nec Iuriſconſulto ſufficit prioris voluntatis teſtatorem pœnituiſſe, (hoc ſanè æquiualet generali reuocationi teſtamenti prioris). ſed requirit etiam, vt teſtator voluerit contrarium eius, quod prius ordinauerat, nempe, plura legata dari, licet antè dixiſſet, *ſemel deberi volo.* Et hoc eſt, quod paucioribus verbis dixit Couuar. loco ſuperius annotato, cùm dixit, non ſolum neceſſariam eſſe mentionem teſtamenti prioris, ſed etiam Clauſulæ derogatoriæ in eo contentæ, quod non eſt neceſſarium inquit in l. 2. ff de lib. & poſthumis: quia ſcilicet nulla præceſſerat derogatoria diſpoſitio teſtatoris.

CAPVT XCIII.

Vtrum frater fratris teſtamentum tanquam inofficioſum impugnare poſſit, ſi in eo ſpurium inſtituerit.

QVæ paulò antè de fratris teſtamento inofficioſo diximus, in memoriam reuocát aliam inter Doctores Cõtrouerſiam, quæ vt ſilentio prætereatur, æquum non eſt: Si frater teſtamento facto ſpurium aliquem hæredem inſtituerit, fratre præterito, vtrum liceat fratri teſtamentum impugnare tanquam inofficioſum? Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ; Altera, non poſſe. Altera verò, poſſe. Prioris autores ſunt Cagnolus ad l. 1 nu. 14 ff de inoffi. teſtam. Illuſtriſſimus & Reuerendiſſimus Cardinalis Paleotus de nothis, & ſpurijs, cap. 15. nu. 5 Rolandus à Valle, in conſ 87 lib. 3. Poſterioris Azo in Summa, Tit. Ex quib. cauſ. infamia irrogetur, nu 4 Bar. Bal. & Alex ad l. et ſi pepercerit, ff de lib. & poſth. Iaſon in conſil. 154 nu. 5. lib. 1. & alij, quos commemorat Anton. Teſſaurus, deciſ. Pedemontana, 127. Sed longè latius Hartmannus Piſtorius quæſtio. Iuris Romani, lib. 1. cap. 30.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt; quia tunc frater impugnare poteſt fratris teſtamentum tanquam inofficioſum, cum in eo turpis vel infamis perſona inſtituta eſt, l fratres, C de inoff teſtam. Sed Spurius non eſt infamis, neque turpis perſona; Ergo teſtamentum, in quo Spurius inſtitutus eſt, impugnari non poteſt.

Aſſumptio probatur multis teſtimonijs. Primum ex l. Spurij, ff. de Decurionib. Papinianus: *Spurij Decuriones fiunt, & ideo fieri poterit ex inceſto quoque natus; Non enim impedienda eſt dignitas eius, qui nihil admiſit.* Secundò ex l. crimen, ff de pœnis, Calliſtratus: *Crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere poteſt.* Tertiò ex l legem, C. de naturalib liber. ibi: *Mouente miſericordia, qua indigni non ſunt, qui alieno laborant vitio.* Quartò, *quia naſci ex adulterio non eſt culpa naſcentis, ſed generantis*, c. naſci, diſtinct. 56. & Io. Chryſoſtomus: *Nunquam de vitijs*, inquit, *erubeſcamus parentum, ſed illud vnum quæramus, & ſemper amplectamur, virtutem videlicet*, c. Nunquam, eadem diſtinct. & diuus Hieronymus inquit: *Dominus noſter Ieſus Chriſtus voluit non ſolum de alienigenis commixtionibus, ſed etiam de adulterinis naſci, nobis magnam fiduciam præſtans, vt qualicumque modo naſcamur, dum tamen veſtigia eius imitemur, ab ipſius corpore non ſeparemur, cuius per fidem membra effecti ſumus*, c. Dominus, eadem diſtinct. Denique ſatis conſtat, multos, qui Spurij fuerunt, viros egregios, & inſignes extitiſſe, & ad maximas dignitates euectos fuiſſe, vt in c. Oſius, d diſtin 56. & proſequitur Illuſtriſſimus Paleotus vbi ſuprà. Et quod attinet ad rem noſtram, ſatis conſtat nulla lege Spurios à ſucceſſione extraneorum excludi; ſed tantum à parentum ſucceſſione, vt in Auth. en. Ex complexu, C de inceſtis nupt.

Fundamentum autem poſterioris ſententiæ illud eſt; quoniam vt fratris teſtamentum impugnari poſſit tanquam inofficioſum, ſufficit, ſi in eo hæredes ſcripti fuerint infames, vel turpes perſonæ, *vel leuis notæ macula aſpergantur*, vt in d l fratres, C de inoff. teſtam. Sed Spurij videntur eſſe ſaltem tali macula aſperſi. Ergo teſtamentum, in quo Spurius inſtitutus eſt hæres, à fratre impugnari poterit.

Aſſumptio argumenti probatur, primò, quia ſcriptum eſt in ſacris literis: *Adulterorũ filij abominatio ſunt Deo*, vt Sap. cap. 3. *& adulterinæ plantæ non dabunt radices altas, nec ſtabilem ſedem ponent.* Sapientiæ 4. Et ſcribit Bonifacius Martyr; genus hoc nec bello forte, nec fide cõſtans, nec Deo amicum eſſe, vt in c. figens, diſtin 56. & Calixtus Pontifex: *Nos*, inquit, *ſequentes patres noſtros, infamia eos notamus & infames eſſe cenſemus, quia infamiæ maculis ſunt aſperſi.* In cap coniunctiones, 15. quæſtio. 2. Denique, vt dicebat Innocentius III. *Tam lex Moſaica, quàm Canonica ſobolem ſuſceptam ex adulterio deteſtatur, teſtãte Domino, qui ait, quod Manzeres & Spurij vſque ad decimam generationem in eccleſiam non intrabunt, Canone verò vetante, tales ad ſacros ordines promoueri, ſecularibus quoque legibus non ſolum repellentibus eos à ſucceſſione paterna, ſed negantibus ipſis etiam alimenta*, vt in cap. per venerabilem, Qui filij ſint legitimi. Et ideo S. Auguſtinus: *Sanctius eſt*, inquit, *defungi ſine liberis, quàm ex illicito concubitu ſtirpem quærere*, vt c ſicut, 32. quæſtio. 4.

Teſtimonijs autem in contrarium allatis reſpondent poſterioris ſententiæ auctores; illa eſſe accipienda, quoad vitam æternam, & bona ſpiritualia, non autem quoad iuris effectus: Sed & proximè relatis autoritatib reſpondent prioris ſententiæ defenſores, eas locum ſibi vindicare, cum filij Spurij paterna flagitia imitantur, autoritate Gratiani in cap. cenomanenſem, in fine, 56. diſtin. *Adulterorum filij abominatio ſunt domino, ſed ſicut ſupra dictum eſt* (inquit Gratianus) *de presbyterorum filijs, ita & hoc de filijs adulterorum intelligendum videtur, vt illi dicantur eſſe abominatio domino, ad quos paterna flagitia hereditaria ſucceſſione deſcendunt* Hactenus Gratianus, & idem in c. 1. §. 1. eadem diſtinct. *Sed hoc intelligendum eſt de illis*, inquit, *qui paternæ incontinentiæ imitatores fuerint.* Eandem interpretationem ſecutus eſt Innocentius III. in c. niſi, §. perſonæ, de renunc. *Quod ſcriptum eſt*, inquit, *Ego ſum Deus Zelotes, vindicans peccata patrum in filios vſque in tertiam & quartam generationem, in his, qui oderunt me, intelligitur in illis, qui contra me parentum odium imitantur.*

Ego hac in re inprimis animaduerti nullam Legem, nullum Canonem extare, qui ſpurios ea, de qua agitur, macula notatos ſignificet. Obſeruaui quoque non vſquequaque eos integræ opinionis eſſe, ſicut legitimè natos. Negari enim non poteſt, quin aliquam ſaltem leuem maculam habere videantur, quò fit, vt in dignitate adipiſcenda, ſi competitorem habeant legitimè natũ, is illis præferatur, vt in l generaliter, §. Spurios, ff. de decurionib.

Ego igitur exiſtimarem (quod ad propoſitã quæſtionem attinet) diſtinguendum eſſe, vt, ſiquidem Spurij re

&

& vita honeſti ſint, tunc nulla infamia, nulla macula aſperſi eſſe intelligantur, ideoque mirò poſſint hęredes inſtitui; Secus autem, ſi paterna uitia ſectentur, moueor argumento ſumpto ex uerbis Iuriſconſult., in d.l. generaliter, § Spurios, ff de Decurionib. ibi: *Ceſſantibus verò his etiam Spurij ad Decurionatum, & re, & vita honeſti recipientur.* Et ex uerbis S. Ioan. Chryſoſtomi in c. nunquam, 56 diſtinct. *Natus ex meretrice*, inquit, *ſi propria virtute doceretur, parentum non dedecoratur opprobrijs.* Et in c. Apoſtolica, & ſeq. eadem diſtinct. *Quamuis filius Sacerdotis ſit, ſi cęterę uirtutes in eum conueniunt, illum non reijcimus, ſed ſuffragantibus meritis patienter ſuſcipimus.*

CAPVT XCIV.

In materia iuris accreſcendi examinatur controuerſia Doctorum coniunctis re, & uerbis, an ab initio partes faciant, ad ſimilitudinem coniunctorum uerbis tantum.

COmmunis eſt & vera Doctorum ſententia coniunctos re, & verbis ab initio partes non facere; ſed per concurſum. Exempli cauſa: Si teſtator dicat; Titio & Mæuio fundum relinquo, vel Titium, & Mæuium hæredes inſtituo. Videtur relictus fundus cuilibet in ſolidum ex verbis teſtatoris, & ſimiliter ambo in ſolidum hæredes videntur inſtituti, ſed per concurſum partes faciunt ex mente teſtatoris; quia ſi ambo ad legatum concurrant, vel hæreditatem, fit diuiſo, & quilibet eorum dimidiam tantum habet. Ita docet Bart. ad l. re coniuncti, nu. 22. Iaſ. nu. 88 Ripa, nu. 74, Vaſquius lib. 3. de Succeſſionum progreſſu, § 21. num. 58: Antonius Fumeus Pariſienſis in tract. de Coniunctionib. c. de Cōiunctione mixta.

Probatur verò hæc ſententia ex l. quidam regulatus, § vlt. & ll. ſeq ff de reb. dub Caius *Si tibi & poſthumo ſuo, vel alieno hęreditatem reſtituere quis rogauerit, Vtrum ita poſthumus partem faciat, ſi natus ſit, an etſi natus non ſit, quæritur? Ego commodius dici puto, ſiquidem natus non eſt, minimè eum partem facere, ſed totum ad te pertinere, quaſi ab initio tibi ſolido relicto.*

Item ex l coniunctim, de leg. 3. Celſus: *Coniunctim hæredes inſtitui, aut coniunctim legari, hoc eſt, totam hęreditatem, & tota legata eſſe ſingulis data, partes autem concurſu fieri.*

Huc etiam pertinet, l ſi mihi, & tibi, de leg. 1. ibi: *Et ſi noluero eam rē ex meo legato ad me pertinere, ut tota mea ſit, &c* Et l. ſi duobus, §. vlt. eod tit in verbo, *vindicabis.*

Denique ita docet Imperator Iuſtinianus in §. ſi eadem, in Inſti. de legatis, dicens: *Si eadem res duobus legata ſit, ſiue coniunctim, ſiue diſiunctim, Si ambo perueniant ad legatum, ſcinditur inter eos legatum, &c. Coniunctim autem legatur, veluti; Si quis dicat Titio, & Seio hominem Stichum do, lego.*

Hoc exemplum pertinere ad coniunctionem re, & verbis factam, qua de agitur, probat l. triplici, ff. de uerbor. ſignific.

Contrarium docent Zaſius prolixè admodum & accuratè, lib. 1. Singul. Reſponſor. cap. 18 Franciſcus Duaren de iure accreſcendi, lib 1. cap. 11. & ut mihi videtur, Alciatus quoque ad d.l. Re coniuncti, nume. 32. de leg. 3 necnon Antonius Goueanus lib Sing de iure accreſcendi, non procul a principio. Iſti volunt coniunctos re, & verbis partes ab initio habere; non autem ſolidum. Et pro hac ſententia tria potiſſimum adferuntur argumenta. Primum eſt; quia coniunctio iſta mixta eſt, nec facit nouam ſpeciem ab alijs ſeparatam, ſed in totum vnam, aut alteram prorſus imitari debet, nempe, aut coniunctionem, quæ re tantum uocatur, aut quæ uerbis tantum Sed magis ſimilis eſt uerbali coniunctioni, in qua conſtat ab initio partes fieri, ergò in coniunctione iſta, quæ mixta eſt re, & verbis partes ab initio fieri videntur; non

A autem per concurſum tantum. Aſſumptio ſic probatur. *Non coniunctio verbalis* (inquit Zaſius) *ita coniungit, vt etiam a re non prorſus ſeparet, l Re coniuncti, 2. reſponſo quod etiam ex iure accreſcendi patet. Sed coniunctio realis a re ita coniungit, vt oratione, & verbis omninò ſeparet. in huiuſmodi enim coniunctione neceſſe eſt orationes eſſe ſeparatas, dict l. Re coniuncti, in princip id quod etiam expreſſa euidentia cognoſcitur Cum autem coniunctio re, & verbis, quam mixtam nominauimus, ſit complexus nominis, & rei, d.l Triplici, apparet, quod plus communicat cum verbali coniunctione, quæ rem a ſe non prorſus ſeparat, quàm cum reali, quæ verborum nexum prorſus abhorret, & ſeparat. Ea ergò coniunctio, quæ eſt mixta re, & verbis, ſequitur naturam coniunctorum verbis, non coniunctorum re; Immò impoſſibile per naturam poſitiuam eſt, quod verbalis, & realis colligatio vllo pacto purè reali accedat, quando illa complexum habet nominis, & verbi, hæc verò a complexu verborum eſt alieniſſima.* Hactenus ille.

B Secundum argumentum eſt ex l. planè, §. ſi coniunctim, de leg. 1. vbi Iuriſconſult. *Si coniunctim res legetur, conſtat ab initio partes fieri.*

Nec valet illa reſponſio, textum loqui ſiue accipiendū eſſe, de coniunctione verbali; quia exemplum adſert, quod pertinet ad coniunctionem mixtam, qua de agitur, vt puta: *Si Titio, & Seruo proprio ſine libertate*, &c. Hæc enim eſt mixta coniunctio.

Tertium argumentum eſt; quia ſi coniuncti re, & verbis ſolidum ab initio haberent, vnius portio deficientis ad alterum coniunctum tranſiret ſine onere, vt declarat textus in l. vna, § vbi autem, C. de cadnc. tollend. ibi: *Sin autem ad deficientis perſonam hoc onus fuerit collatum hoc non ſentiat is, qui non alienum, ſed ſuum legatum imminutum habet.* Sed tranſit cum onere, vt docet Gloſ ibi In verbo; *Non ſentiat*, autoritate textus eiuſdem legis, in §. vbi autem, in illis verbis: *Sin verò pars quædam ex his deficiat, ſancimus eam omnibus, ſi habere maluerint, pro virili portione cum omni ſuo onere accreſcere.*

C Quæ ſententia eſt communiter recepta, vt per Ripam in d l. Re coniuncti, num 195. Igitur coniuncti re, & verbis non faciunt partes per concurſum, ſed ſtatim ab initio ex verbis teſtatoris.

Ad primum argumentum reſpondetur, coniunctionem re, & verbis conſtituere tertiam ſpeciem diuerſam ac ſeparatam, vt patet ex l. Re coniuncti, de leg. 3. ex l triplici, ff. de verb ſignific. in quibus legibus fit mentio triplicis coniunctionis; & licet in aliquibus videatur imitari naturam coniunctionis verbalis, non tamen poteſt negari, quin imitari debeat etiam aliqua ex parte naturam realis coniunctionis Cur enim re, & verbis diceretur, ſi non participaret aliquo pacto etiam naturam realis coniunctionis? Quare valde infirmum eſt illud argumentum, ex quo infertur, coniunctionem hanc mixtam in hoc participare naturam verbalis coniunctionis, vt partes ab initio vnicuique attribuat. Nam id ſtatim, ac meritò

D negari poteſt; quia cum contraria ſit in hoc natura realis coniunctionis, nobis exploratum eſſe non poteſt, vtrum in hoc ipſo ſequatur eius naturam, necne: Quamobrem rectè dicebat Pariſius in Commentarijs dict. l re coniuncti, numer. 47. Coniunctos re, & verbis tanquam mixtos participare naturam ſimplicium, *Sed non in omnibus.*

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, exemplum illud, quod adſertur in l. planè, § ſi coniunctim: *Si Titio, Seruo proprio ſine libertate*, &c. Non pertinere ad verba præcedentia textus, quibus dicitur, ſi coniunctim aliquid legetur, partes ab initio fieri; Sed ad verba ſequentia, quibus dicitur: *Nec ſolum ij partem faciant, in quorum perſona conſiſtit legatum, verum ij quoque, in quorum perſona non conſiſtit legatum, vt puta; Si Titio, & Seruo proprio ſine libertate legetur.*

Quamobrem Iuriſconſultus non declarat ibi, vtrum Titio, & Seruo legatum ſimpliciter relictum ſit, an verò æquis portionibus, quoniam eo exemplo id tantū voluit

docere

docere, eos quoque partem facere, in quorum perſona, A legatum non conſiſtit. Proinde ſumma; ratione illa interpretatio recipienda eſt, vt dum dicit: *Si coniunctim res legetur, conſtat partes ab initio fieri*, intelligatur, ſi res coniunctim legetur, non ſimpliciter (quo pacto coniunctio deſignatur re, & verbis ſimul,) ſed æquis portionibus; ad quem modum conſtat fieri verbalem coniunctionẽ, vt in l. Re coniuncti, & in d. l. Triplici, Cur ita? ne Vlpianus in d. §. ſic coniunctim, pugnet cum Celſo in l. coniunctim, de leg. 3. Ait Vlpianus: *Si coniunctim res legetur, conſtat ab initio partes fieri*. Rectè, ſi de verbali coniunctione agatur. Ait Celſus: *Coniunctim hæredes institui, aut coniunctim legari, hoc eſt, totam hæreditatem, aut tota legata eſſe ſingulis data, partes autem concurſu fieri*. Rectè, ſi loquatur Celſus de coniunctione reali, aut mixta re, & verbis facta.

Ad tertium argumentum reſpondeo, negando ad cõiunctum re, & verbis rem tranſire cum onere. Et quod attinet ad textum; qui adfertur in d. l. vna, §. vbi autem, B & in § præcedente, Reſpondeo, accipiendum eſſe Iuſtinianum de verbali coniunctione, ſicuti olim dicebat Petrus Bellapertica. Quæ ſententia manifeſtè probatur hac ratione. Iuſtinianus in d. §. vbi autem, in verſ. Sin autem ad deficientis, dicit, portionem deficientis tranſire abſque onere, quoties ab initio cuilibet res in ſolidum relicta eſt, licet per concurſum partes faciant, coniungendo verſiculum: *Sin autem ad deficientis*, cum verbis præcedentibus, ibi: *Quia ſermo teſtatoris omnibus prima facie ſolidum aſſignare videtur, alijs ſuperuenientibus partes à priore abſtrahentibus, vt ex aliorum quidem concurſu prioris legatum minuatur*.

Sed in coniunctione mixta, re & verbis, ab initio ſolidum aſſignatur coniunctis, & per concurſum partes fiunt, vt probatum eſt, Ergo, res non tranſit in coniunctum re, & verbis cum onere: Et conſequenter, dum idem Iuſtinianus dixit, tranſire cum onere in coniunctum, intelligendus eſt, vt loquatur de eo, qui verbis coniunctus eſt. C

Et licet Imperator in d. §. vbi autem, verſ. Sin autem ad deficientis, loquatur de disiunctis ſiue ſeparatis, qui tamen aliàs re coniuncti appellantur; eadem tamen ratio eſt in coniunctis re, & verbis, ſi ſententia iſta admittatur, nempe, ſolidum ab initio aſſignatum videri ſingulis coniunctis. Nec enim quidquam in contrarium efficere poteſt ratio coniunctionis in eadem oratione; quia hunc quidem effectum Bart. attribuit orationis coniunctioni & copulæ, ſed nulla lege id probat. Neque enim hoc pertinet l. Seiæ, §. Caio, ff de fundo Inſtr. quam adfert Bart. vt dicebat Ripa, in d. l. Re coniuncti, num. 195. & patet ex verbis eius legis. Qualis verò eſt Ripæ eo in loco ratiocinatio: *Si teſtator volebat onus accreſcere, facile erat coniunctim ei diſponere. Ergò ſi coniunctim diſpoſuiſſet onus etiam accreuiſſet?* Nego enim illud ſequi in coniunctis re, & verbis, aut re tantum; quia illis ſolidum legatum ab initio aſſignatur. Quare dum in fine dicit Iuſtinianus, (quæ verba ponderantur à Ripa, licet non citentur) *nam ſi contrarium volebat* (ſcilicet rem cum onere accreſcere) *nulla erat difficultas coniunctim ea diſponere*. Ego exiſtimo accipiendum Imperatorem non de omni coniunctio: repugnaret enim ſuperioribus, ſed de coniuncto verbis tantùm; ad eum enim, vtpote ab initio vocatum ad partem tantum, meritò coniuncti portio tranſire debet cum onere adiuncto. Poſt hæc ſcripta, legi, Iacobum Cuiacium ad tit. de caduc. tollend. non procul a fine Commentarij conſtituentem differentiam; verum coniunctis re, & verbis legatum per vindicationem relinquatur, an verò per damnationem: vt priore caſu, non niſi concurſu partes faciant legatarij, l. coniunctim, de leg. 3. Poſteriore autem ab initio quoque partes faciant, l. planè, § ſi coniunctim, de legat. 1. Sed cum hæc verborum ſolennitas ſublata ſit, vt patet ex Iuſtiniano in Inſtit. de Legatis §. ſed olim, & nihil hac de re ſit conſtitutum in legibus, quas Cuiacius adducit, nullaq; men- D

A tio talis in propoſito differentiæ, dubito, an viri doctiſſimi iudicium probari poſſit.

CAPVT XCV.

Quo modo accipiendum, quod dicit Iuſtinianus in l. vna, §. vbi autem, C. de caduc. tollend. vnius portionem deficientem alijs coniunctis accreſcere, pro virili portione.

AVſim affirmare Paulum Caſtrenſem magis acutè vidiſſe hac in re, quàm Franciſcum Duarenum. Cum enim in materia iuris accreſcendi inter omnes conſtet, portionem deficientem non accreſcere omnibus coniunctis æqualiter, ſed proportione tantum hæreditatis, vel legati, ex l. liber homo, 59. §. cum quis, ff. de hæred. inſtit. ex l. Mæuio, 42. de leg. 2. notat Bar. ad l. Re coniuncti, nu. 56. de leg. 3. Ripa ibid. nu. 197. Aug. Berous in conſ. 11. nu. 25. lib. 2. Cum, inquam, hæc ſit vera, & cõ-B munis omnium ſententia, in dubium reuocatur, cur Imperator Iuſtinianus, qui in l. vnica, § his ita, C. de caduc. tollend. de hæreditate verba faciens, dixit. *Hoc quod fuerit quoquo modo vacuatum, ſi in parte hæreditatis, vel partibus conſiſtat, alijs cohæredibus cum ſuo grauamine pro hæreditaria parte, etiamſi iã defuncti ſunt, adquiratur*. Cur, inquam, in ſequenti, § vbi autem, de Legatarijs loquens, dixerit, pro virili portione accreſcere, his verbis: *Vbi autem legatarij vel fideicommiſſarij duo fortè, vel plures ſunt quibus aliquid relictum ſit, ſiquidem hoc coniunctim relinquatur, & omnes veniant ad legatum pro ſua quiſque portione, hoc habeat; ſin autem pars quædam ex his deficiat, ſancimus eam omnibus, ſi habere maluerint, pro virili portione cum omni ſuo onere accreſcere*, &c.

An quia ſit conſtituenda inter hæredes, & legatarios differentia? nequaquam. Franciſcus Duarenus lib. 2. de iure accreſcendi, c. 3. virilem portionem accipit pro parte virili cuiuſque, etiamſi æqualis non ſit, vt notatur in C l. virilis, ff de verb. ſign. & ſic pro portione legati. Sic, & Cuiac. ad Tit. C. de cad. tollend. circa finem.

Sed cum Iuſtinianus in eadem Cõſtitutione ad aliud propoſitum explicauerit, quid pro virili portione intelligat, in § ſed vt manifeſtetur, vbi: *Pro virili omnimodo portione*, inquit, *id eſt, pro numero perſonarum*, parum veriſimile videtur eum aliter intellexiſſe in d. §. vbi autem, aut ſi aliter intellexiſſet, non exſplicaſſe.

Verum Paulus Caſtrenſis in Commentarijs d. §. vbi autem. Sic rem iſtam explicat: *In textu ibi pro virili portione* (verba ſunt ipſius) *dic hoc, ſi viriliter fuerunt honorati, æqualiter eis relictum, aliàs pro portionibus, quas habent in re legata*.

Quod igitur alibi ſcriptum eſt, accreſcere pro portione legati, vt in d. l. Mæuio, rectè procedit, & accipiendũ eſt, cum coniunctorum legatariorum portiones inæquales ſunt. Quod verò dicat Iuſtinianus, pro virili portione accreſcere, accipiendum eſt, cum omnium legatariorum D portiones ſunt æquales, vt in d. § vbi autem, Recta mihi videtur expoſitio literalis, & vera.

CAPVT XCVI.

Ius accreſcendi an locum habeat, cum non ipſo iure, ſed ope exceptionis deficit portio.

REcte, vt mihi uidetur, docet Franciſcus Duarenus, lib. 2. de iure accreſcendi, cap. 19. iuri accreſcendi locum eſſe, ſiue deficiat portio ipſo iure, ſiue ope exceptionis, quoniam ſecundum iuris antiqui regulam nihil intereſt, vtrum ipſo iure actionem quis non habeat: an uerò ope exceptionis excludatur, l. nihil intereſt, de reg. iur.

Contrariæ ſententiæ fundamentum eſt in l. ſi duo patroni, ff de iureiurand. Vlpianus: *Si duo patroni eſſent, & libertus altero deferente iuraſſet ſe libertum eius non eſſe.*

Vtrum alteri ſibi debitæ portionis, an vero dimidiæ debitæ ei, & ſuæ partis bonorum poſſeſſio competeret, Iulianus quærit, & ait: Sius, cui iuratum eſt, patronus fuiſſet, alteri ſuæ partis bonorum poſſeſſionem competere; nec ei prodeſſe, quod aduerſus alterum libertus iuraſſet.

Accurſius ibi in verbo *Iuraſſet*, opponit l. communi, ff de bonis libertorum, Iulianus: *Communi liberto* (inquit) *ſi ex duobus patronis alter iuſiurandum exegerit, ne vxorem ducat; ſiue viuo liberto deceſſerit; is, qui extra hanc culpam fuerit, vel ſuperuixerit, partis vtriuſque debitæ bonorum poſſeſſionem ſolus habebit.* Solutionem affert iſtam, nempe, Iulianum loqui eo in caſu, quo alter patronus ipſo iure patronatum amiſerat, vnde alteri accreſcere poteſt, quod omnino eſt amiſſum; Vlpianum verò loqui, cum ius patronatus non omnino eſt amiſſum per dilationem iuriſiurandi; obſtat enim tantum exceptio.

Ex his ſumpta eſt illa traditio, ius accreſcendi locum habere, quoties ipſo iure portio deficit: ſecus ſi deficiat ope exceptionis. Ita Bart. ibi notat, & Zaſius. Ripa ad l. re coniuncti, nu. 176. de leg 3. Hippolytus Rimin. in conſil 244. nu 305. lib 3.

Affert etiam Zaſius pro confirmatione l. hæreditas, C. de his quibus vt indig.

Sed quod attinet ad l ſi duo patroni, ratio deciſionis non eſt illa, quam Accurſius commemorat; ſed quia iuſiurandum alterius (nempè liberti) alteri neque prodeſt, neque nocet, l. 3 ff de iureiur. Quare nec alteri patrono prodeſſe debet, ſi actio, nec conuentio inter alios facta alijs prodeſt; l. ſi vnus, §. ante omnia, ff de pact. cum itaq; liberti iuſiurandum alteri patrono non proſit, nihil mirum, ſi patroni, qui iuſiurandum detulit, portio non accreſcit alteri patrono.

Cur autem apud Iulianum in d. l. communi, portio iuris patronatus vnius, accreſcat alteri, illa eſt ratio; quia verè defecit in perſona illius. Deficit enim ius patronatus, ſi patronus viuo liberto deceſſerit, ſi libertum non aluerit, ſi ad iuſiurandum adegerit ne vxorem ducat, l. ſi patronus, 33. ff. de bonis libertor. l. 5. l. qui contra, ff. de iure patronatus. Iulianus autem loquitur in caſibus ſcilicet; *Si ex duobus patronis alter iuſiurandum exegerit, ne vxorem ducat, ſiue viuo liberto deceſſerit.* Quare deficiens portio alteri meritò accreſcit.

Quòd verò attinet ad l. hæreditas, illa nihil facit: ibi enim vnius hæredis portio alteri non accreſcit, ſed à fiſco vindicatur; quia erat indignus, & ideo pœnæ obnoxius, de qua in toto illo titulo. Quæ enim indignis auferuntur, ſicut olim, ſic & hodierno iure ad fiſcum pertinent, vel ad alias perſonas: intacta enim ea iura Iuſtinianus ſeruauit, vt in d. l. vnica, §. quæ autem, C. de caduc. tollend.

CAPVT XCVIII.

Is, qui non admittitur ad partem, an faciat partem ad impediendum ius accreſcendi.

IMperator Iuſtinianus: *Si eadem res duobus legata ſit, ſiue coniunctim, ſiue diſiunctim, ſi ambo perueniunt ad legatum, ſcinditur inter eos legatum, ſi alter deficiat: quia aut ſpreuerit legatum, aut viuo teſtatore deceſſerit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet.* §. ſi eadem. in Inſtit. de leg.

Idem Iuſtinianus in Conſtitutione, quam edidit de caduc. tollend Codici inſerta ſtatuit, vt quocunque modo deficiat pars rei legatæ, ea accreſceret coniuncto, ijs exceptis, quæ vt indignis auferuntur, & fiſco applicantur, iuxta l. vnicam, § quæ autem, C. de caduc. tollend.

His autoritatibus adductus ego ſic ſtatuo; antiquas leges locum non habere, in quibus dicitur eum, qui ad partem non admittitur, partem tamen facere coniuncto, atque impedire, ne totum habeat. Nam cum ipſius portio deficiat, nec eam capere ipſe poſſit, videtur potius A coniuncto debere accreſcere ex lege Iuſtiniani. Exemplum: cum Titio, & Mænio legatus eſt Stichus, qui Titij erat, l. huiuſmodi, § ſi Titio, de leg. 1. ſi Titio, & Seruo proprio ſine libertate legetur, l. planè, § ſi coniunctim, eodem tit. Item cum duobus legatum eſt, quorum alter nō fuit in rerum natura, l ſi duobus, ff. eod. ti. & alia eiuſmodi His caſibus portionem accreſcere coniuncto, ex noua Iuſtiniani Conſtitutione, tam etſi veteres leges aliter ſtatuerint, puto, Autorem habeo Duarenum, lib. 1. de iure accreſcendi, c. 18.

Quamobrem, & Bartolum ad l. huiuſmodi, § ſi Titio, de leg 1 & poſt eum Zaſium lib. 1. Sing Reſponſor. c. 19. & Ripam ad l. re coniuncti, num. 140 de legat. 3. & Cagnol. ad l. vnicam, C quando non petentium partes, &c. num. 57. & ſi qui ſunt alij, fruſtrà laboraſſe contendo in diſtinguendis caſibus, in quibus is, qui non admittitur ad partem, facit partem: cum ex lege Iuſtiniani partem B non faciat amplius coniuncto, nec locus antiquis legibus eſſe queat: Qua tamen in re doctiſſimorum virorum ſententiam libenter audirem, præſertim verò Huberti Giphanij collegæ mei, cuius acre iudicium, ac ſummam in legum nodis explicandis peritiam, eruditionemq; variam, ac planè ſingularem, iamdiu admiror, ac ſuſpicio.

CAPVT XCVIII.

Quæ ſit ſententia l. re coniuncti, ff de leg. 3.

PAulus. R*e coniuncti videntur non etiam verbis, cum duobus ſeparatim eadem res legatur. Item verbis, nō etiam re, Titio & Seio fundum æquis partibus do, lego; quoniam ſemper partes habent legatarij. Præfertur igitur omnimodo cæteris, qui & re, & verbis coniunctus eſt. Quod* C *ſi re tantum coniunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem, ſi vero verbis quidem coniunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt, an coniunctus potior ſit; & magis eſt, vt ipſe præferatur.*

Exploſa veterum ſententia, amplector eam, quam Alciatus, Duarenus, & alij recentiores amplexi ſunt, hanc verbis Pauli interpretationem adhibendam, vt poſtquā explicauit, qui dicantur re coniuncti. Item qui verbis, tres quæſtiones proponat ac decidat verbis ſequentibus. Prima quæſtio eſt, ſi aliqui ſint coniuncti re, aliqui verbis, aliqui re & verbis ſimul, & vnius portio deficiat, ad quem pertineat ex coniunctis eius, in cuius perſona deficit, vtrum ad coniunctum verbis, an re: an potius ad eum qui re & verbis coniunctus eſt. Paulus reſpondit re, & verbis coniunctum cæteris omnibus præferri. Secunda quæſtio eſt: vtrum is, qui re tantum coniunctus eſt, præferatur ei, qui verbis tantum coniunctus eſt. & reſpondit Paulus non præferri. *Quod ſi re tantum, inquit, coniunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem*, ſcilicet coniuncto verD bis tantum, quod enim potior non ſit coniunctore, & verbis, in prima quæſtione declaratum eſt, quia dictum & concluſum eſt re, & verbis coniunctum cęteris pręferri. Tertia quæſtio eſt, vtrum coniunctus verbis tantum, præferatur ei, qui re coniunctus eſt; & reſpondit Paulus præferri: *Si verò verbis quidem*, inquit, *coniunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt an coniunctus potior ſit, & magis eſt, vt ipſe præferatur.*

Aduerſus hanc interpretationem opponitur primò, l. ſi quis, 66 ff. de hæred. inſtituend. ſecundò l. Mænio, 42. de leg 1.

Si ita (inquit Pomponius) *hæredes inſtituerit: Titius hęres eſto. Caius, & Mœuius ex æquis partibus hęredes ſunto, quamuis & ſyllaba coniunctionem faciat, ſi quis tamen ex his decedat, non alteri ſoli pars accreſcit; ſed omnibus cohęredibus pro hereditarijs portionibus; quia non tam coniunxiſſe, quam celerius dixiſſe videatur.*

Mænio (ait Priſcus Iabolenus) *fundi partem dimidiā, Seio partem dimidiam lego; eundem fundum Titio lego Si Seius deceſſerit, pars eius vtriq; accreſcit: quia cū ſeparatim & par-*

& partes fundi, & totus legatus ſit, neceſſe eſt, vt ea pars, quæ ceſſat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus ſeparatim legatus eſt, accreſcat.

Reſpondeo, quod attinet ad locũ Pomponij, cauſam adferri a Iuriſconſulto, ob quam is, qui verbis coniunctus eſt, cæteris non præfertur; ſed portio deficiens omnibus coniunctis accreſcet: *Quia*, inquit, *non tam coniunxiſſe, quàm celerius dixiſſe videatur*. Hoc eſt; licet videatur teſtator hæredes coniunxiſſe Caium, & Mæuiũ, cum dixit, *Caius, & Mæuius ex æquis partibus hæredes ſunto*, quoniam ſyllaba, &, coniunctionem facit, & ſic videantur illi verbis coniuncti, ac proinde, ſi alterius portio deficiat, alteri ſoli accreſcere debere; quoniam verbis coniunctus potior eſt, ac præfertur, re coniuncto, tamẽ non præfertur; quia non ea fuit teſtatoris voluntas, vt eos coniungeret, ſed vt ſeparatim inſtitueret, hoc modo: Titius hæres eſto, Caius hæres eſto, Mæuius hæres eſto, breuitatis autem cauſa celerius dixit; Caius, & Mæuius ex æquis partibus hæredes ſunto.

Ad textum autem Iaboleni reſpondeo, rationem ibi adferri a Iuriſconſulto, quare portio deficiens omnibus accreſcat; quia ſcilicet, *ſeparatim et partes fundi, & totus fundus legatus ſit*, quaſi dicat non eſſe hic quærendum, an vnus ex coniunctis, nempe, verbis coniunctus, alijs potior eſſe debeat: licet enim coniuncti verbis dicantur, quibus eadem res relinquitur pro æquis portionibus; tamen id intelligitur cum in eadem oratione fit, non in diuerſa, ideſt, cum coniunctim id fit, non ſeparatim, quare cum *ſeparatim & partes fundi, & totus fundus legatus ſit*, verbalis coniunctio ceſſare debet, ideoque pars decedentis omnibus accreſcit pro portionibus hæreditarijs, quia vnus alio magis coniunctus non eſt.

His breuem, & vt arbitror, perſpicuam ac ſolidam obſcuræ, ac difficilis controuerſiæ explicationem habes, quæ mihi non paruo labore conſtat.

CAPVT XCIX.

Quæ ſit ſententia l. mulieri, & Titio, ff. de condit. & demonſtrat.

PApiniani verba hæc ſunt: *Mulieri & Titio vſusfructus, ſi non nupſerit mulier, relictus eſt. Si mulier nupſerit: quamdiu Titius viuet, & in eodem ſtatu erit partem vſusfructus habebit. Tantum enim beneficio legis ex legato mulieri conceſſum eſſe intelligendum eſt, quãtum haberet ſi conditioni paruiſſet. Nec ſi Titius, qui conditione defectus eſt, legatum repudiet, ea res mulieri proderit.*

Malè generalem ex hoc loco Bartolus infert concluſionem; ceſſare ius accreſcendi, quoties portio legati ex iure quodam ſpeciali acquiritur contra voluntatem teſtatoris, ſicut hic mulier partem ſuam vſusfructus habet, licet non paruerit voluntati teſtatoris ex quodam iure ſpeciali; quia videlicet illa conditio *ſi non nupſerit*, non valet. Malè, inquam, Generalis Regula hinc ſtatuitur, ſicut oſtendit Alciatus lib 6. Paradoxorum, cap. 8. & ſanè nihil eſt periculoſius, quàm ex vno caſu, qui ſuas habet circumſtantias, & rationes, Regulam Generalem conſtituere.

Quod verò attinet ad ipſam legis ſententiam, non idem omnes ſentiunt, vt videre licet ex Socino ſeniore in Commentarijs eius loci. Ripa ad l. re coniuncti, numer. 145 de leg. 3. Cagnolo ad l. vnicam, C. quando non petentium partes, nu. 68. Vaſquio de Succeſſionum creatione, lib. 1. §. 10. num. 130. Duareno de iure accreſcendi, lib. 2. cap. vlt.

Ac ſanè de duobus eſt controuerſia. Vnum eſt, an Papiniani hæc ſit ſententia, vt Titius ſuam obtineat portionem dum vixerit, & in eodem ſtatu manſerit. Alterum, an Titio mortuo, vel capite minuto, portio ipſius mulieri accreſcat. Quod attinet ad primum, Duarenus grauiter deceptus eſt; exiſtimauit enim Titium quoque ſuam legati partem obtinere, contra l. 1. C. de indicta vi-

A duitate tollenda, vbi Imperator Gordianus ita ſcribit: *Legatum alij ſub conditione ſic relictum, ſi uxor nuptui ſe poſt mortem mariti non collocauerit, contractis nuptijs conditione deficit, ideoque peti legatum nequaquam poteſt.*

Et hoc eſt quod Papinianus dicit; Titium conditione defectum, nil prodeſſe mulieri, licet repudiauerit legatũ nam ei non debetur, & ideo repudiatione ſua mulieri non prodeſt, vt totum habeat.

Quod verò attinet ad alterum, exiſtimo Socinum falli, docentem. Titio mortuo vel capite minuto, eius portionem mulieri accreſcere, argumento ex illis verbis ſumpto a contrario ſenſu; *Quamdiu Titius viuet, & in eodem ſtatu erit*, igitur eo mortuo, vel capite minuto, totum mulier habebit: Fallitur, inquam, niſi ego cum Duareno fallor, quoniam textus dicit, mulierem plus conſequi non poſſe nubendo, & ſic conditioni non parendo, quam conſecuta eſſet, ſi conditioni paruiſſet; & ſic nequam nupſiſſet. Tunc enim dimidiam tãtum vſusfructus habuiſſet, quia Titius ſuam quoque legati por-
B tionem obtinuiſſet.

Quod autem Papinianus ait, *Quamdiu Titius viuet, & in eodem ſtatu erit*, non eo pertinet, vt eo mortuo, vel capite minuto, totum legatum mulier habeat; quia ſtatim Iuriſconſultus docuit, plus eam habere non poſſe, quàm habuiſſet, ſi conditioni paruiſſet; ſed eò ſpectat, vt intelligamus, viuente Titio, & in eodem ſtatu manente, rationem dubitandi fuiſſe, vtrum mulier totum haberet vſumfructum, dimidiam videlicet ex ſua perſona, & dimidiam ex perſona Titij, quia cum Titius conditione defectus nihil poſſet petere, dicendum uidebatur, ob eam cauſam mulierem totum petere poſſe, vt ſcilicet ipſa in locum Titij ſubſtituta (erat enim ei coniuncta) quodammodo uideretur; ita vt ſaltem quoad Titius viueret, idem iuris haberet, quod Titius, ſi non fuiſſet conditione defectus, haberet. Cæterum quia conditioni non paruit, ut dictum eſt, Papinianus reſpondit, non poſſe eam plus habere. Quod ſi mortuus eſſet
C Titius, vel capite minutus, non erat illa ratio pro muliere: quia morte, vel capitis diminutione conſtat vſumfructum finiri, § finitur, in Inſtit. de vſuſruct. Sicut ergo, ſi Titio pars vſusfructus deberetur, illa deficeret, & ad proprietatem rediret eo mortuo, vel capite minuto, ita nullo modo dubitandum videbatur, quin ſi Titius iam conditione defectus moreretur, vel capite minueretur, mulier prorſus excluſa foret, vſuſructu ſcilicet tunc finito, & ad proprietatem reuertente. Atque ego ſic exiſtimo, nec huius me ſententiæ pœnitet.

CAPVT C.

Vtrum fideicommiſſa, & alienationis prohibitio extendantur vltra quartum, vel decimum gradum. Item vltra centum annos.

D COronidis loco huius centuriæ, ac libri inſignem tractabo controuerſiam: Vtrum extendatur fideicommiſſum, alienandique prohibitio vltra quartum gradum, qua de re extat Iuſtiniani Nouella 159. de reſtitutione fideicommiſſi. Variæ ſunt atque diſſidentes interpretum ſententiæ. Vna eſt eorum, qui ſimpliciter dicunt, non extendi. Ita Angelus, in Auth. de reſtitutione fideicommiſſi, nu. 4. Ioannes Bertachinus in ſuo Repertorio, in verbo, *Alienatio*, verſ. 20. Decius in conſ. 321. nu. 1. Bartholomæus Socinus in conſ. 42. num. 11. lib. 3. Iaſ. ad l. vlt. num. 5. C. de hæred. inſtit. Ioannes Crotus in repet. l. filiusfamilias, §. diui, nu. 174. de leg. 1. Alciatus Ibid. nu. 52 Nicolaus Valla variarum, quæſt. cap. 3. Bartholomæus Romuleus de Teſtatorum præceptis, num. 181. Franciſcus Hottomanus in conſil. 61. numer. 12. & ſequentibus.

Secunda eſt ſententia, regulariter quidem vltra quartum gradum non extendi, ſed hoc non habere locum, ſi

A teſtator illam adieceerit rationem prohibitioni alienationis;quia voluit bona ſua ad ſuos deſcendentes perpetuo peruenire. Ita omnium primus docuit Iaco. Beluiſius in d. Nouell. de reſtitutione fideicommiſſi,& ſequitur Bar. ibi,num.3. Alex.in conſi. 56.nu.1.lib.1.& in conſ. 19.nu. 4.lib.3. Dec.in conſi.481.nu.9.conſil.516.nu.16.conſil. 635.nu. 8. Iaſ. ad l.filiusfam. §. Diui,in prima lect.num. 113.& in 2.lect.nu.155.de leg 1. Ruin.in conſ. 125. numer.17.lib.2.& in conſi.124.num.1.eod. Curtius iunior in conſil.88.num.2. D.meus Cephalus in conſil.114 nu. 35.conſi.137.num.38.

B Tertia eſt ſententia,non eſſe diſcrimen ſtatuendum, vtrum teſtator vſus fuerit verbo *familia* an verbo *deſcendentium*,ſed fundamentum eſſe ponẽdum in verbis,quibus teſtator dixit ſe velle, vt bona ſua *perpetuo* in familia conſeruarentur;tunc enim prohibitio alienationis ac fideicommiſſum vltra quartum gradum porrigitur. Ita Ripa ad l. filiusfam. §. Diui,num 112 de leg.1. Soc.iun.in conſ.81.nu 23.lib.1. Pariſius in conſ.88 nu.23.lib.2.

Quarta eſt ſententia;Nouellam Iuſtiniani prohibitionem reſtringere ad quartum gradũ, etiam ſi teſtator voluerit bona ſua perpetuo conſeruari in familia,ſed tamẽ ſeruandam non eſſe d. Nouellam,quoties ex coniecturis percipere poſſumus, teſtatorem voluiſſe eam prohibitionem perpetuam eſſe, & maximè ex moribus regionis. Ita Didacus Couuar.lib.3.variar.reſol.c.5.poſt numer.4. verſ.verum Iuſtiniani. Et ab hac ſententia non videtur multum diſſentire Mantica,de coniect.vlt.volunt.lib. 8 ti.2.nu.22.dum ait ſe ſubſiſtere,nec temerè a cõi Doctorum interpretatione vſu recepta recedendum eſſe, quoniam nec leges ipſæ alia ex cauſa nos tenent,quàm quòd iudicio populi receptæ ſunt;& leges ipſæ firmantur,cum moribus vtentium approbantur.

C Poſtrema eſt ſententia Iacobi Cuiacij in expoſitione d.Nouellæ 159. *Generaliter* (vtor eius verbis) *ex ea Nouella conſtituendum eſſe, prohibita alienatione extra familiam, & ex ea cauſa vocatis ijs,qui ſunt ex ea familia iure fideicommiſſi,fideicommiſſariam ſubſtitutionem non extẽdi vltra quartum gradum, videlicet, ſi extraneus extiterit heres per medium impuberem,vt mater per abnepotem in pupillari ætate decedẽtem in propoſita ſpecie, quæ eſt ſumma Nouellæ, non temerè extendenda ad omnes ſpecies Nã etiam ſi priora,quæ dixi,detrahas,non eſt tamen detrahenda hæc adiectio Si per medium impuberem extraneus extiterit heres, quæ non magnam rationẽ habet;nam ius ita eſt,vt liceat in infinitum ſubſtituere. Et videtur hæc Nouella ex earum numero eſſe,quas Hermanopolus Tribonianum compoſuiſſe narrat,obſcurè & ambigue pecunia corruptum; vt & Nouella 2.& 106.& recantata plerçque.* Hactenus Cuiacius.

D Hæ ſunt aliorum ſententiæ. Vt autem quid ſtatuendum ſit,quæ nam potior ſit,& eligenda ex dictis ſententijs interpretatio ſit, intelligatur, operæprecium duxi ipſius Nouellæ uerba hic apponere: etſi enim prolixa ſit erit tamen valde commodum lectori,habere ante oculos ipſa verba legis,ex quibus quæ ſit reijcienda,quæ probanda ſententia facilius intelligat. Apponam autem Nouellam ſecutus Haloandri translationem, quoniam Iuliani translatio multos continere dicitur errores, & intricata & obſcura eſſe.

Imperator Iuſtinianus,&c. Tantum nobis benignitatis adeſt,ut ne priuatas quidem cauſas,quæ iudicium nobis inquiſitionem ſuperare videntur,legibus noſtris definire indignum putemus;ne ſi quando priuata cauſa audientiam in iudicium deferri ſolitam excedat, longa mora eos, qui in iure controuerſo hærent,atterat. Aliquot tes igitur glorioſiſs. vir Alexand. ad nos retulit, glorioſæ memoriæ patrem ſuũ Hierium, cum teſtamẽti tabulas conſcriberet, hiſce verbis vſum eſſe;volo & iubeo, vt hæredes mei,Conſtantinus,quidem clariſſimus vir deputatam ſibi domum cum omnibus (vt præſcriptum eſt) cohærentibus illis iuribus,& Suburbiũ in Coparijs appellatum. Item cum omnibus (vt præſcriptũ eſt) iuribus ad ipſum pertinentibus, & domum Antiochiæ

A *ſitam emptã ab Ammiano: Anthemius verò dulciſſimus ſuburbium in Blachernis dictum,redẽptum a glorioſæ memoriæ viris Eugenio & Iuliano,& ſuburbium in promontorio ſinus Soſtheny, quod olim in dominio Ardabury glorioſæ memoriæ fuit: Callipius autem clariſſimus vir ſuburbium Bitharium ſiue Philothei nuncupatum & Alexander clariſſimus vir ſuburbium in Venetis,neque per venditionem,neque donationem, neque permutationẽ,neque quocunque tandem titulo in alium transferant,reijciantve,aut eam domum,ſeu præſcripta quinque ſuburbia,a meo nomine & mea familia alienent: ſed ſi quidem (quod Deus faxit) naſcantur filij,& relictis poſt ſe filijs aut nepotibus,ſiue*

B *legitimis,ſiue etiam naturalibus,moriantur: vt pro ſe quiſque deputatum ſibi ſuburbium, aut domos tam in hac regia vrbe,quam Antiochiæ poſitas,filijs ac nepotibus legitimis,aut etiam naturalibus ſuis relinquant. Perſuaſum etenim habeo, quod neque naturalibus liberis ac nepotibus diſpoſitionem,voluntatemq́ hanc meam negligent. Si vero in vniuerſum omnes,aut aliqui,aut vnus ex ijs (quod abominor) ſine liberis decedat,volo & iubeo,vt qui liberis orbi aut orbus mortem obierit, ſuperſtitibus aut ſuperſtitis ex ipſis fratri præſcriptas domos, tam quæ in hac vrbe, quam quæ Antiochiæ eſt,& item prius declarata quinque ſuburbia cum omnibus eorũ iuribus, & omnibus denique rebus, & perſonis,quæ ijs continentur,citra vllam exceptionẽ reſtituat; ceſſante videlicet inter eos fideicommiſſorum ſeu legatorum ſeruandorum cauſa,ſatiſdatione. Volo etenim ac iubeo, ne quiſquam ab alio huius generis ſatiſdationem expetat: ijs vel eo, qui præter paternam & pietatis erga ipſos pleniſſimam intentionem meam a fratribus ſuis ſatiſdationẽ in rebus abalienari prohibitis expetere pertentauerint, vel pertentauerit: omni modo eius fideicommiſſi amiſſionem ſuſtinentibus uel ſuſtinente. Atque hæc quidem ipſum pertuliſſe in teſtamento; conſcripſiſſe autem & codicillum, in quo talibus propemodum verbis vſus ſit: Manifeſtum planè facio, quòd pridem teſtamẽtum per ſcripturam fecerim, & quæ in eo conſcripta ſunt,ex animi mei ſententia compo-*

C *ſuerim: voloq́, ac iubeo,vt omnia,quæ eo in teſtamento continentur omni modo firmitatem obtineant: his ſolis exceptis, per quæ forte in hoc meo codicillo,vel aliquid mutauero,vel relicta alicui legata ademero Volo igitur ac iubeo,vt ſuburbium illud meum, quod Coparia appellãt,quod in propoſito teſtamento magnificentiſſimo filio meo Conſtantino reliqui,detur,& pleno proprietatis atque poſſeſſionis iure ad clariſſ. pariter & generoſiſſ. nepotem meum Conſtantini magnificentiſſ filij mei filium Hierium, ſimul vniuerſum pertineat, cum omnibus prætorijs, quæ in eo ſunt,& omnib. ſcalis, & quæ vel intra vrbem, vel extra urbem propenſione elocantur,ædibus atque officinis,& balneo & hortis tam intra quàm extra muros exiſtentibus,& hippodromo, neq́ non horto,qui in ipſo eſt, & ciſterna,atque omni denique iure, quod vllo modo in eo mihi ſuburbio competit. Id ipſum vero ſuburbium tunc demũ, prædicto præclariſſ. nepoti meo Hierio dari volo, cum primum poſt meam in orterm patris ſui poteſtate ſolutus, per emancipationem ſui iuris factus*

D *erit; nulla licentia eidem generoſiſſ nepoti meo concedenda, vt præfinitum rei terminum excedat, aut ijs qui vel ex hoc meo,vel eiuſdem clariſſimi nepotis teſtamento in eadem iura ſucceſſerint: ut idem ſuburbium, vel partem eius aliquã, vel ius diuendant, permutent ve aut alicui donent. aut quocũque modo denique ab alienent: propterea quod hoc ipſum ſuburbium, & ædes ſitum ſitas ve intra portam magnificam, quà ita ducit ad ſacroſanctum mart yrium ſanctæ Teclæ,per omnia et perpetuo velim permanere in familia mea neque vnquã de meo nomine egredi Volo autem & iubeo,ſi quidẽ eueniat, ut generoſiſſ.nepos meus Hierius, vel intra pubertatem,vel ẽt poſt pubertatem,ſine liberis tamen legitimo matrimonio procreatis,moriatur, ut eius ſuburbij, ſiue ædium poſſeſſio,ſimul & proprietas perueniat et deferatur aut reſtituatur magnificentiſſ. patri eius Conſtantino ſub eadẽ conditione, ne vnquam de familia mea meoq́, nomine ab alienentur. His ita confectis ipſum quidem a rebus hu-*

manis

manis abiſſe. Hierium verò glorioſę memorię domum quidem Theopoli ſitam, qua ſucceſſione paterna ad ipſum peruenerat alijs perſonis vendidiſſe; ipſam autem domum, quę in hac alma vrbe eſt, & inſuper ſuburbium, quod illi Codicillo datum erat, in quibus omnibus interdicta fuerat alienatio, ad Conſtantem glorioſę memorię filium ſuum tranſmiſiſſe, illumq́; rurſus prægnante vxore relicta vitam finiuſſe; ſcripto prius teſtamento, in quo diſpoſuerit, vt ſi puer vel natus non eſſet, vel natus ante pubertatem mortuus eſſet, tã glorioſiſſima eius mater Maria, quam inclyta etiam vxor eius altera Maria ad ſucceſſionem eius vocarentur. Poſtea verò quàm nata filia in ipſa infantia, & tenerã adhuc ætatem agens humanis rebus exceſſit, cum reliquam ſubſtantiæ partem, tum etiam domum in ampla hac vrbe, & inſuper ſuburbium, quod expreſſis verbis Hierio glorioſę memorię in codicillis relictum fuit, ad inclytas mulieres deuoluta eſſe; meritoq́; tam ex teſtamento, quam ex verbis codicilli domum iuxta & ſuburbium vindicandi ſibi locum datum, vtpote qui ſolus hoc tempore ex Hierij glorioſę memorię liberis ſuperſtes permanſerit, & primum gradum in nomine familiæ obtineat. Verum qui pro Maria & Maria glorioſiſſ. fœminis faciebant verba, ij aiebant, neque teſtamenti verbis vllum locum factum eſſe. Neque enim Cõſtãtem glorioſę memorię, abſque liberis ex rebus humanis abiiſſe, vt vtrarumq́; adituum reſtitutioni locus ſit. Sed neque ſuburbij nomine rite ſecundumq́; leges Alexandrum glorioſiſſimum virum haſce adoriri: cum & ipſe ſuburbiũ, quod ipſi relictum fuerat, in quo communis pater æquè vt in cæteris alienationem illi prohibuit, vſque id tempus alienauerit; ſed & alios fratres idem hoc feciſſe. Et leges noſtras ſi quidem omnes ordine, in quibus huiuſmodi aliquid definitum ſit, defuncti voluntatem tranſgrediantur: ex æquo omnib. reſtitutionem adimere: ne ſi viciſſim alter alterum mutua petitione in ius vocent, multis in vna cauſa ſubdantur iudicijs, legeſq́; de hoc propoſitas nobis reuocarunt in memoriã. Alexander autem glorioſiſſimè rectè ſe actionem intentare aiebat, & maximè de vtriſq́; ædibus; defunctum enim ſatis manifeſtè ſuam in codicillis ſententiam de his rebus declaraſſe, cum res familiæ conſeruari voluerit, ſed multò illuſtrioribus rationibus ſe niti in ſuburbio. Neque enim rectè illas ſibi alienationem exprobrare, cui ex imperiali iuſſione hoc facere indultum fuit. Ac prolixis in ea cauſa diſputationibus vtraque pars vſa eſt, nunc teſtatoris interpretando voluntatem, nunc noſtras vſurpando leges, quas in rẽ quaque ſuam facere arbitrabatur. Nos igitur cum & legum, & teſtamenti interpretationem perſpectam haberemus: nõ nuda ſententia, ſed lege eius cauſę deciſionem complectendã duximus, ſimul vt præſentem dirimeremus controuerſiam, ſimul vt cæteris mouendæ de his contentionis cauſam præriperemus. Vnde ſubtilius pariter & exactius teſtamenti verbis innixi, deprehendimus ipſis quidem filijs hæreditatem capeſcentibus alienationem interdictam ſi ſine liberis vita functi eſſent; non alterius vero his etiam, qui eis ſuccederent: ſed contentum fuiſſe defunctum, ſi inter filios duntaxat alienationis interdictum conſtitueret; neque enim ſi & ipſi relictis filijs decederent, maiore ipſum cura perquiſiuiſſe, cui aut quomodo res relinquerentur: nec voluiſſe alienationis interdictum vltra filiorum vitam extendere. Enimvero codicillũ, qui de ſuburbio duntaxat factus fuit, interdixiſſe ijs etiam, qui ex teſtamenti glorioſę memorię Hierij (de iuniore loquimur) res per ſucceſſionem cepiſſent, ne ſuburbium alienarent, & quod conſequenter inducitur, in his quoque defunctum voluiſſe, vt id quoque perpetuò in familia permaneret. Et quidem quæ in controuerſiam deducta ſunt, eiuſmodi fuerunt. Nos vero cum totam cauſam cum diligentia, qua decet, penitius intueremur, in alijs quidem rebus, quarum ſanè Conſtantinus glorioſę memorię, Hierij ſenioris filius, ex paternis teſtamẽti tabulis dominus factus fuit, præclarè nullam quæſtionem excitandam rati ſumus, arcendumq́; in his actione non ſolum Alexandrum glorioſiſſ. virum, ſed etiam omnem reliquam familiam: cum & teſtamenti verba prohibitionem inter ſolos conſti-

A *tuant filios: & ipſi glorioſę memorię, Hierij filij, per quos qui poſt eos illius familię portio extiterunt, Hierij ſibi iura vindicant, nonnullas apud ſe conſtitutas res alienauerint, perinde quaſi ex vna voluntate ſubſtitutionem interdixerit. Quod autem ad ſuburbium attinet, cuius dominum codicillus oſtendit eſſe glorioſę memorię Hierium, pręter modum ſcrupuloſa nobis diligentia plenum viſum eſt, ſi poſt quatuor demum generationes huiuſmodi quęſtionem produceremus in medium. Nunc certè cum Maria & Maria glorioſiſſ. fœminę etiamnum ſuperſint, quę alicubi & ipſas noſtrę leges in familiam reponunt, vt quę ſponſas quoque hac appellatione dignentur: neque rectè, neque ordine Alexander glorioſiſſ. vir litem a ſe pręſentem inſtituit. Quia vt maxime hę deceſſiſſent: tamen quod quatuor iã generationes pręteriiſſe viderentur, haud ſuſtineremus tam abſoletam cauſam denuò tradi iudicijs, & maximè cum Conſtantis filia in pupillari adhuc ętate vitam finierit. Vnde tametſi teſtamentum ille non confeciſſet: ſuburbium tamen ad matrem eius perueniſſet non ipſa pupilla, ſed ipſa* B *quodammodo lege horum cauſa exiſtente: quamuis nemo ſucceſſorum glorioſę memorię Hierij circa voluntatem eius deliquiſſet; licet enim Conſtans cum teſtamenti tabulas cõſcriberet ſubſtitutiones quaſdam fecerit, filia intra pubertatem mortua: nihil tamen inde excellens introducitur: cum & ipſa lex pupillę ſubſtantiã matri, quaſi ea ſine teſtamenti tabulis deceſſiſſet, per ſe prębitura eſſet. Sancimus igitur vt neque glorioſiſſ. vir Alexander, aut eius filij, neque reliqui ſenioris Hierij glorioſę memorię liberi, neque alius quiſquam omnium, qui genus ſuum in eorum familiam referunt, vel Mariam & Mariam glorioſiſſ. fœminas occaſione rerum apud ipſas conſiſtentium, vel alios, apud quos aut hoc tempore res exiſtant, aut ad quos ſequente tempore peruenturę ſint, in quibus alienationem forte Hierius glorioſę memorię prohibuit, adoriantur iudicio, aut omnino mentionem de cętero prohibitionis & familię nominis faciant, & aliquod ſibi exinde ius adquirant: vtpote, cum & alij Hierij glorioſę memorię filij res ſuas abalienauerint, & reliquo-* C *rum quodãmodo alienationibus conſenſerint, ac per per eas, neque non alias, quas prędiximus, rationes, quę ad huiuſmodi iudicationem & legiſlationem abundè nobis ſufficiũt ſibi pariter et ſucceſſoribus ſuis, actiones quę ipſis potuiſſent competere, ſuſtulerint.*

Atque hęc non tantum pręſentis cauſę deciſio eſto, ſed & reliquarum in quibus huiuſmodi prohibitione facta, tot ſucceſſiones pręterirent, & vltimus hęredum, per interuenientem aliquem in medio impuberem hęreditatem capeſſat.

Hactenus Nouella.

Iam igitur poſitis ante oculos verbis Nouellæ, breuiter diſpiciamus, quæ ſit ex iam relatis ſententia probabilior. Atque in primis apparet, priorem ſententiam recipiendam non eſſe, quæ habet fideicommiſſum & prohibitionem alienationis ſimpliciter & abſolutè ad quartũ gradum reſtringendam, & illum excedere nõ poſſe. Cõfutatur hæc ſententia ex Nouellę verbis, ex quibus duo D colligere licet. Primum, Imperatorem quidem innuere vltra quartam generationem extẽdendam non eſſe prohibitionem, ſed tamen non hoc abſolutè docere: nec ea ratione duntaxat niti eius deciſionem ac legem. Id patet ex verbis deciſionis poſitis in ipſa concluſione, quæ maximè ſpectanda mihi videtur, illis, inquam, verbis: *Vtpote cum & alij Hierij glorioſę memorię filij res ſuas abalienauerint, & reliquorum quodammodo alienationibus conſenſerint, ac per eas, neque non alias, quas prędiximus rationes, quę ad huiuſmodi iudicationem & legiſlationem abundè nobis ſufficiunt*, &c.

Ex quibus verbis patet, non vnam hanc rationem de prohibitione non extendenda vltra quartum gradũ Imperatorem mouiſſe, ſed etiam alias. Quod ſi hęc ratio ſola ſufficeret, atque ea eſſet mens ac intentio Iuſtiniani, vt nullum fideicommiſſum, nulla prohibitio quartum excederet gradum, cur non id dixiſſet? Cur alias rationes adduxiſſet?

Alterű, quod ex Nouella colligitur, illud eſt, Iuſtinianum poſtquam cauſa deciſa legem propoſuit generalem ad alias ſimiles cauſas pertinentem, non abſolutè hoc dixiſſe ac ſtatuiſſe, atque generalē legē propoſuiſſe, vt nullum fideicommiſſum a teſtatore ordinatű, nulla alienationis prohibitio quartum gradum excedere poſſit; ſed deciſionem ſuam Imperator extendit ad alias cauſas, in quibus huiuſmodi prohibitio facta ſit, & tot ſucceſſiones prætererint, & vltimus hęredum per interuenientē aliquem in medio impuberem hęreditatem capeſſat. Sic enim ait Imperator; *Atque hæc non tantum pręſentis cauſæ deciſio eſto, ſed & reliquarum, in quibus huiuſmodi prohibitione facta tot ſucceſſiones pręterierint, & vltimus hęredum per interuenientem aliquem in medio impuberem hęreditatem, capeſſat*, &c.

Si igitur in alijs caſibus nō proponatur eiuſmodi prohibitio, & eædem ac ſimiles facti circumſtātiæ, non erit idem iuris ſtatuendum, ac proinde non ſimpliciter & abſolutè ſtatuendum erit, fideicommiſſum, & prohibitionem extendi non poſſe vltra quartum gradum; quia Imperator eam legem ſtatuens requirit concurſum aliarű circumſtantiarum.

Et licet Rubrica ſeu Titulus Nouellæ generaliter ita dicat: *Vt reſtitutiones fideicommiſſi vſque ad vnum gradū conſiſtant, vel ſecundum Iuliani tranſlationem: De reſtitutione fideicommiſſi, & nomine familiæ, quod vſque ad quartum gradum locum habet*, &c. Nihilominus ego magis inhærendum puto verbis legis, & præſertim iis, quæ diſponunt, ac nobis præcipiunt, quæ in futurum ſeruanda ſint; quoniam generalis Rubrica ſiue Titulus ex lege ipſa, quæ ſequitur, declarari debet. Vt ecce Titulus generalis eſt: *Negotiatores ne militent*. C. lib. 12. & tamen generalis illa prohibitio multis modis a lege reſtringitur, vt ibi patet, & declarat Alciatus, alia id genus argumenta proferens, lib. 2. Paradoxorum, c. 18. Dixeritne aliquis cōtra legem ſpecialiter declarantem verbis generalibus tituli adhærendum eſſe?

Secundo, ex Nouellæ verbis euincitur, reſpiciendam non eſſe ſecundam ſententiam, nempe prohibitionē vltra quartum gradum extendi, cum teſtator illam adijcit rationem. *Quia volui bona ſua ad ſuos deſcendentes perpetuo peruenire*. Nam ut illud omittam, quod cæteri ante me dixerunt, non eſſe aliquod diſcrimen, quantum ad rem, qua de agitur inter *familiam, & deſcendentes*; nonne patet ex facti ſpecie, de qua loquitur Nouella teſtatorem vſum eſſe verbis ſignificantibus ſuam eſſe voluntatem, vt perpetuo bona in familia permanerent? id patet ex illis verbis: *Propterea quod hoc ipſum ſuburbium, & ędes ſitum ſitasve intra portam muri ſuculnei, quia via ducis ad ſacroſanctum martyreum ſanctę Teclæ per omnia ac perpetuo velim permanere in familia mea, neque vnquā de nomine meo egredi*. Et tamen vltra quartum gradum non extendi ſtatuit Imperator accedentibus alijs circunſtantijs, vt dictum eſt. Quamobtem diſtinctio illa, ac generalis doctrina extendi vltra quartum gradum volens prohibitionem ob dicta verba, manifeſtè repugnat verbis Nouellæ, atque ideo recipienda non eſt.

Quod ſi ex verbis Nouellæ refellitur prædicta ſententia ac interpretatio, multo magis refelli debet tertia illa ſententia, quæ ita fundamētum poſuit in verbo *perpetuo* vt propterea velit etiam vltra quartum gradum extendi fideicommiſſum ac prohibitionem. Perſpicuum enim eſt nullam eſſe rationem habendam eorum verborum, quibus teſtator declarauit ſe velle, vt ſua bona perpetuò in familia permanerent. Etenim dictis verbis vſus erat teſtator in ſpecie Iuſtiniano propoſita, & tamen ad quartum gradum prohibitionem & fideicommiſſum reſtrinxit, ut iam patet.

Quod autem quarta docet ſententia, non eſſe ſeruandam hanc Nouellam, vbi conſtiterit teſtatorem voluiſſe, vt bona perpetuo in familia ſeruarentur, & prohibitionē eſſe perpetuam, maximè ex moribus regionis, nequaquam nobis ſatisfacere poteſt; quia leges ſeruandas

A putamus poſtquam latæ ſunt, & ſecundum illas iudicandum dicimus, ut in c. 3. diſt. 4. ex D. Auguſtino habetur. Quod ſi lex municipalis, vel iuſta regionis conſuetudo eam legem abrogauerit, tunc ſeruanda erit iuxta ea, quæ traduntur in l. de quibus, ff. de legib. in c. vlt. de conſuetudine, & in l. omnes populi, ff. de iuſt. & iure.

Vnus ergo, vt tandem concludam, Iac. Cuiacius, quē ſupra retuli, in poſtrema ſententia videtur mihi propius ad veritatem acceſſiſſe: idem enim docuit, quod lex ipſa, vt ex collatione verborum vtriuſque facilè intelligetur. Sic igitur ſtatuo, ſi omnes circunſtantiæ, quæ propoſitā Imperatori ſpeciem comitantur, alienationis prohibitioni ac fideicommiſſo, quæ nobis proponentur ad decidēdum fuerint adiunctæ, tunc rectè ac ordine facturum eum, qui ad quartum generationis gradum alienādi prohibitionem ac fideicommiſſum reſtrinxerit. His ceſſantibus, antiquis legibus, quę de fideicommiſſis, ac prohibitionibus loquuntur, nec ea ſic reſtringunt, acquieſcendum putamus.

B Solet etiam dici, fideicommiſſa tempus centum annorum excedere non poſſe: neque decimum gradum inter agnatos, ſiue cognatos, quæ an ſint recipienda, diſpiciamus. Quod de centum annis dixi, affirmauit Cec. in conſil. 378 circa fin. & ſecutus eſt D. meus Cephalus in conſil. 268. num. 25. lib. 2. Sed non rectè, quod ante me notauit Mannca de coniect. vlt. volunt. lib. 8. ti. 2. nu. 23. Fundamentum enim illius ſententiæ primum eſt in d. Nouella de reſtit. fideicommiſſ. de qua multa diximus, vbi certè nullum verbum inuenias hac de temporis pręfinitione centum annorum.

Secundo eſt in eo poſitum, quod legatum annuum, centum annorum ſpatio extinguatur, vt no. Bar. ad l. annua, § vlt. ff. de annuis legat. Sed iure non probatur hæc ſententia, pręterquam in legato vſusfructus ciuitati relicto, vt in l. ſi vſusfructus, ff. de vſu & vſufr. legato. Et denique conſtat, in infinitum olim licuiſſe ſubſtitutiones fideicommiſſarias facere, ex l. penul. §. inſtituto, de leg. 2.

C Quod vero adiunxi de decimo gradu ex Petri Ancharani reſponſo 95. aſſirmauit Dec. in conſil. 321. nu. 2. non rectè, ut viſum etiam eſt Didaco Couuar. lib. 3. variar. reſol. c. 5. poſt num. 4 verſ. *Quinto hinc*, vbi dicit, eorum reſponſa minimè eſſe obſeruanda, æquiſſimè defendi poſſe, inſpecta teſtatoris voluntate, ſimul & conſiderata cōmuni horum fideicommiſſorum interpretatione. Fundamentű enim eorum eſt, quoniam vſque ad decimum gradum tantum eſt ſucceſſio inteſtati agnatorum, vt in §. vlt. in Inſtit. de legitima ſucceſſio. cognator. Et ideo ad hunc vſque gradum moderanda eſſe videtur teſtatoris ſubſtitutio proximiorum ſeu agnatorum. Sed non rectè hoc infertur: primò, quia teſtatoris fideicommiſſa, vel in infinitum ſe extendunt, ſi leges antiquas ſpectes, teſtatore ita iubente, vt dictum eſt; vel vſque ad quartum gradum duntaxat porriguntur ſecundum Nouellam ſupradictam. Secundo quia, alia eſt ratio ſucceſſionis teſtati, alia inteſtati. Nam inteſtatorum bona nullis exiſtentibus co-

D gnatis ad fiſcum pertinent, ſi nec vir exiſtat, nec vxor. l. 1. C. vnde vir & uxor; & ſic ad extraneos peruenire non poſſunt, quoniam illis fiſcus præfertur. Cæterum in ſucceſſione teſtati alia eſt ratio; quia ad eos bona perueniūt ad quos peruenire voluit teſtator, & ideo cum ad omnes in infinitum peruenire vult agnatos non debet aliquis excludi quocunque gradu defunctum contingat: quoniam nec extraneus excluderetur, ſi extraneum teſtator ſubſtitueret.

⁖

AN-

ANDREÆ FACHINEI

I. C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS

LIBER QVINTVS.

CAPVT PRIMVM.

Defenſio c. Rainucius, de Teſtamentis, aduerſus Franciſci Hotomani hæretici obiectiones.

FRANCISCVS Hotomanus, natione Gallus, profeſſione Iuriſconſultus, ac eruditus vir, de iuriſprudentia, deq; omni re literaria bene meritus dici poſſet, niſi hæretica prauitate imbutus, aliquam ſcriptorum ſuorum partẽ hæreſis veneno aſperſiſſet; ac proinde (id quod hçreticis omnibus commune eſt) omnem occaſionem aduerſus ſacros Canones ac Rom. Pontificem ſcribendi perperam quæſiuiſſet, ac inter alia eius ſcripta diſputatio extat contra Innoc. III. deciſionem poſitam in c. Rainucius, de Teſtamentis. qua demonſtrare conatus eſt, Summum illum Pont. contra iuris regulas peccaſſe, multaq; noua, & iuri repugnantia ſtatuiſſe. Ego verò operæpretium duxi, nec ab inſtituto hoc meo alienum, eius argumenta refellere; quãquam ſacri Canones per ſe iuſtiſſimi alicuius patrocinio, & defenſione non egeant. Erit igitur hæc mihi controuerſia cum Hotomano. Negat ipſe Pont. Max. rectè ac iuri conuenienter reſpondiſſe; Ego autem affirmo atque contendo contrarium.

Argumenta Hotomani ſunt iſta: Primum, Sum. Põt. hoc vult in eo reſponſo, vt ex bonis filiæ, quę reſtitutioni obnoxia ſunt, mater & auia paterna ſuas tertias detrahere poſſint, hoc eſt, legitimas: ſed hoc eſt abſurdum, & cõtra leges pugnat. Ergo reſponſum illud defendi non poteſt, & abſurda continet.

Maior propoſitio probatur ex illis verbis textus: *Cum autem coram G. Diacono Cardinali auditore à nobis conceſſo fuiſſet diutius litigatum ipſe de mandato noſtro ſententiam ſupradictis iudicis, videlicet in eo, quod dixit tertiam Clerę, & tertiam Adelaſię integraliter deducendas, pronunciauit iniuſtam, & ab ea legitimè prouocatum, definiens, ſic illas tertias deducendas, vt legitima portio iure naturæ debita,* &c.

Minor autem eſt manifeſta, primò, quia vbi mater, & auia paterna filio morienti ſuperſunt, ſoli matri tãquam

A proximiori ſucceſſio defertur, auia excluſa, vt habetur Nouella 118. §. 2. Si non debetur auiæ ſucceſſio, ergo nec legitima: quia legitima portio eſt ſucceſſionis ſiue hæreditatis ab inteſtato debitæ, l. parentibus, C. de inoſſic. teſtamen.

Secundo probatur, quia etiamſi mater, & auia ſimul admitterentur, tamen non ſingulis tertia pars legitimæ nomine deberetur, ſed ambabus vna tãtum tertia pars, ſiue triens, §. vlt. in Inſtit. de inoff. teſtam.

Tertio, quia in ſpecie, de qua loquitur Summus Pontifex, non agitur de bonis ſiue hæreditate filiæ Adiectæ, ſed de bonis Rainucij patris, ac teſtatoris, qui per fidei-

B commiſſum Alterochæ ea reliquerat, ſi adiecta abſque liberis moreretur, vt patet ex illis verbis: *Adiectæ verò impuberi reliquit certa bona ſua, adijciens, vt Alterocha & ſoboles, quam geſtabat in vtero, eidem impuberi ſuccederent, ſi abſque liberis moreretur.*

Cum ergo non de bonis filiæ, ſed de bonis patris agatur, nihil legitimæ nomine deberi poteſt matri, vel auiæ paternæ, legitima enim ei tantum debetur, qui ad hæreditatem vocatur. Ad hæreditatem autem illam Rainucij non vocabatur mater, & auia Adiectæ, vt patet, ſed filiæ, quæ aderant.

Reſpondeo, Summi Pontificis reſponſum ac deciſio-

C nem nihil abſurditatis continere; quia loquitur non ſecundum ius commune, ſed ſecundum conſuetudinem Ciuitatis, in qua cauſa agebatur. Id patet ex illis verbis textus: *Pręcepit etiam idem iudex, de ijs rebus illas tertias deducendas, de quibus deduci poterant ſecundum Tuſcanę conſuetudinem Ciuitatis.* Id annotauit Gloſ. in verbo, *Tam tertia.* Neque verò credibile cuique videri poteſt, ex iure communi ita reſpondiſſe Summum Pontificem; quis enim ignorat patrefamil. defuncto, hæreditatem ſpectare ad filios, non ad matrem, vel vxorem defuncti? fuitne tam rudis ille, vt hæc iuris principia neſciret? Aut ignota ſunt ſtatuta Ciuitatum, & con-

ſuetudines, quibus eſt conſtitutum, vt præmoriente viro, vxor lucretur tertiam bonorum partem: ſicut & econtrariò, vxore præmoriente maritus tertiam partem dotis lucretur?

Hic aduerſarius replicat hoc modo: *Cum autem* (inquit) *Gloſſematarius huius decretalis interpres, tantam abſurditatem animaduerteret, medicinam quæſiuit. Adſcripſit enim probabilius ſibi videri, duas illas matris, & auiæ tertias non ex ciuili, ſed potius ex Longobardico iure detrahi, propterea quod eo loco, vbi earum mentio fit, ita ſcriptum eſt: Illas tertias deducendas, de quibus deduci poterant ſecundum Tuſcanæ conſuetudinem Ciuitatis. Sed videamus, ne ſi ex eo loco argumentari licet tertias illas iure Longobardico detrahi, ſimiliter concludi debeat, legitima detractionem, quæ Adiectæ deberi dicitur, ex eodem Longobardico iure attributam ei fuiſſe. Vbi enim de illa agitur, ita ſcriptum eſt: Legitimam retinendam de his rebus, de quibus ſecundum Tuſcanæ conſuetudinem Ciuitatis fieri conſueuit. Quod quàm abſurdum ſit nemo non videt. Verùm, vt illud omittamus, eſtnè veriſimile tam barbaram, feram & inhumanam in vlla Tuſcana ciuitate receptam eſſe conſuetudinem, vt mater, & vxor patrisfamilias duos de ipſius patrimonio trientes auferant, neque eis liceat ſuis liberis, quantumuis multis, præter vnum trientem relinquere?* &c.

Reſpondeo, Gloſſæ interpretationem veriſſimam eſſe. Quod enim Summus Pontifex loquatur de iure municipali ciuitatis Tuſcanæ, facilè euincunt verba iam relata, & ipſa rei veriſimilitudo. Quod verò iſte dicit, enim ea, quæ ſubijciuntur in ea decretali de legitimę detractione filiæ Adiectæ, ſecundum eandem conſuetudinem accipienda eſſe ex verbis relatis, & id abſurdum eſſe, nihil obſtat, primò: quia non dicit Summus Pontifex legitimam Adiectæ detrahendam tantum propter conſuetudinem Ciuitatis, ſed dicit in hunc modum: *Quia verò pater Adiecta ipſam in legitima non potuit agrauare, legitimam ipſam, videlicet eius partis, quæ ſibi debebatur, ab inteſtato deducendam cenſuit, & etiam retinendam; Ita quod deductio fiat tantummodò de his rebus, de quibus ſecundam conſuetudinem Tuſcanæ ciuitatis fieri conſueuit.* Et paulò ſuperius loquens de legitima in bonis matris, & auiæ debita, dixit eam iure naturæ deberi.

Ex his patet, legitimam deducendam eſſe ex iure communi, tanquam iure naturæ debitam. Sed ex certis duntaxat rebus, ſecundum Tuſcanæ conſuetudinem ciuitatis. Vnde conſuetudo iuri conformis in hoc erat, vt legitima deduceretur; ſed ius eam detrahendi non concedebat ex omnibus rebus, quæ ſanè interpretatio, ac ſententia literalis eſt, & verbis textus prorſus conſentanea. Sed cum agitur de legitima matris, & auiæ detrahenda; alia eſt ratio; neq; enim illud accipi poteſt ſecundum ius commune; quia iuri communi repugnat, vt mortuo patrè filijs ſuperſtitibus mater, & auia legitimã deducant: Sed aduerſarius nihil penſi habuit, vt Summum Pontificem abſurda ſcripſiſſe in illa epiſtola iactaret.

Secundò, etſi dixerimus legitimam filiæ Adiectæ deducendam fuiſſe, atque illi attribuendam ſecundum Tuſcanæ conſuetudinem ciuitatis, nihil tamen abſurditatis inde ſequitur. Cur enim abſurdum videri poſſit, ciuitatem idem ſtatuiſſe, quod ius commune Cæſareum, vt nempe legitima filio aſſignaretur ex bonis fideicommiſſo ſubiectis? Quamobrem Hotomanus nec probat hanc abſurditatem, nec vbi conſiſtat indicare voluit. Rectè, nulla enim erat, ideo demonſtrari non poterat.

Cum verò miratur tam barbaram eſſe conſuetudinẽ, vt patrefamilias defuncto, mater, & auia duos trientes auferant, & vnus tantum triens filijs relinquatur, in eo ſanè hallucinatur; quoniam in primis non de omnibus rebus deduci poſſunt trientes ſupradicti matris, & auiæ, vt patet ex textu. deinde, quia & mater, & auia dotes ſuas filijs conferre debent; neque enim veriſimile eſt eas & dotes præcipuas habere, & præterea trientes bonorũ.

A Tertiò, quia & ex ipſis trientibus matris, & auiæ legitima deducenda eſt filiorum defuncti patrisfamilias, vt patet ex verbis illis textus: *In eo, quod dixit tertiam Cleræ, & tertiam Adelaſia integraliter deducendas pronunciauit iniuſtam, & ab ea legitimè prouocatum, definiens, ſic illas tertias deducendas, vt legitima portio iure naturæ debita Alterochæ, illi ſalua ſit in vtraque,* &c. Quartò, quia duæ ſunt perſonæ, Rainucij vna, altera patris ipſius, quare mater eius tertiam deducere poteſt, ratione patris Rainucij, Vxor autem ratione Rainucij: nec rarò accidit, vt talia extent ſtatuta Ciuitatum, vel conſuetudines; vt præmoriente viro, vxor tertiam partem aliquorum bonorum lucretur: præſertim, quia contrà etiã ita diſponunt, vt præmoriente vxore vir lucretur tertiam dotis partem, vt ſuprà dictum fuit. Denique alia poſſunt conſiderari, ex quibus conſuetudinis illius ratio, & iuſtitia eluceat. Et ideo non ſic temerè affirmare oportet illam barbaram eſſe, & feram, & inhumanam conſuetu-
B dinem.

Tertiò dicit Hotomanus: *Si qua huiuſmodi conſuetudo in iſta Ciuitate valuiſſet ſuperius in exponenda cauſa, mentio aliqua de tertio triente, de quo paterfamilias diſponere inter liberos poterat, facta ſine dubio fuiſſet; nimirum Rainucium trientem illum, de quo liberè ſtatuere poterat, ſuis illis filiabus attribuiſſe.*

Reſpondeo, negando conſequentiam; neque enim Summus Pontifex in exponenda cauſa mentionem vllam facere debuit, niſi eorum, quæ ex facto proponebantur. Non proponebatur autem ex facto Rainucium filiabus ſuis vllum trientem attribuiſſe, ſed ita planè de rebus ſuis ſtatuiſſe, vt in epiſtola continetur. Ex facto enim propoſito ius oritur, nec reſpondens ad propoſitam facti ſpeciem, quid iuris ſit, debet factum immutare, vt notum eſt.

Quartò, ita pergit Hotomanus: *Præterea locus eſt apertiſſimus, ex quo intelligi poteſt duarum illarum tertiarum detractionem de ſola hæreditaria Adiectæ portione
C petitam eſſe. Cum enim Alterocha reſtitutionem poſtulaſſe dicitur, non dubium eſt, quin eorum tantum bonorum reſtitutionem poſtularit, quæ Adiectę attributa, & relicta, & fideicommiſſo deſtinata a Rainucio fuerant. Atque poſtea dicitur licere Petrucio de illis bonis ab Alterocha poſtulatis duas illas matris, & auię tertias detrahere, ex quo perſpicuum eſt, eas non de vniuerſo Rainucij patrimonio, ſed præciſè de hac hæreditaria portione Adiectę attributa detractas fuiſſe. Verba autem hęc ſunt: Coram quo Alterocha bona quondam Rainucij, tanquam ex cauſa fideicommiſſi, vel ſubſtitutionis ſibi debita, petijt tutore filiorum ex aduerſo dicente, quod de bonis illis tam tertia Cleræ, & tertia Adelaſię vxoris eiuſdem, quam quarta per Trebellianum nomine ipſius Adiectę erant ante omnia deducendę, quibus ex verbis perſpicuè intelligitur, tres iſtas detractiones, de his ipſis bonis ſumi, quę fideicommiſſi nomine poſtulaban-
D tur, neque aliunde duas Cleræ, & Adelaſię tertias exigi, niſi vnde Trebellianica petebatur, nam eodem ex fonte omnes hauriri apparet: cum textus eas coniunctim de certis bonis poſtulari oſtendat, non autem duas ex iure Longobardico, tertiam ex iure ciuili.*

Reſpondeo, vitioſam eſſe Hotomani argumentationem, hæc enim eſt: Duæ tertiæ, quas detrahunt Clera mater, & Adelaſia vxor, ex portione Adiectæ, detrahuntur, ſicut, & Trebellianica ex eadẽ portione detrahitur; ergo eodem iure ciuili omnes detractiones fiunt, ſicut enim Trebellianica ex iure ciuili detrahitur, ita, & aliæ duæ tertiæ. Nego Conſequentiam, Hotomane: quid enim proponitur, licet ex vnius bonis omnes detractiones fiant, quin diuerſis tamen ex fontibus, vt puta vna fiat detractio ex iure ciuili, aliæ ex iure Tuſcanæ Ciuitatis? Tollit me ius ciuile conſuetudinem ciuitatis Tuſcanę in ea parte, qua matri, & vxori licet tertiã deducere? aut Tuſcana Ciuitas tollit Senatuſconſ. Trebell. autoritatẽ? Cur ergo ita ratiocinaris, quaſi non liceat, & iuris cõis, & conſuetudinis patrię iurib. vti inuicem non repugnantibus?

tibus? Illud obiter monendi ſumus, mirum aut iniquum videri non poſſe: ex vnius Adiectæ portione deduci tertiam matris & auiæ: quoniam ſic ſtatuere debemus Alterochæ minus fuiſſe relictum, quæ erat altera filia teſtatoris Rainucij, ita vt ſuam duntaxat legitimam habitura eſſet, & ideo ex eius portione nihil detrahi potuiſſet: Vel matrem & auiam ex portione ſua conſecutas fuiſſe, quicquid conſequi debuerant trientis ſupradicti nomine; ita vt ex portione quoque bonorum Adiectæ relictorum pro rata deductioni locus foret. Decet enim cum de aliqua diſputatur, cætera rectè, vt cõuenit, aut ſupponere, aut imaginari, de quibus nulla eſt diſputatio aut controuerſia.

Denique ita ſcribit Hotomanus: *Neque vero plura de Gloſſatorum interpretatione dicenda ſunt: præſertim cũ tota illorũ in tertijs deducendis ratio nemini probari poſſit. Nam ſi ponamus in Rainucij bonis fuiſſe LIV. tres autem perſonas Cleram, Adelaſiam & Adiectam tertias ex eis petere, non ſic rationem inibimus, vt Clera de LVI. detrahat XVIII. poſt Adelaſia de reliquis XXXIV. auferat XII. ad extremum Adiecta de hiſce XII quatuor abſtrahat, Cum enim vnicuique earum eodem iure eodemq; temporis puncto legitima debeatur, quis nõ videt ex eadem quoque ſumma ſingulis ſuam portionem attribuẽdam? Neque Cleram Adelaſia, aut hanc illi anteferendam eſſe? ſed vnã ſimul omnibus illis tribus legitimam de toto Rainucij patrimonio attribuendam, quam pariter æquabiliterq; inter ſe partiantur, verbi gratia XVIII. omnibus quemadmodum ex §. vlt de inoffic. teſtam. ſuperius demonſtratum eſt Verũ, vt antea diximus, quæſitum emplaſtrum eſt, quod iſta vlcera non ſanaret, ſed tegeret,* &c.

Reſpondeo, rectè Gloſſatores rationem inire, & Hotomanum neſcio quibus tenebris inuolutum videri. Etenim ipſa Clera mater Rainucij, quæ fuit vxor patris ipſius Rainucij, detrahere debet ante omnes alios ternã partem ex LIV. quæ ex patris hæreditate ad Rainucium peruenerunt: ſuppoſito enim ſtatuto, quo ſit cautum, vt præmoriente viro vxor lucretur tertiam partem bonorum eius, ſequitur, vt mortuo Rainucij parente, qui Cleræ maritus fuit, ipſi Cleræ debeantur tertia pars bonorum. Poſtea Rainucius Adelaſiæ vxori ſuæ præmoritur, & illa quoque tertiam partem habere debet, ſed non omnium LIV. ſed eius quod remanet detractã tertia parte matris Rainucij; illa enim tanquam anterior & potior prius deducere ſuã tertiam potuit ex LIV. quæ reliquit in bonis vir ipſius, qui fuit parens Rainucij. Detracta tertia parte Adelaſiæ, tunc locus eſt detractioni legitimæ Adiectæ; quia & illa prius deducenda eſt, cum ius Adelaſiæ ſimiliter antiquius ſit, & ideo tanquam æs alienum deduci debeat ante filiorum legitimam, l. Papin. §. meminiſſe. ff. de inoffic. teſtamen. & hac ratione inita nulla eſt abſurditas; imo iuri omnia ſunt conſona, quia prior tempore, potior eſt iure; & priora ac potiora iura habenti, prius eſt ſatisfaciendum. Prius itaque ſatisfit Cleræ, vtpote anteriori, & ex LIV. aſſignantur illi XVIII. Secundò Adelaſiæ, cui pro tertia aſſignantur XII. ex XXXVI. quæ reſtant, & ex reſiduo fit detractio legitimæ Adiectæ, ſicut præclarè docet Gloſſator. Et licet fiant eodem tempore omnes detractiones, non tamen fiunt eodem iure; ſed ratio habetur anterioritatis iurium ſingularum mulierum, & diuiſio fit, vt fieri debet, prius deducto eo, quod prius deducendum eſt, ſicut in rationibus ſupputandis diuiſionibusque faciendis ſeruari oportet: neque enim ruſticano more æqualiter, vbi iura ſunt inęqualia, diuiſio fieri debet, ſed iuſtè & geometricè, ac ſecundum vniuſcuiuſque iurium ac creditorum proportionem. Et ex his primum, quod attulit argumentum Hotomanus, ſatis, vt arbitror, confutatum eſt.

Secundum argumentum: *In ea Decretali nouum aliud ius conſtituitur* (verba ſunt Hotomani) *Mater et auia paterna ſpem ſuæ legitimæ in bonis ſuperſtitis filię, quæ reſtitutioni obnoxia ſunt, vendere extraneo & donare poſſunt. Cũ enim Petrucij liberis hęc omnia & eorum tutoribus adiudi-*

A *centur perſpicuum eſt alienationes illas, quę a matre & auia factę dicuntur, confirmari, qua de re ita diſputari põt. Primum, quod iſto modo venditio hereditatis viuentis confirmatur, contra l. 1. cum ſimilibus ff. de hęred. & act. vẽd. vbi Vlpianus ait; propterea id nõ poſſe, quia vẽderetur res, quæ nulla eſt, & in rerum natura non eſt, quod autem de tota hęreditate dicitur, idem de legitima, quæ ipſius pars eſt, dicẽdum eſſe conſtat, ex vulgata l. quæ de tota. ff de rei vindi. Denique paciſci de legitima viuentis non licere nemo neſcit ex l. ſi quando, 35. §. 1 ff. de inoffic. teſta. ex l. 1. § ſi impubere, de collat. Pręterea, iſto modo pactum, quod mali hominis eſt, id eſt, quo liberorum ſpes extinguitur, confirmatur, contra l. inter ſtipulantem, 80. §. Sacram. ff. de verb oblig. Nã iſtius duplicis trientis ſperati, venditio, nõ aliter rata eſſe poteſt, quam ſi Adiecta ſine liberis deceſſerit. Poſtremò abſurdum videtur, quod iſto pacto ius legitimæ, quod certis perſonis proprium eſt, & in eas propriè conuenit, tamen extraneo ceditur, nimirum Petrucio Adiectę marito, Cum tamen ea, quæ certis perſonis propria ſunt, cedi extraneo non poſſint, quemadmodum de vſufructu traditur in § finitur,* B *de vſufructu l. ſi vſusfructus, 66 ff de iure dot de fideicommiſſo verò in l. mulier, 59 §. ex aſſe, ff. eod.*

Reſpondeo breuiter; Nam iſte toto errat cælo, & cælum ſuis ferit telis argumentorum fruſtra ſanè, & inutiliter, non hic matrem & auiam alienaſſe ſpem eis competentem in bonis filiæ reſtitutioni obnoxijs; ſed alienaſſe ius, quod eis de præſenti competebat poſt mortem Rainucij Etenim mortuo parente Rainucij, mater Clera tertiam bonorum partem lucrata fuit ex ſtatuto ſeu conſuetudine Tuſcanæ Ciuitatis. Similiter & Adelaſia mortuo Rainucio lucrata fuit tertiam partem bonorum eius meritò illa donare potuit, hæc autem vendere. Nullo enim iure quis prohibetur hæreditatem, aut partem eius vendere, vt conſtat ex tit. de hæreditate & actione vendit. Quare omnia, quæ adferuntur ad probandũ, non valere pactiones alienationis bonorum viuentis, ac legitimæ, fruſtrà adferuntur, nec ad rem pertinent, cum, vt dixi, Clera mater & Adelaſia vxor defuncti Rai- C nucij non alienauerint viuentis Adiectæ hæreditatem, aut partem eius, ſed tertiam bonorum partem, quam iã tempore alienationis ob mortem Rainucij & patris eius conſecutæ fuerant, quæ quidem alienatio omni iure permiſſa eſt.

Tertium argumentum: *Cum mater & auia paterna* (inquit Hotomanus) *ſuas legitimas de vnius filię bonis detraxerunt, altera filia de iiſdem legitimis ſuam legitimã detrahit, quo iure conſtitutum video detractionẽ ex detractione concedi. Nam de matris legitima ſuam legitimã filia detrahit, quod quam abſurdum ſit, nemo non videt. nã neque acceſſionis acceſſio, neque detractionis detractio vſquam conceditur: vtpotè cum hoc contra naturam ſit: quẽ admodum de vſuris vſurarum, aut vſuris fructuum, aut fructuum fructibus traditur in l. placuit 19. cum ſimilibus. ff. de vſuris. & de Falcidia in l. Pœnales, §. ſi Titio. ad leg Falcid. Eodem illud quoque accedit, quod iſta Alterocha le-* D *gitima præcisè & peculialiter de legitimis matris eius & auia detrahi dicitur nam ſi qua detrahenda fuit, non de illis particulis, ſed vniuersè de tota illarum hęreditate, quæ mortis tempore reperta eſt, illam deduci oportuit, l. cum quęritur, 6. C. de inoffic. teſtam.*

Reſpondeo falſum eſſe fundamentum, quo iſte nititur, nempe matrem & auiam paternam ſuas legitimas de vnius filiæ bonis detraxiſſe. Nam eas detraxerunt ex bonis Rainucij defuncti, Clera quidem mater eam ob cauſam, quod vir eius, nempe Rainucij pater, fuerit præmortuus; Adelaſia autem eam ob cauſam, quod Rainucius eius maritus ſimiliter ante eam deceſſiſſet: & hæc vigore ſtatuti ſiue Conſuetudinis Ciuitatis diſponentis, vt mortuo viro vxor lucraretur tertiam partem bonorum eius. Ex bonis igitur Adiectę relictis a teſtatore Rainutio deducere potuerunt Clera auia paterna, & mater Adelaſia tertias iſtas: & ſic Petrucius, cui donatę & venditę fuerunt dictæ tertię, cũ ad teſtimonium

nem

nem vrgeretur Alterochæ faciendam ex ſubſtitutione, deducere poterat has tertias: ſed quoniam Alterocha actrix filia erat Adelaſiæ, & Cleræ neptis, meritò allegabàt ex dictis tertijs deducendam eſſe legitimam ſibi debitam, neque enim obſcuræ ſunt leges, quibus eſt cautũ, cum per inofficioſas largitates legitima læſa eſt, eas vſque ad legitimę quantitatem reſcindi, l. 1. l. 2. l. ſi totas, C. de inoffic. donatione.

Sed quid de venditione dicemus, cum non ſic illa retractari poſſit? Reſpondeo cum Gloſſatore, venditionẽ factam fuiſſe in fraudem, & ſimulatè, vnde obeſſe non debuit Alterochæ, quantum ad legitimam, lege nuda, & imaginaria, ff de contrah. empt.

At, inquit Hotomanus, tunc legitimam non ſolum ex his tertijs deducere Alterochæ debuit, ſed vniuersè de toto patrimonio, *Pręterea* (inquit) vbi de inofficioſis donationibus, aut earum reſciſſione vlla in conſultatione, & toto decretalis contextu, vel minima ſuſpicio eſt? non enim, opinor, iudex huic controuerſiæ adhibitus potuit illas donationes nondũ inofficioſi conuictas, & damnatas ita obiter, & quaſi aliud agens reſcindere. Nam quod ad inofficioſæ venditionis querelam attinet, vbi vnquam eius audita mentio eſt?

Reſpondeo, ita nos ſtatuere oportere, legitimam Alterochæ ex vniuerſo patrimonio Clerę, & Adelaſiæ deducendam eſſe; ſed hoc ceſſat, ſi aliud illæ non reliquerint in bonis: Et dato, quod reliquerint, negari non poteſt, quin etiam ex dictis tertijs, quæ donatæ, & venditæ fuerunt, pro rata deduci poſſit Alterochæ legitima. Nam ſi ex toto patrimonio deducenda eſt, ſequitur, vt etiam ex hac parte bonorum deducenda ſit.

Quòd verò dicitur, nullam in tota decretali fieri mẽtionem de inofficioſa donatione, & eius reſciſſione, nihil mouet; quia ex eo, quod vſque ad legitimam Alterochæ debitam illa reuocatur, ſatis manifeſtè colligere poſſumus inofficioſam fuiſſe donationem.

Denique quod iſte ſubdit, inofficioſæ venditionis querelam non dari, nihil obſtat. quia, vt iam dixi, ita præſupponere oportet eam venditionem fictam, & imaginariã fuiſſe, vti optimè Gloſſa explicat.

Quartum argumentum Hotomani verſatur circa fructus. Sic enim textus ait: fructus ex bonis reſtitutioni ſubiectis a tempore litis conteſtatæ in Trebellianicã imputandos: *Vbi* (inquit Hotomanus) *duplex dubitatio oritur. Primum enim ſi fructus ab herede fiduciario quocunque tempore percepti, ei in ſuam Pegaſianam imputantur, l. in fideicommiſſaria, 18 ff ad Trebell. quanto magis ab eius ſucceſſore percepti, & ante, & poſt litem cõteſtatam imputabuntur? Quamquam, quoniam hic caſus eſt de primi gradus liberis, quibus priuilegium a Zenone tributum eſt, vt fructus illis in ſuam quartã non imputentur, l. iubemus, 6. C. ad Trebell. propterea de his, qui Adiecta viuente percepti ſunt, nihil mutamus, ſed eius ſucceſſorem meliore eſſe iure, quàm quo ſunt hæredes fiduciarij extranei, nulla ratio eſt Praeterea ſingulare quiddam eſt in hoc controuerſiarum genere, vt locum non habeat, quod in hoc iudicio ſpectatum eſt litis cõteſtatione mala fides poſſeſſorem effici, ac proinde fructus ab eo poſtea perceptos imputari, l. 2 cum ſimilibus, C. de petit. hered. Nam quemadmodum traditur in l. ſolidum, 78 ff de leg. 2 ab ea regula excipiuntur cauſa, in quibus Falcidia locum obtinet; Idque perſpicua æquitate, quia poſſeſſor non abſolutè, & ſimpliciter reſtitutionem abnegat, ſed cum adiectione, ſi totum reſtitui petitur, non enim tota hæreditas debetur, ſed cum detractionibus legitimis, eoque pertinet l. 3. ff de vſuris.*

Reſpondeo ideo ſucceſſorem Adiectæ fructus perceptos ante litem conteſtatam in Trebellianicam non imputare, quia eos percepit ex negligentia non petentis fideicommiſſum. Ait enim textus, mortua Adiecta retru cum eius maritum ſuperſtitem aliquanto tempore eius bona poſſediſſe in pace, ex quo patet, Alterocham negligentem fuiſſe in petendo ſibi bona reſtitui ex ſubſtitutione, nec enim quicquam petit, donec ille viueret. Con-

A ſtat autem fructus in Trebellianicam nõ imputari, quoties ab eo, qui reſtituere tenetur, percepti ſunt, ex negligentia non petentis, vt habetur in l. mulier, §. ſi hæres, ff. ad Trebell. ibi: *Fructus enim, qui percepti ſunt negligentia petentis, non iudicio defuncti percepti videntur.* Lite autem conteſtata imputari debent, quia ex eo tempore poſſeſſor eſt in mora, & in mala fide, l. certum, C. de rei vindicat.

Quod autem ſubdit aduerſarius in hoc controuerſiarum genere ſingulariter conſtitutum eſſe, vt locum non habeat, quod in hoc iudicio ſpectatum eſt, litis conteſtatione malæ fidei poſſeſſorem effici, nec ad rem pertinet, & abſolutè verum non eſt. Nam locum habere non poteſt, niſi eo in caſu, quo poſſeſſor obijcit Falcidiam petenti fideicommiſſum, & actor totum petit, nec vult pati, vt detractio fiat, tunc enim hæres poſſeſſor in mora non dicitur eſſe, & hoc probat l. qui ſolidum, de leg. 2. & l. 3. ff. de uſuris. Sed quid ſi totum fideicommiſſarius petat, & poſſeſſor non ei Falcidiæ detractionem obijciat, ſed

B excipiat nil ei deberi, obſtare agenti præſcriptionem, vſucapionem pro dote, & alia, vt in ea ſpecie, de qua agitur in cap. Rainucius, nunquid idem dicendum erit? Nequaquam, quia hic negat poſſeſſor ſimpliciter, & abſolutè reſtitutionem, quare ante litem conteſtatam bona fides ei proderit, poſt litem autem conteſtatam nullo modo, quãtum ad reſtitutionem fructuum, vt in l. certum, C. de rei uind. & in alijs ſimilibus.

Quintum argumentum Hotomani: *Cum auia, & mater,* inquit, *ſuas legitimas de bonis filię reſtitutioni obnoxijs detrahunt, ipſa quoque filia ſibi detrahit, ac proinde tres legitimę a tribus diuerſis perſonis detrahũtur, quod cuiuſmodi ſit, ex his, quę in prima enunciatione dicta ſunt, ſatis intellectum eſt. Nam ſiue matri legitima debeatur de filij hęreditate, ei deberi intelligitur, ſiue rurſus filio debeatur de parentis. Vtrique autem de eadem hęreditate, & matri, nunquam, & filię deberi non poteſt, propterea quod in inteſta-*

C *torum hęreditatibus liberorum gradus parentes excludit Nouella CVIII §. 1. Quare cum pateat hanc Rainucij hęreditatem eſſe, ſola filia legitimam ab ea capiet, matrem verò, & auiam prorſus excludet.*

Reſpondeo ex his, quæ dicta ſunt ad primum argumentum, non iure communi ac Cęſareo niti reſponſum hoc Pontificis Maximi, ſed conſuetudine ſiue lege particulari Tuſcanæ Ciuitatis, ut fruſtrà iſte legem Cæſaream inculcet. Sic autem res habet. Mater Clera ex morte patris Rainucij lucrata eſt tertiam partem bonorum eius ex particulari lege ita ſtatuente, vt præmoriente viro uxor lucretur tertiam partem bonorum; ſimiliter & Adelaſia uxor Rainucij tertiam eſt lucrata. Ex eo, quod ſupereſt, tertia debetur Adiectæ, pro ſua tamen portione uirili, & ſicut Gloſſator optimè proponit caſum. Erant in bonis exempli cauſa LIV. ex his deducit mater Clera, quæ eſt omnibus anterior XVIII. Reſtant

D XXXVI. Ex his deducentur tertia Adelaſiæ, nempe XII. Reſtant XXIV. Ex his tertia pars ſunt VIII. Duæ ſunt ſorores, Alterocha, & Adiecta, ergo legitima Adiectæ erunt IV. & legitima Alterochæ ſimiliter IV. Reſtant XVI. Ex his deducitur quarta pars ex Trebelliano, & ſic IV. Reſtant XII. hæc reſtituuntur Alterochæ. Præterea Alterocha detrahit ex XVIII. quæ aſſignata ſunt Cleræ auiæ ſuæ paternæ ſuam legitimam, videlicet III. Sunt enim duæ filiæ, & ſic VI. Legitimam conſtituunt ambarum. Ex XII. autem matri Adelaſiæ aſſignatis legitimam Alterocha deducit, nempe II. Quoniam IV. efficiunt legitimam ambarum filiarum. Et ſic in totum habet Alterocha ex dictis LIV. quæ ſunt in hęreditate XXI. nempe IV. pro ſua legitima V. pro legitima ex bonis matris, & auiæ. Et XII. ex cauſa fideicommiſſi. Poſſeſſor autem bonorum habuit primò ex tertia parte Cleræ donatricis XV. ex tertia parte Adelaſię, quę fictè vendidit X. Pro legitima Adiectę IV. ex Trebellianica detractione IV. quę omnia efficiunt XXXIII. adiunge XXI. efficies LIV.

Poſtre-

Poſtremum Hotomani argumentũ eo tendit, vt oſtendat detrahi non poſſe legitimam, & Trebellianicam ſimul a filijs fideicommiſſaria reſtitutione grauatis. Sed quoniam hæc eſt celebris controuerſia, vt ei caput ſequens totum attribuerem, quo magis diſcutiatur, faciendum putaui. Igitur lectorem ad ſequens caput inuito, in quo de duabus detractionibus diſputationem inueniet, ſimul Innocentij Pont. Max. defenſionem aduerſus eiuſdem Hotomani argumenta.

CAPVT II.

Vtrum filius rogatus hæreditatem reſtituere, poſſit detrahere ſimul legitimam, & Trebellianicam pro defenſione c. Rainucius, de teſtamentis, contra Franciſcum Hotomanum hæreticum.

INſignis controuerſia hæc eſt dignaque omnino diligẽti, & accurata diſputatione. Tres ſunt interpretum ſententiæ. Prima filium detrahere poſſe tam legitimam, quàm etiam Trebellianicam. Secunda, legitimam tantum, vel Trebellianicam detrahendam eſſe iure Ciuili, ſecus autem iure Canonico. Tertia, diſtinguendum eſſe, vtrum purè, vel ſub conditione filius reſtituere grauatus ſit. Nam ſi purè, vnam tantum detrahet; ſi ſub conditione ambas detrahere poterit. Vide Gloſ. & cæteros Canoniſtas ad c. Rainucius, & ad c. Rainaldus, de teſtamentis. Legiſtas ad l. iubemus, C. ad Trebell. & ad l. Papin §. meminiſſe, vbi latè Cagnolus, ff. de inoff. teſtam. Alexan. in conſil. 142. lib. 2. Couuar. ad dict. cap. Rainucius, §. 12. num. 5. Andream Gayll, lib. 2. obſeruat. 121. Franciſc. Hotoman. quæſtio. illuſtriſ. cap. 35. & in diſputatione contra cap. Rainucius, nouiſſimè Angelum Matheacium de via, & ratione artificioſa iuris, lib. 2. cap. 25. Iacobum Cuiac. lib. 8. obſeru. cap. 3. Ego ne diu ſuſpenſum lectoris animum teneam, in ea ſum ſententia, vt filius detrahere poſſit dimidiam hæreditatis: & ſic tam legitimam, quàm Trebellianicam, ſicut habet prior opinio, quam initio retuli, nullo diſcrimine adhibito, vtrum purè, vel ſub conditione rogatus ſit reſtituere, nullaque inter ius Canonicum, & Ciuile conſtituta differentia. Etſi enim iure Canonico id ſatis apertè declaratum ſit in dict. cap. Rainucius, & in dict. cap. Rainaldus, tamen & iuri Ciuili id conſentaneum eſſe, & ex illius regulis, & conſtitutionibus, ſi non expreſsè, ſatis tamen euidenter elici demonſtrabo. Itaque ſic ſtatuo. Cum filius a patre rogatus eſt hæreditatem reſtituere, conſtituendas eſſe ex toto aſſe duodecim vncias, ex quibus regulariter hæreditas conſtare dicitur. Ex aſſe, atque adeo ex duodecim vncijs detrahendas eſſe quatuor pro legitima filij, (eſt enim legitima iam triens, vt notum eſt ex Nouella de Triente, & Semiſſe) hunc trientem alio non eſſe reſtitutioni obnoxium, ſed exceptum ab ea: & conſequenter octo vncias reſtitutioni ex fideicommiſſo obnoxias eſſe. Ex quibus quarta pars, nempe vnciæ duæ deducendæ ſunt à filio, pro autoritate Senatuſconſulti Trebelliani, qui proinde in totum ſex uncias habebit, & ſic dimidiam totius hæreditatis. Hanc ſententiam ego veram eſſe prius demonſtrabo, & vtrique iuri, vt pollicitus ſum, conſentaneam; deinde argumenta confutabo, quæ aduerſus eam afferuntur.

Et quidem quod attinet ad ius Canonicum, minorem eſſe video difficultatem, cum, vt dixi, apertè id probetur in dict. capit. Rainucius, & in dict. cap. Rainaldus, de teſtamen. quatenus ibi Summus Pontifex confirmat & approbat ſententiam iudicis, qui pronunciauerat legitimam reſtitutioni obnoxiam non fuiſſe, & Trebellianicam detrahi potuiſſe. Et licet in ea ſpecie filius rogatus eſſet ſub conditione reſtituere, non autem pure, quæ cauſa fuit, vt multi, quantum ad hoc, purum fidei-

A cõmiſſum a conditionali diſtinguerent: tamen Summus Pontifex in eo fundamentum nõ poſuit, quod filius ſub conditione rogatus eſſet: ſed in eo, quod in legitima grauari non potuit: Quartam autem Trebellianicam quilibet extraneus reſtitutione grauatus, deducere poteſt, quę ratio locum habet, ſiue purè, ſiue ſub conditione filius reſtituere rogatus ſit. Portò ad alia argumenta, quibus illa diſtinctio nititur, poſtea reſpondebo.

Quod verò attinet ad ius ciuile, etſi maior ſit difficultas, id tamen verum eſſe patet, ſi non antiquas tantum leges, ſed nouiſſimas quoque perpendamus, atque in hanc rem adſero Nouellam de reſtitutionibus, & ea quæ parit, &c. §. quamobrem, vbi Iuſtinianus ita dicit ſecundum antiquam tranſlationem: *Quamobrem præſentem ponimus legem, omnia quidem alia prioris a nobis poſitę conſtitutionis rata manere uolentes: hoc uerò innouantes ſolummodo, ut ſi quis de cætero reſtitutionem fecerit ſuarum rerum: primum quidem ſeruet filio legitimam partem, non*
B *Quartam; hoc enim emendauimus inopiam eius plurimã reprehendentes; ſed tertiam modis omnib. autem mediam, ſecundum filiorum numerum, deinde ex reliqua ſubſtantię parte. ſi non ſuffecerit legitima pars ad dotis, aut antenuptialis donationis oblationem: honeſtè, & ſecundum perſonarum qualitatem, & merita excipere etiam hoc ad reſtitutionem*, &c.

His verbis Iuſtinianus clarè decernit legitimam filiorum excipiendam eſſe de reſtitutione, ex quo ſequitur, eam non eſſe reſtitutioni obnoxiam: confirmatur idipſum, & alia ratione. Nam legitimam filius habiturus eſt, etiam ſi alius hæres inſtituatur; Ergo non continetur in reſtitutione fideicommiſſi, argumento l. ſequens quæſtio, de leg. 2. ibi: *Et propterea fideicommiſſo non contineri, quia ea habitura eſſet, etiam alio hęrede exiſtente.* Erit ergo duntaxat reſiduum ſubſtantiæ, ſiue hæreditatis obnoxium reſtitutioni; & ſic octo duntaxat vnciæ reſtituendæ erunt. Ex his octo vncijs, quas reſtituere filius
C rogatus eſſe intelligitur, aio detrahendum eſſe quartam partem pro autoritate Trebelliani Senatuſcõſulti, quod ſic probo: Omnis hæres qui grauatus eſt vel totam, vel partem hæreditatis reſtituere, poteſt quartam partem deducere. Sed filius eſt hæres rogatus reſtituere partem illam hæreditatis, quæ excepta legitima ſupereſt, nempe octo vncias; Ergo detrahere poteſt quartam partem. Maior probatur ex § ſed quia, in Inſtit. de fideicommiſſ. hæredit. & ex §. nihil autem intereſt, eodem tit. in d. §. *Sed quia.* ſic ait Imperator: *ſed quia hęredes ſcripti cum aut totam hęreditatem, aut penè totam plerumque reſtituere rogabantur, adire hęreditatem ob nullum, uel minimum lucrum recuſabant, atque ob id extinguebantur fideicommiſſa; poſtea Veſpaſiani Auguſti temporibus Pegaſo, & Puſione Conſulibus, Senatus cenſuit, ut ei, qui rogatus eſſet hęreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur.*

D Et in § nihil autem intereſt, ita ſcribit: *Nihil autem intereſt, utrum aliquis ex aſſe hęres inſtitutus, aut totam hęreditatem, aut pro parte reſtituere rogatur, an ex parte hęres inſtitutus, aut totam eam partem, aut partem partis reſtituere rogatur. Nam & hoc caſu eadem obſeruari pręcipimus, quę in totius hęreditatis reſtitutione diximus.*

Minor autem propoſitio certa eſt, & perſpicua, quia filius eſt hæres, & rogatus reſtituere hæreditatem, excepta legitima: illa enim excipienda eſt, de reſtitutione, vt ſtatuit Imperator in d § quamobrem, cuius uerba ſupra recenſuimus.

Atque hoc eſt illud, quod perpendo in hac diſputatione: legitimam in hæreditate patris reſtituenda non inueniri; quia debet excipi de reſtitutione; legitimam ergo filius iure proprio habebit, veluti exceptam, & non comprehenſam in reſtitutione: Trebellianicam verò iure hæreditario, quia ſcilicet eſt hæres, & reſtituere grauatus. Et hoc eſt, quod Summus Pontifex dixit in cap. Rainaldus, illis verbis: *Quoniam idem R. habebat in bonis quondam Peponis patris ſui tertiam partem*

debitam

A *debitam iure naturæ, in qua grauari nequiuit, necnon quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus reſtitutione grauatus deducere potuiſſet.*

A qua ſententia non procul abeſt, quod reſpondit Papinianus in l. pater filiam, 14. ff. ad legem Falcid. in illis verbis *Falcidiam quidem iure hæreditario, dotem autem iure proprio filiam habituram reſpondi; quia dos in hæreditate patris non inuenitetur.*

Videamus nunc, quantum habeant momenti argumenta, quæ ex iure Ciuili aduerſus hanc ſententiam adferuntur. ea Franciſcus Hotomanus refert, quæ nos ita ordine confutabimus.

Primum omnium (Hotomani ſunt verba) *Pontificali autoritati opponitur natura rerum, & ſenſus communis, Aſſis enim ratio, & natura hæc eſt, vt eius vna aliqua parte nominata, altera neceſſario intelligatur, quippe cum ex eorum numero ſit, quæ Dialectici τὰ πρός τι nominant. Itaq; quoties Quadrantis detractio nominatur, toties Dodrantis reliquatio intelligitur neque quiſquam detrahere Quadrantem dicitur, niſi is ſolus cui ſuperſtes ex aſſe Dodrans relin-* B *quitur. Quod cum ita ſit, quæro, ſi filius, qui iam legitimarium Quadrantem detraxit, inſuper velit alterum Pegaſiani nomine detrahere, quemadmodum dodrans fideicommiſſario relinqui poſſit? Nam Falcidia lex relinqui omnino Dodrantem volebat, ſummamq́; teſtandi libertatem lege 12. tabularum conſtitutam eam in parte confirmabit l. 1 ff. ad legem Falcid. vt facile appareat, non tam Quadrantis detrahendi, quam Dodrantis relinquendi rationem habendam eſſe, quippe cum hæc reliquatio lege 12. tabularum primum inſtituta, poſt etiam Falcidia lege confirmata, & conſtabilita ſit.*

Reſpondeo, nec Summum Pontificem, nec quemquam aliam velle teſtandi facultatem lege 12 tabularum datam, & Falcidia lege confirmatam auferre, aut aliqua ex parte minuere; ſed hoc dicit Summus Pontifex, & G vult, noſque ſequimur atque contendimus, patremfamilias legitimam filio debitam excipere debere, quoties filium hæredem reſtitutionis onere grauat. Id ſanè, & Iuſtinianus ſtatuit, & æquiſſimum videtur, ne legitima onere aliquo prægrauetur, l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. teſtam. Dicimus præterea Quadrantem ex Trebelliano detrahendum eſſe. Id quod Senatuſconſultum iamdiu conceſſit, quare nihil hæc legibus repugnāt. Nec vero hæc cum natura rei, & ſenſu communi pugnant. Nam etſi Quadrante detracto ex hæreditate dodrans ſupereſſe intelligamr, nihil tamen prohibet, quo minus reſtitutioni obnoxius ſit, Dodrans tantum hæreditatis, ſiue detracto Triente, Bes tantum, & ex eo quarta pars Trebelliani nomine, detrahatur. Tunc obſtaret rei natura ſenſuſque communis, ſi diceremus, totum aſſem hæreditatis obnoxium eſſe reſtitutioni: tunc enim triente deducto, reſiduum reſtituendum ſupereſſet. Sed non ita dicimus. Iam enim conſtat filio rogato reſtituere hæ- D reditatem, eam interpretationem adhibendam ab initio vt cenſeatur rogatus reſtituere beſſem tantum hæreditatis; quia legitimarius triens excipi debet. Quare ſicuti, ſi expreſsè filius rogatus eſſet beſſem reſtituere, procul dubio detraheret ex eo quadrantem Trebellianicum, ita etiam reſpondendum eſt, vbi totum aſſem reſtituere quidem rogatus eſt teſtatoris verbis, ſed tamen non niſi beſſem reſtituere rogatus intelligitur autoritate legis iubentis, vt dixi, legitimarium trientem excipi de reſtitutione.

Secundum argumentum Hotomani. Euiuſmodi alterum argumentum, inquit, *eſt, Nam cum quadrantis detractio ſit priuatio, & priuatio præſupponat habitum, vt noſtri loquuntur, hoc eſt, detractio rem ſubeſſe arguat, ſatis conſtat, inde duntaxat quadrantem detrahi, vbi redundat, hoc eſt, ab eo, cui plus dodrante ſuperat. Quod ſi filius, qui legitimā detraxit Pegaſianum quadrantem petat, quæro, an ab eo petat, cui plus dodrante ſuperat? At nimirum hoc illud eſt, quod vulgo dicitur, quartæ detractionem ei demum concedi, qui ſupra dodrantem grauatus eſt. §. ſed quia. de fideicommiſſ.* A *hæredit. vbi dicitur Senatum cenſuiſſe, vt ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atq; ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Quoties igitur hæres ſupra dodrantem grauatus non eſt, ſed ei quadrans hæreditatis quoquo iure, ſiue inſtitutionis, ſiue præceptionis, deductionis, retentionis, ſiue legati, ſiue mortis cauſa capionis relictus eſt, ſequitur, vt quartam petere non poſſit, l. in quartam. ff. ad leg. Falcid. Itaque cum hæres legitimam adeptus eſt, ſatis conſtat enim ſupra dodrātem grauatum non eſſe, ac proinde petere Falcidię beneficiū non poſſe.*

Reſpondeo, propoſitionem, qua iſte nititur, veram nō eſſe, ita ſimpliciter, & abſolutè, vt pónitur, videlicet, quoties hæres ſupra dodrantem grauatus non eſt, quartam partem detrahere non poteſt. Nam etſi partem tantum hæreditatis, puta dodrantem ſolum vel minorem partem reſtituere grauatus ſit, detrahere tamen poteſt quartam partem ex Trebelliano; quia nihil intereſt, vtrum quis totam, vel partem hæreditatis reſtituere grauatus ſit, vt in § nihil antem intereſt, in Inſtitut. de fideicom- B miſſ. hæredit. Hoc autem allegare poteſt Hotomanus, & puto etiam, ita eum intellexiſſe, hæredem imputare debere in Trebellianicam, quicquid vel pręcipere, vel deducere, vel retinere iuſſus eſt, vt in d. l. in quartam, ff. ad legem Falcid. Et conſequenter, legitimarium trientem ipſum imputare oportere. Si igitur hoc velit, vti colligitur ex verbis eius, & ex lege, quam allegat, reſpondeo, legitimam imputandam non eſſe, quoniam in Trebellianicam ea tantum imputantur, quæ ex teſtamento hæres conſequitur, non etiam ea, quæ iure ſuo extra teſtamentum hæres habet, vel ei debentur, vt probat textus in l. pater filiam, ff. ad legem Falcid. ibi: *Falcidiam quidem iure hęreditario, dotem autem iure proprio filiam habiturā.* Et in l. debitor, ff. ad Trebell. declarat poſt Bartolum, & alios optimè Ripa, in d. l. in quartam, nume. 84. vbi propterea docet bona emphyteutica, & feudalia non impu- G tari in Trebellianicam, quia non capiuntur ex teſtamento. Sed legitimam filius conſequitur extra cauſam teſtamenti; Ergo illa in Trebellianicam imputanda non eſt. Hæc aſſumptio probatur; quia filio debetur legitima legis prouidentia, nó autem patris beneficio, cogitur enim pater illam excipere ex onere reſtitutionis, vt dictum eſt, & tenetur eam filio abſque omni onere relinquere, inſtitutionis titulo, Appellaturque *debitum naturale.* in l. ſcimus, § illud præterea, C. de inoffic. teſtam & in l. 1. C. de imponen. lucra deſcript. *Debitum bonorum ſubſidium.* in Nouella de Triente, & Semiſſe. Et neceſſitatem imponit lex parentibus relinquendi legitimam filio, *tanquam illa ſecundum naturam ei debeatur*, inquit Imperator in Nouella, de hæredibus & Falcid. §. 1. quare ex his omnibus concluditur, rectè dici legitimam extra cauſam teſtamēti capi a filio, & non patris iudicio, vt dictum eſt, ſed legis prouidentia, vt alibi loquitur Vlpianus, in l. ſi arrogator, ff. de adoptio. Conſequenter illa imputari non debet in D Trebellianicum quadrantem, in quam ea imputantur, quæ patris iudicio ex teſtamento perueniunt.

Tertium argumentum *ducatur*, inquit Hotomanus, *ex aliarum quartarum inductione; nam in reliquis omnibus hoc perpetuo videmus eſſe iuris, vt vnius adeptio, alteram excludat. Cuius rei tria exempla ſuppeditat l. Papinianus ff. de inoffic. teſtam. Primum eſt in § quarta autem, vbi filius, qui Falcidiam ex legatis adeptus eſt, ab inofficioſi querela depellitur. Alterum in § vnde ſi quis, vbi filius Pegaſianam ex fructibus conſecutus, ſimiliter ab inofficioſi actione excluditur. Tertium in §. ſi quis impubes, vbi nepos ex filia impubes, ab auo arrogatus, & exhęredatus, quoniam ex conſtitutione D. Pij Quartam habet, à querela remouetur. Cui conſentaneum eſt, quod traditur in l. 1 § pen. ff ſi cui plus quam per legem Falcid. vbi patronus, qui in liberti bonis partem habet legitimam, ſi eam detraxit, a Falcidia petenda depellitur.*

Reſpondeo, vt & initio dixi, non eſſe in hac diſputatione obſeruandum id, quod antiquis legibus eſt conſtitutum. Si enim ſecundum antiquas leges definiri debeat

hæc

hæc controuerſia, facile exiſtimauerim vnam tantum quartam detrahendam eſſe,& hoc probant exempla aliarum quartarum adducta: ſed hic poſtremæ leges perpendendæ ſunt, quibus conſtitutum eſt, vt filio reſtitutione iniuncta, legitima excipiatur, aut pro excepta habeatur. Ex hoc enim ſequitur,illam eſſe retinendam tanquam filio debitam, & reſiduum hæreditatis reſtituendum deducta Quarta Trebellianica, in quam legitima non imputatur,ut dictum eſt: quia non iudicio teſtatoris,ſed legis prouidentia ad filium peruenire dicitur. Quare argumentum ex aliarum quartarum inductione, in quibus hæc ſpecialiter conſtituta non ſunt, huc nequaquam pertinere poteſt.

Quartum argumētum Hotomani eſt, ex Nouella 39. de reſtitutionibus, & ea quæ parit, *Cuius verba* (inquit Hotomanus) *Iuliano interprete, hæc ferè ſunt: Si quis vnū ex liberis hęredem inſtituerit,& rogauerit eum, vt cùm morietur, aliis reſtituat hæreditatem: primum quidem legitimam portionem, nempe trientem ſibi retineat, cæteras autē partes fideicommiſſario reſtituat integras. Itaque Bartolus in eum locum ſcribens num.1. Nota inquit, filium fideicommiſſo grauatum non poſſe duas quartas detrahere, ſed vnam tantum.*

Reſpondeo, maiorem me in viro docto fidem in referendis legibus deſiderare. Nam ſi legatur tota illa Nouella, ſiue ſecundum Iuliani, ſiue ſecundum Haloandri interpretationem hoc non dicit. Verba ſuperius propoſui,& totam hic Nouellam adſcriberem,niſi id ſuperuacaneum viderem. Hoc dicit quidem Nouella legitimam eſſe accipiendam de reſtitutione; ſed non ſunt in ea illa verba: *Cęteras autem partes fideicommiſſario reſtituat integras.* Videat lector Nouellam totam,& omnis ei ſcrupulus auferetur.

Sed nec fideliter Bartoli verba refert, etſi enim aliquod argumentū ex Nouella deſumat pro contraria ſententia, nō tamen ita loquitur, ut ille refert: uerba Bartoli hæc ſunt: *Nota ex hac l. in ver. Quamobrem: quia iſte textus optimè facit, quod filius rogatus de reſtitutione non poſſit habere, niſi vnam quartam. Nam hoc vides, quod filio de reſtituendo grauato ſolum conſulitur in quarta debita iure natura, & tota reliqua ſubſtantia venit in reſtitutione fideicommiſſi, nec diminui poteſt, niſi ex cauſa dotis vel donationis propter nuptias. Sed ſi Quartam Trebellianicam detrahere poſſet, deberet ex cauſa dotis, vel donationis propter nuptias conſtituere, ſi debita iure natura non ſufficeret: nam quod hęc de reliqua ſubſtantia poſſit detrahi, & priuilegium dotis, & donationis propter nuptias; ergo in contrarium eſt ius commune; quia propter nullam aliam cauſam reliqua ſubſtantia, quę reſtat, poſſit detrahi vel minui.l. ius ſingulare, de leg.*

Reſpondeo ad iſtud argumentum. Nouellam non hoc dicere, detracta legitima totam reliquam ſubſtantiā in reſtitutionem uenire, legantur uerba, non hoc inuenietur: ſed Bartolus id colligit ex duobus, primùm: quia Nouella dicit detrahendam, ſiue excipiendam eſſe legitimam de reſtitutione,& nihil dicit de Trebellianica: uidetur enim inferri ex hoc, reliquam ſubſtantiam reſtituendam eſſe. Deinde, quia tantummodo dos & donatio propter nuptias hoc priuilegium habeant, ut ex reſtitutione excipiantur. Reſpondeo ad primum, non, ſi textus Nouellæ legitimam excipiat, & nullam Trebellianicæ mentionem faciat, idcirco Trebellianicę detractionē fieri poſſe negat. Legitimam enim excipit, quia non vult eam ſubiectam eſſe reſtitutioni. Cętera ſubſtantia ſubiecta eſt reſtitutioni, ſecundum formam Trebelliani Senatuſconſulti; quæ eſt, vt ſiue tota hæreditas, ſiue pars eius reſtituenda ſit, quarta pars detrahatur. Ergo non prohibet ibi detractionem. Ad ſecundum reſpondeo, dotem & donationem propter nuptias excipiendam eſſe de reſtitutione; quia pater tenetur filiæ dotem dare, & donationem propter nuptias pro filio conſtituere, l. vlt. C. de dotis promiſſio. Ergo non poteſt in hac parte filium grauare, ac per reſtitutionem iniunctam efficere, vt dotem

A & donationem propter nuptias non conſequatur. Reliqua ſubſtantia ſubiecta eſt reſtitutioni, ſed ſecundum legis formam, ut fiat Quartæ detractio ex Trebelliano Senatuſconſulto. Itaque uerum eſt, quod dicit Bartolus, ſolam dotem,& donationem propter nuptias hoc priuilegium habere, ut in reſtitutionem non ueniant: ſicut nec legitima uenit iure naturæ debita, reliqua enim ſubſtantia in reſtitutionem uenit, nec nos id inficiamur, ſed uenit cum ſua cauſa, ut ſcilicet patiatur quartæ partis detractionem.

Dices, ſi locus eſſet detractioni Quartæ huius Trebellianicæ, ex ipſa dos & donatio propter nuptias erat conſtituenda, quatenus legitima non ſufficeret; non autem ex reliqua ſubſtantia reſtitutioni obnoxia. At hoc iniuſtum eſt: nam, ut dixi, pater tenetur dotem,& donationem propter nuptias dare,& conſtituere filio. Ergo non debet filius ex ſua Trebellianica, quam, ut hæres grauatus conſequitur, ſupplere id, quod deeſt ad dotem,& donationem propter nuptias: ſed id ex bonis, & ſubſtantia

B patris ſupplendum eſt, ita ut filius iure proprio dotem habeat, & donationem propter nuptias: & iure hæreditario, id eſt, tanquam hæres grauatus Quartam ex Trebelliano, l. pater filiam, ff. ad leg. Falci. ibi: *Falcidiam quidem iure hęreditario, dotem autem iure proprio*, &c.

Quintum argumentum eſt ex l. iubemus, 6. C. ad Trebell. ubi Zeno ſtatuit, ut filius portionem ſuam hæreditariam fratri reſtituere rogatus, retenta ex Senatuſconſulti beneficio Quarta, dodrantem reſtituat: *Quo* (inquit Hotomanus) *quid apertius dici poteſt? Neque nos moueat, quod ſupra diximus, Iuſtinianum de legitima ſtatuiſſe, cū enim eius ſummam auxiſſet, & ex quadrantaria trientariam feciſſet, non dubium eſt, quin filij iam non amplius Pegaſianam, ſed legitimam potius petituri ſint.*

Reſpondeo, ſi Zenonis tempora ſpectemus, vnam tantum quartam detrahi potuiſſe, nēpe Trebellianicam, ratio eſt; quia nondum Nouella Iuſtiniani erat lex edita, qua conſtitutum eſt, ut legitima filiorum non ueniat in

C reſtitutionem. Cùm enim tempore Zenonis etiam legitima in reſtitutionem ueniret, meritò non erat locus detractioni eius, ſed tantum Quartæ Trebellianicæ, ſed cùm hodie legitima in reſtitutionem non ueniat ex Nouella, ſequitur, ut illa ſit excepta, & ſalua filio, nec ſubiecta reſtitutioni: ex reſidua uerò hæreditate reſtituenda, quartam partem detrahere filius poſſit autoritate Trebelliani Senatuſconſulti, quod nullibi prohibetur hoc in caſu locum habere. Id verum eſſe, quod diximus, nempe, tempore Zenonis legitimam in reſtitutionem ueniſſe, patet tum ex lege Zenonis, tum ex Nouella Iuſtiniani: Ex lege quidem Zenonis, quatenus dicit: *Retenta Quarta pro autoritate Senatuſconſulti Trebelliani* reſtituēdum eſſe dodrantem. Nouella autem id probatur, quia Iuſtinianus in d. §. quamobrem, dicit ſe hanc legem nouam ponere: *Pręſentem*, inquit, *ponimus legem omnia quidem alia prioris à nobis poſitę conſtitutionis rata manere volentes; hoc vero innouantes ſolummodo*, &c.

D Quibus uerbis apparet ipſum de nouo id ſtatuiſſe, ut legitima in reſtitutionem non ueniret.

Sextum argumentum ſumitur ex l. quoties, de reg. iur. *Quoties duplici iure defertur alicui ſucceſſio, repudiato nouo iure, ſuperat vetus: non enim duę cauſę lucratiuę in eundem hominem, & eandem rem conueniunt.* §. ſi res aliena, de leg. l. omnes, l. ex promiſſione. ff. de actio. & oblig. *& non vt ex pluribus cauſis deberi nobis poteſt, ita ex pluribus cauſis peti idem poteſt* l. non ut ex pluribus, de reg. iur. Cùm igitur quadrans ſucceſſionis nomine, à lege attribuatur, qui eum ſemel ex una cauſa adeptus eſt, ſi eundē ex alia cauſa petat, doli exceptione rectè remouebitur: habet enim quod petit, l. 1. ff. de doli except.

Reſpondeo, argumentum hoc ſupponere unum tantum quadrantem deberi,& idcirco non poſſe niſi ſemel peti, ſed nos id negamus: quia dicimus, & legitimam detrahendam, quia in reſtitutionem non uenit, & Trebellianicam eſſe detrahendam autoritate Senatuſconſulti

Trebel-

Trebelliani.quare duæ cauſæ lucratiuæ non pertinent ad vnam,& eandem rem,ſed ad res diuerſas,quo cain regula non obſtat.

Hæc,& alia his ſimilia, attulit argumenta poſt Franciſcum Hotomanum, nouiſſimè Angelus Mattheacius lib.2.cap.25.de via,& ratione iuris artificioſa. quæ ſanè, vt mihi videtur,iam ſublata ſunt.

Supereſt, ut argumenta diluamus eorum, qui dixerunt, eodem tempore deduci non poſſe legitimam, & Trebellianicam. Illa uerò duo ſunt potiſſimum, primum quia non videtur iuri conuenire, ut duæ cauſæ lucratiuæ eodem tempore locum habeant. Alterum, quod legitima in Trebellianicam ſit imputanda; uel econtrario Trebellianica in legitimam,& ſic effectu non habebit filius præter legitimam, uel Trebellianicam.

Reſpondeo ad primum, iam reſponſum eſſe ſuperius; quia cum ex diuerſis cauſis procedant ambæ detractiones, abſurdum non eſt, ut eodem tempore locum habeant. Ad alterum autem argumentum reſpondeo, negando imputationem illam. B Nam legitima non debet imputari in Trebellianicam, cùm in eam imputentur ea tantum, quæ capiuntur ex teſtamento. Legitima uerò capiatur extra cauſam teſtamenti, ut ſuprà latius dictum eſt. Trebellianica uero in legitimam imputari non poteſt; quia in legitimam haud quaquam imputantur ea, quæ filius aduentitio quodam iure habet, non autem ex ipſa teſtatoris uoluntate, l.ſcimus, §. repletionem, C. de inoffi.teſtamen. Trebellianica uero extrinſecus aduenit filio, nempe, ex Trebelliano Senatuſconſulto, ut patet.

CAPVT III.

Vtrum Trebellianicæ detractioni ſit locus cum legitima eſt ſemis.

C

ADmiſſa hac uera ſententia, quam in præcedenti capite probauimus, filium hæreditatem reſtituere grauatum, detrahere poſſe præter legitimam etiam quartam Trebellianam, alia oritur controuerſia: Sitne idem reſpondendum etiam eo in caſu, quo legitima filiorum eſt ſemis, puta ſi quinque fuerint aut plures filij, qui reſtituere hereditatem ſint rogati? Etenim Bald. in conſil.94.lib.2. reſpondit, hoc in caſu non eſſe locum detractioni Trebellianæ,& Baldum ſecutus eſt, Couuar. ad cap Raynucius,§.11.num.6.de Teſtamentis. Decius in conſil 218.circa finem. Fundamentum eſt, quia uidetur abſurdum, ut grauati filij reſtituere hæreditatem alijs, plus conſequantur ex hæreditate, quam is, cui hæreditas ex fideicommiſſo reſtituenda eſt. Plus autem conſequerentur: quia ſemiſſem in primis detraherent pro legitima, & ex alio ſemiſſe adhuc quartam partem. D Sed contraria ſententia mihi uidetur uerior,& communior, filios etiam in propoſita ſpecie præter legitimam poſſe Trebellianicam detrahere. Ita docuerunt Crau.in conſi. 40.& ibidem Stracca in annotationibus Cagnol ad l. Papinianus,§.meminiſſe,numer.19. ff. de inoffic.teſtamen. Alba in conſil. 41. & multi alij, quos refert & ſecutus eſt Anton.Teſſaurus deciſ. Pedemontana 252.dicens, ita Senatum iudicaſſe, quibus adde Marcum Antonium Eugenium, in conſi. 11.& in conſi.33.num.75.

Fundamentum uero ſatis firmum, ac ſolidum illud eſt; quia etiam ad hanc ſpeciem, in qua ſemis detrahitur ratione legitimæ, legis uerba, & ratio eius adaptantur. Verba quidẽ, quia generaliter lex dicit, filium in legitima grauari non poſſe, ac proinde deducendam, & excipiendam eſſe de reſtitutione: Trebellianicã aũt detrahi, ſicut & quilibet extraneus detrahere poteſt. Ergo de quacunque legitima lex loquitur, ſiue illa ſit ſemis, ſiue ſit triens. Ratio uerò legis, quia nunquam legitima grauari poteſt, etiam ſi ſit ſemis, propter numerum liberorum; & conſequenter etiam, ſi ſit ſemis in reſtitutionem uenire non poteſt.

Porrò fauor, quo proſequuntur leges numerum liberorum, & ipſa rei æquitas facit, ut non uideatur abſurdum, ſi plus liberi retineant atque deducant, quam fideicommiſſario reſtituant. Etenim ſi quinq; ſint filij, quilibet parum habebit, tum ratione ſemiſſis legitimarij, tũ ratione quadrantis Trebelliani, quippe qui in quinq; partes diuidendi ſint, & ſic plus habebit fideicommiſſarius iſte, quam habiturus ſit quilibet ex filijs, qui grauati ſunt, quamobrem nihil inde abſurditatis oriri exiſtimo.

CAPVT IIII.

Vtrum prohiberi Trebellianica detractio poſſit a teſtatore.

PErcurremus, & alias de Trebellianica controuerſias, inter quas illa eſt non ignobilis: Poſſitnè Trebellianica prohiberi a teſtatore. Affirmant Bar. ad l.Marcellus, ff.ad Trebell.& Iaſ.ibid. Aretin. in conſi.17. & alij apud Gabrielium Commun.concl.tit ad Trebell. concl.1. Adde Couuar.ad cap. Rainaldus,§.3.num.6.de teſtam. Andr.Geyll.lib.2.Obſeru.138.nu.15.

Fundamentum eſt; quia Falcidia prohiberi poteſt, ut patet ex Nouella de hęredibus & Falcid.§.ſi verò expreſſim. Ergò & Trebellianica. Nam æquiparantur Falcidia & Trebellianica, l.Marcellus,§. quod autem, ff.ad Trebell. immò ad exemplum legis Falcidiæ Trebelliana detractio inducta eſt,§.ſed quia, in Inſtit. de fideicommiſſarijs hæredit. Immò Falcidiæ appellatione uenit etiam, & ſępè intelligitur Trebelliana, l.pater filiam, l. Titia, ff. C ad legem Falcid. l. Iubemus, C.ad Trebellian. & uidetur eſſe eadem ratio in Trebelliana, quæ eſt in Falcidia. Illa enim ratio eſt, quantum ad Falcidiam; quia aut hæres, cui detractionis commodum auſertur, adibit hæreditatem, aut illam repudiabit: ſi adibit, pium opus faciet exequendo teſtatoris voluntatem, licet nullum commodum habiturus ſit; ſi uerò repudiabit, hęreditas ad alios pertinebit, nempe ſubſtitutos uel fideicommiſſarios, uel alios legitimos hæredes, vt latè explicat Imperator in d.§. ſi uerò expreſſim.

Verum iſtis nil morantibus, contrariam ſententiam amplector, quam amplexi fuere Bartolus ſibi parum conſtans, in l nemo poteſt, de leg 1. Alex. ad d l.Marcellus, ff. ad Trebell.& ibi etiam Ripa eam defendit, licet non putet a communi recedendum ſententia, Alciat.lib.5. Paradoxorum, c.19.& alij, apud Couuar.& Gabrielium locis proximè annotatis.

Moueor hoc argumento. Certum eſt ante Nouellam D Iuſtiniani de hæredibus,& Falcidia. Trebellianicã prohiberi non potuiſſe: quia nemo poteſt facere, quin leges in ſuo teſtamento locum habeant, l.nemo poteſt, de legat.1. & ſatis id luculenter probatur in l.ſi ut allegas, C ad Trebell. in l.Titia, ff.eod & alijs in locis. Sed per Nouellam Iuſtiniani ſupradictam de hæredibus, & Falcid. contrarium non eſt conſtitutum; ergo manet ius antiquum, ut nequaquam a teſtatore prohiberi ualeat detractio quartæ, quæ fit ex Trebelliano Senatuſconſulto, quam Trebellianicam appellamus.

Aſſumptio argumenti certa eſt, & manifeſta: quia Iuſtinianus in dicta Nouella de Falcidia lege loquitur, quæ ex legatis detractionem concedit, quoties ultra dodrantem legatis hæreditas onerata eſt.

Omnis difficultas in eo eſt poſita: utrum illa conſtitutio extendi debeat etiam ad Trebellianicam: & ſanè inficiari nemo poteſt, quin magna ſit Falcidiæ, & Trebellianicæ affinitas, & ſimilitudo, ſed tamen non ſi in uno ſimili corrigatur ius antiquum, ſtatim etiam in alio correctũ cenſetur, ut notari ſolet in Auth.quas actiones, C.de ſacro-

ſacroſanct.eccl. Prȩterea conſiderari poteſt duplex ratio diuerſitatis inter Falcidiam, & Trebellianicam. Prima eſt, quia Trebellianicæ detractio competit hæredi grauato reſtituere per fideicommiſſum, qui cogi à fideicommiſſario poteſt adire hæreditatem, & reſtituere etiam inuitus, l. quia poterat, ff. ad Trebell. Falcidiæ autem beneficium datur hæredi grauato, ad legata præſtanda, qui quidem à legatarijs inuitus cogi non poteſt ad adeundã hæreditatem; Ergo cum hæres fideicommiſſo grauatus hæreditatem reſtituere in eo ſit deterioris conditionis, quàm alter, qui legatis oneratus eſt, meritò debet in altero melioris eſſe conditionis, vt Trebellianicæ cõmodo priuari à teſtatore non poſſit, licet alter priuari poſſit.

Reſpondet Socinus in d. l. Marcellus, ff. ad Trebel. nõ eſſe rationem habendam huius grauaminis hæredis, quòd poſſit cogi adire hæreditatem; quia id intelligitur periculo fideicommiſſarij, cui reſtituit, vt in d. l. quia poterat. Et ratio Quartæ detrahendæ illa eſt, vt hæredes inuitentur ad adeundam hæreditatem, vt in §. ſed quia, in Inſtit. de fideicommiſſ. hæred. non autem, quia cogi poſſet ad adeundum.

Iaſon Socino replicat, & Ripa Iaſoni; Ripa inquam, in l. nemo poteſt, num 44. de leg. 1. & mihi ſanè videtur non bona reſponſio Socini, quia licet hȩres compellatur damno & periculo fideicommiſſarij; multis tamen moleſtijs & periculis expoſitus eſt, licet ei ſit cautũ à fideicommiſſario, argum l. cogi, §. ſi pater, ff. ad Trebell. ibi: *Non oportere ſub incerto cautionis ſe committere.*

Altera diuerſitatis ratio hæc eſt; quia dũ Iuſtinianus cauit Falcidiam prohiberi poſſe, ſic ait: *Si verò expreſſim deſignauerit* (teſtator) *non velle hæredem retinere Falcidiam, neceſſarium eſt teſtatoris valere ſententiam, & aut volentem eum parere teſtatori, forſan etiam quadam iuſtè & piè relinquentis, lucrum non in percipiendo, ſed ſolũmodo piè agendo habentem, & non videri lucro huiuſmodi eſſe hȩreditatem. Aut ſi parere noluerit, eum quidem recedere ab eiuſmodi inſtitutione, locum verò fieri, ſicut dudum prædiximus, ſubſtitutis, & cohȩredibus, & fideicommiſſarijs, & legatarijs, & ſeruis, & ijs, qui ab inteſtato ſunt, & alijs ſecundum prius inuentam à nobis in talibus viam.*

Hæc ratio locum non habet in hærede fideicommiſſo grauato, quia datur tertium: quoniam cogi poteſt adire hæreditatem, & reſtituere, vt dictum eſt. Itaque non in eo verificari poteſt illud dilemma. Aut adibit, aut repudiabit: quia ſi repudiare velit, cogi poteſt adire: quare pro compenſatione talis incommodi dignus omnino eſſe videtur Trebellianici quadrantis commodo; ſic enim facile adducetur ad hæreditatem adeundam abſque vlla coactione, quæ cauſa fuit detractionis inducendæ, vt dictum eſt.

Ex quibus reſponſum patet ad argumentum contrariæ opinionis; & ſi enim magna ſit ſimilitudo Falcidiæ, & Trebellianicæ, aliqua tamen diuerſitatis ratio inter vtramque conſiderari poteſt; & vt maximè in omnibus conuenirent, inhærendum iuri antiquo videtur, donec expreſſe ſublatum ſit, nec per vllam conſequentiam, ac tacitam quandam interpretationem nobis licere debet illud emendare, ac tollere.

CAPVT V.

Quid in liberis primi gradus, vtrum in Trebellianica prohiberi poſſit à teſtatore.

CONtrouertitur prætere a, vtrum filijs primi gradus Trebellianicæ detractio prohiberi poſſit. Etenim affirmãt multi, quos latè refert a probat Menoch. in conſil. 172. lib. 3. Negant verò Baldus, Salycetus, & Corneus ad l. iubemus, C. ad Trebell & multi alij, quos ipſe Menochius commemorat, vbi ſupra, numero 33. Fundamentum affirmantis ſententiæ illud eſt præcipuum, quod Trebellianicæ detractio prohiberi poſſit. Ex hoc enim ſequitur, etiam filijs primi gradus prohi-

A beri poſſe, in quibus nihil ſpecialiter in contrarium conſtitutum eſt, & quibus pater legitimam portionem relinquere tenetur, ac de reliquis ſuis bonis pro libitu diſponere, vt in Nouella de Triente & Semiſſe. Quod autem Trebellianicæ detractio prohiberi poſſit, probatur ex §. ſi vero expreſſim, in Authent. de hæredibus & Falcidia argumento ſumpto de Falcidia ad Trebellianicam, tum quia æquiparari videantur; tum quia ſit eadem ratio in vtraque. Sed quoniam contrariam ſententiam in prȩcedenti capite probaui, nimirum Trebellianicam, prohiberi non poſſe, & illud argumentum de Falcidia ad Trebellianicam improbaui, non video quo modo huic ſententiæ aſſentiri debeam, aut paſſim. quare cum filiorum cauſa ſit fauorabilior, quam aliorum hæredum, ac pro eis antiquarum autoritas legum pugnet, quibus conſtitutum eſt Trebellianicæ detractionem prohiberi non poſſe; quia nemo poteſt facere, quin leges in ſuo teſtamento B locum habeant. l. nemo poteſt, de legat. 1 affirmantem ſententiam valere iubeo: & negantem, quæ etiam communior eſt, in hac quæſtione amplector.

CAPVT VI.

Vtrum Trebellianica detractio prohibita eſſe intelligatur, cum teſtator alienationem bonorum prohibuit.

NOn aſſentior ijs, qui putant teſtatore prohibente bonorum alienationem, videri prohibuiſſe Trebellianicæ detractionem; Nam præter quam, quod illud illa prohiberi etiam expreſsè non poteſt, vt in capit. 4. concl. ſupra, illuc accedit, quod ſententia iſta C minus ſolido nititur fundamento. Nititur enim tex. Nouellæ Iuſtiniani ſub titu. Vt ſponſalitia largitas ſpecialis ſit contractus, &c. § vlt. Verba textus hæc ſunt: *Si quando autem aliquis teſtamentum faciat, & aliquam rem immobilem ſua familiæ, aut alteri cuiquam perſonȩ nomine legati reliquerit, & ſpecialiter dixerit, nullo tempore hanc rem alienari: ſed aut apud hȩredes, aut apud ſucceſſores illius, cui relicta eſt permanere, in hoc legato iubemus Falcidiam legem locum penitus non habere; quoniam alienationem eius teſtator ipſe prohibuit.*

Hic loquitur Imperator de Falcidia, quȩ ad legata pertinet, & de re particulari legata alienari prohibita; non autem de generali prohibitione alienationis bonorum, quæ ex fideicommiſſo reſtituenda ſint. Huc accedat, quod obſeruandum eſt: Nam cum de vna re particulari agatur, facilè concedi poteſt, vt ex ea non poſſit aliquid deduci Falcidiæ nomine, qui ex alijs rebus hæreditarijs deduci poterit; quæ ratio ceſſat, vbi generalis eſt D prohibitio, tunc enim nulla ex re detractioni Falcidiæ locus eſſet, quod in obſcura teſtatoris voluntate dicendum non eſt. quare generalem illam concluſionem reijcio, quȩ docet, prohibita alienatione cenſeri prohibitam Trebellianicæ detractionem, etſi autores habeat non paucos, quos refert Gabrielius commun. concl. titu. ad Trebellia. concluſ. 9. Mantica de coniect. vltimar. volun. libro 7. titu. 12. Hippol. Riminald. in conſil. 131. Et aliorum accedo ſententiæ, qui docuerunt, ita demum ex prohibitione alienationis prohibitam hanc detractionem videri, ſi de re particulari prohibita alienari agatur, quoniam ex alijs bonis detrahi poterit Trebellianica. ita docuerunt Auguſt. Berous in conſil. 83. num. 15. lib. 2. Alciatus reſponſo 113. lib 9. Socin. iun. in conſilio 170. libro ſecundo, Roland à Valle in conſil. 9. libro 4. Dom. meus Cephal. in conſil 320. nume. 43. libro 3. Mant. vbi ſupra poſt numero 2.

CAPVT VII.

Trebellianicam an fideicommiſſarius reſtituens alteri fideicommiſſario detrahere aliquando poſſit.

CVm ſecundus hęres, hoc eſt fideicommiſſarius, cui à primo hærede grauato hæreditas reſtituta eſt, eam reſtituit alteri fideicommiſſario, Quartam ex Trebelliano deducere non poteſt, l. ſi patroni, §. qui fideicommiſſariam, ff. ad Trebell. cauſam adferunt Iaſon ad l. 1. §. denique. ff. eod. tit. & Ripa ad l. 1. § ſed & quoties, nu. 9 ff. eod. tit. ſi proponatur ex facto, primum hæredem, qui reſtituit Quartam, ideo non detraxiſſe, quòd eam donare volebat fideicommiſſario; tunc enim fideicommiſſarius poſtea reſtituens hæreditatē ſequenti fideicommiſſario, iuſtè eam detrahit, l. 1. § denique, ff. ad Trebell. In his omnes conueniunt. Illud controuerſum eſt; an in dubio præſumatur hæres totam hæreditatem reſtituendo, abſque vlla detractione, donare voluiſſe huiuſmodi Quartam fideicommiſſario, cui hæreditatem reſtituit. Et Bar. in d. l. 1 § denique, ff. ad Trebel. quem ibi multi alij ſunt ſecuti, affirmat donare voluiſſe, & hanc coniecturam donationis hoc in caſu ſumendam ex illa Iuris Regula. Qui ſcienter indebitum ſoluit, donare præſumitur, l. 1. ff de condict. indeb. l. cuius per errorem, de reg iuris. Hic autem hæres ſcienter indebitum ſoluit, quia totam reſtituit hæreditatem, cùm tamen Quartam retinere poſſet.

Sed contraria ſententia mihi magis probatur, quam amplexi fuere Caſtrenſis, Iaſon, Ripa, & Ruinus in Cōmentarijs d. l. 1. § denique, ff ad Trebell. Fundamentum eſt ſatis firmum, in l ſi ſponſus, §. ſi quis rogatus, ff de donat inter virum & vxorem. Vlpianus: *Si quis rogatus ſit percepta certa quantitate vxori ſuę hęreditatem reſtituere, & is ſine deductione reſtituerit, Celſus lib. 10. Digeſtorum ſcripſit, magis pleniore officio pręſtandę fidei functum maritum quam donaſſe videri; & rectam rationem huic ſententię Celſus adiecit: quod plerique magis fidem exoluunt in hoc caſu, quam donant: nec de ſuo putant proficiſci, quod de alieno plenius reſtituunt, voluntatem defuncti ſequuti, nec immeritò ſępe enim credimus aliquid defunctum voluiſſe, & tamen non rogaſſe. Quæ ſententia habet rationem magis in eo, qui non erat deducta Quarta reſtituere rogatus, & tamen integram fidem pręſtat omiſſo Senatuſconſulti commodo.*

Reſpondet Alexander, dictionem *Magis* comparatiuè ibi accipiendam, non electiuè, quaſi maritus etiam donaſſe videatur, ſed tamen magis fidem impleuiſſe. Non rectè: quia nullo modo donaſſe maritus intelligitur, vt patet ex verbis textus. Præcipua enim intentio ſpectanda eſt, l ſi quis nec cauſam, ff. ſi certum petatur, quæ fuit exequendi voluntatem teſtatoris, vt ibi dicitur.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo: Regulam, quæ adfertur ex l. 1. ff de condict. indeb. locum habere; cùm nulla alia poteſt capi coniectura; ſecus ſi alia capi poſſit coniectura, vt in hac ſpecie, illa nempe, vt hæres totam reſtituens hęreditatem, Quarta non detracta, hoc feciſſe videatur, quo pleniore officio præſtandę fidei fungeretur. Etſi enim totam hæreditatem non teneatur reſtituere, ex quadam tamē obligatione naturali tenetur, quæ facit, vt ſolutum non repetat, l. 1. C. ad legem Falcid. Et declarat Guido Papę, ad l. 1. num. 24. de leg. 1. Iaſon ad l. cum quis, C. de iuris, & facti ignorant. quare coniectura donationis, cùm alia tam ſubſit, ceſſare debet ex traditis per Decium ad leg. donari, de regulis iuris.

CAPVT VIII.

Quartę Trebellianicę detractio ſit ne fienda ex tota hæreditate defuncti; an verò ex eo quod ſupereſt, deductis legatis.

EXemplum eſt; Paterfamilias habet quadringenta, legauit centum, cætera per fideicommiſſum reſtitui ab hærede mandauit. Hæres Quartam ex Trebelliano deducit, quæritur, ſitne ex tota hæreditate deducenda, & ſic ex quadringentis, quo caſu centum detrahentur; an verò ex trecentis tantùm, quæ legatis deductis ſupererant.

Reſpondeo, adhibendam eſſe diſtinctionem, quę ſequentibus continetur Concluſionibus. Prima Concluſio. Hęres purè rogatus reſtituere hęreditatem, Quartam ex Trebelliano deducet habita ratione totius hęreditatis & quantitatis bonorum, quę reperitur: non autem ex eo, quod ſupereſt, deductis legatis: & ideo ſecundum ſupradictam hypotheſim centum detrahere poterit. Huius concluſionis duplex ratio adferri poteſt. Prima, quia legatorum onus non ab hæredem grauatum, ſed ad fideicommiſſarium, cui reſtituta eſt hæreditas, ſpectat, l. 1. §. vlt ff. ad Trebell l. vlt. C. eod. tit. Sed ſi Quarta deduceretur ex eo, quod ſupereſt, deductis legatis, hæres aliquo modo ſentiret onus legatorum; quia ipſius Quarta ex eo eſſet diminuta: ergo ex tota quantitate deduci debet eiuſmodi Quarta Trebellianica. Altera eſt ratio; quoniam hæres grauatus reſtituere potior eſt legatarijs, quantum ad ſuæ Quartæ detractionem, l. Titia, ff. ad legem Falcid. & declarat optimè Ripa, ad l. 1. §. is qui quadringenta, num 4. ff ad Trebell. Sed ſi legata prius deducerentur, ac ex reſiduo Trebellianica deduceretur, ipſa Trebellianica diminueretur propter legata, vt patet: Igitur ex tota quantitate patrimonij deducenda eſt, non ex reſiduo. Et ita reſpondit Cranetta in conſil 16.

Secunda Concluſio; Cùm fideicōmiſſum eſt purum, ſed legata nominatum ab ipſo hærede grauato relicta ſunt, tunc non ex tota hæreditate, ſed ex eo, quod ſupereſt, legatis deductis, detrahenda eſt. Ita reſpondit Crauetta in conſil. 16. poſt Rotam Romanam, quam citat deciſione 870. Quædam mulier, in antiquis Fundamentum eſt; quia cùm legata ab hærede relicta ſunt, onus ſoluendi nō ad fideicōmiſſarium, ſed ad hæredem ipſum grauatum ſpectat, l. Marcellus, ff ad Trebell. Ergo non debet fieri deductio Trebellianicæ ex tota ſumma: quia id oneraret fideicommiſſarium.

Sed vt huic ſententiæ non accedam, duæ rationes ſunt in cauſa. Vna, quia etiam in caſu, quem mox ſubijciam, teſtator noluit ad fideicommiſſarium onus legatorum ſpectare, & tamen hæres grauatus ex omnibus bonis habet Quartam, non autem ex fideicōmiſſo dumtaxat. Altera eſt ratio; quia non eſt in poteſtate teſtatoris, vt hæredi pręiudicet quoad Quartam ei debitam, onerando eum legatis. l. 1. ff. ad legem Falcidiam, quod ſi ſuperior ſententia obtineret, liceret teſtatori legatis nominatim ab hærede datis ita hæreditate exhaurire, vt vel nihil, vel minimum ex hæreditate commodum hæres conſequeretur, & ex fideicommiſſo quod reſtitueret. Ipſe igitur opinor idem hoc in caſu ſtatuendum, quod in ſequenti, vt quia teſtator onus legatorum ſpectare noluit ad fideicommiſſarium, ex omnibus bonis Quarta ex Trebelliano detrahatur contributione facta a legatarijs, & à fideicommiſſario; quam ſententiam probat textus in l. 2. ff. ad Trebellianum, vt notat ibi Iaſon, nume. 5. & 10. & in l Marcellus, quæ eſt l. 3. & ibi Caſtrenſis nota, eodem titulo. Verba legis hęc ſunt: *Marcellus autem apud Iulianum in hac ſpecie ita ſcribit, ſi ad hęredis onus eſſe teſtator legata dixerit, & hęres ſponte adijt hęreditatem, ita debere computationem Falcidię iniri, ac ſi quadringenta per fideicommiſſum eſſent relicta: trecenta verò legata, vt in ſeptē partes trecenti &* ...

diuidantur, & ferat quatuor partes fideicommiſſarius, tres partes legatarius,&c. His verbis patet, hæredem centum ſalua habere, & reliqua trecenta diuidi inter legatarios, & fideicommiſſarium, qui contribuere dicuntur; quia minus accipiunt, quàm eis ſit relictum. Teſtator. n. in ea ſpecie quadringenta habebat, & trecenta legauit; trecenta diuiduntur in ſeptem partes, quarum tres legatarius, quatuor fideicommiſſarius habet.

Tertia Concluſio; quoties deductis legatis hæreditatem reſtitui teſtator voluit, quarta Trebellianica non ex fideicommiſſo tantum deducitur, ſed ex vniuerſis bonis, & ex legatis, l. Marcellus, §. idem Pomponius, ff. ad Treb. cuius verba hæc ſunt: *Idem Pomponius ſcribit, ſi deductis legatis reſtituere quis hæreditatem rogetur, quæſitum eſſe, vtrum ſolida legata præſtanda ſint, & quartam ex ſolo fideicommiſſo detrahere poſſit; an verò, & ex legatis, & ex fideicommiſſo quartam detrahere poſſit, & refert Ariſtonem reſpondiſſe ex omnibus detrahendam, hoc eſt, vt ex legatis, & ex fideicommiſſo.*

Quarta Concluſio, quoties hæres rogatus eſt hæreditatem reſtituere, non purè ſed ſub conditione, de fideicommiſſo ſolo quarta Trebellianica detrahenda eſt, ſecundum Bart. in l. Marcellus, §. idem Pomponius, ff ad Trebell. Crauettam conſil 16. Ancharan. quæſt. famil 6. D. meum Cephalum, in conſi. 189. lib. 2 & 413. lib. 3. qui & alios citant. Sed contrarium docuerunt Salyc. Socin. ſen. Paulus Caſtrenſ. & Iaſon, in d. §. Idem Pomponius, nempe, deducendam quartam, & ex fideicommiſſo, & ex legatis. Quam ob rem videamus vtriuſque ſententiæ argumenta, eaque, vt decet, expendamus.

Prioris ſententiæ argumenta hæc ſunt: Primum ex l. pen. § 1. ff. ad leg. Falcid. vbi quarta detrahitur ex ſolo fideicommiſſo, non autem ex legatis alimentorum; & ratio adferri poteſt: quia hæc videtur eſſe voluntas teſtatoris, dum legata purè relinquit, & fideicommiſſum ſub conditione.

Secundum argumentum eſt; quia cum fideicommiſſum eſt conditionale, vt ſciatur quid, & quantum hæredi debeatur pro ſua quarta, expectandum eſt tempus euenientis conditionis, non autem tempus mortis teſtatoris, l. ſed etſi in conditione, §. ſolemus, ff. de hæred. inſtit. Cum ergo tempore conditionis euenientis ſoluta ſint legata, ex ſolo fideicommiſſo, quod tunc ſupereſt, detrahēda eſſe Trebellianica videtur. Huc accedat, quòd tanta eſſe poſſunt legata, vt ſi ex legatis, & ſimul ex fideicommiſſo quarta ſit deducenda ab hærede, is quandoq; plus ſit habiturus, quàm ille cui reſtituere iuſſus eſt hæreditatem, quod videtur eſſe cōtra mentem teſtatoris, qui plus fideicommiſſarium dilexit, quàm hæredem.

Tertium argumentum. Verba debent accipi eo reſpectu, quo prolata ſunt (ſunt verba Crauettæ) l. debitor, §. vlt. ff. ad Treb. Sed Trebellianicæ detractio conſideratur, ac inducitur a lege reſpectu bonorum, quæ ex fideicommiſſo ſunt reſtituenda, non aliorum; ergò debetur habita ratione dictorum bonorum duntaxat, quæ reſtituenda ſunt, non etiam aliorum, quæ non ſunt reſtituenda.

Quartum argumentum. Trebellianica, & fideicommiſſum vniuerſale, correſpectiua ſunt; quia ceſſante dicto fideicommiſſo, non eſt dare quartam Trebellianicā; ſed ea, quæ ſunt correſpectiua (inquit Crauetta) non debent diuerſo iure cenſeri, l. etiam, §. ex cauſa, ff de minorib. Diuerſo autem iure cenſerentur, ſi Trebellianicę detractio minueret fideicommiſſum. Hoc autem accideret, ſi deducēda eſſet tam ex fideicommiſſo, quam etiam ex alijs bonis.

Quintum argumentum Crauettæ. Quælibet diſpoſitio reſtringitur ex cauſa finali, leg cum pater, §. dulciſſimis, de leg. 2. Sed cauſa inductiua detractionis Trebellianicæ eſt fideicommiſſum tantum, ergo deduci debet ex fideicommiſſo tantum.

Poſtremum argumentum; Priuatio, inquit Crauetta, præſupponit habitum, l. decem, ff. de verbor. obligat.

A Igitur lex permittens detractionem Trebellianicæ, intelligi debet de bonis exiſtentibus tempore ipſius detractionis, non de alijs, quæ non ſunt in hæreditate, puta de legatis iam ſolutis: nec enim eſt veriſimile legem voluiſſe eam detractionem fieri ex bonis, quæ non ſunt in hæreditate, & reſtitui non debent.

Sed iſtis nil morantibus contrariam ſententiam probabiliorem eſſe iudico. Moueor primum ex d l. Marcellus, §. idem Pomponius, vbi diſertè dicitur, quartam eſſe deducendam tam ex legatis, quàm ex fideicommiſſo. Et licet non agatur ibi de fideicommiſſo conditionali, nulla tamen adferri poteſt ratio, cur in conditionali fideicommiſſo aliter ſit reſpondendum.

Secundò, moueor ex l. ita tamen, §. hæres ex aſſe, ff ad Treb. vbi fideicommiſſum partim erat purum, & partim conditionale, & tamen quarta detrahitur tam ex fideicommiſſo, quàm ex legatis.

B Tertiò, moueor hoc argumento. Certum eſt quartā, quæ hæredi debetur, auferri, aut minui non poſſe per legata, l. 1. ff. ad legem Falcid. Sed ſi ex fideicommiſſo duntaxat, non etiam ex legatis detrahenda eſſet quarta, illa per legata minueretur; Eſſet enim in arbitrio teſtatoris tot legatis onerare hæreditatem, vt in fideicommiſſo minima eſſet pars bonorum; atq; ita efficere contra legem Falcidiam, vt quartam partem hæres non haberet: Ergo tam ex fideicommiſſo, quàm etiam ex legatis deducenda eſt Trebellianica.

Reſpondet Crauetta, abſurdum videri legatorum ſolutionem factam ante reſtitutionem fideicommiſſi ex caſu ſuperueniente irritari, nempe, ex reſtitutione fideicōmiſſi poſtea facta. Et ad leges allegatas reſpondet, eas locum habere, vbi conſtat de voluntate teſtatoris, puta, cū voluit legata omnia æqualiter præſtari tam pura, quàm conditionalia; Sed non conſtat, teſtatorem hoc voluiſſe, vt legata diminuerentur iam ſoluta propter Trebel-

C lianicæ detractionem.

Reſpondeo, ſolutionem legatorum legitimè factam non irritari, ſed diminutionem fieri pro rata, propter quod etiam cautio præſtari ſolet à legatarijs de reſtituendo, ſi quid plus acceperint, quàm per legem Falcidiam liceret, vt in d. l. Ita tamen, § hæres ex aſſe, ff. ad Treb. & in l. ſi. § ſi legata, ff. ſi cui plus quàm per legem Falcid. Quod verò Crauetta ſubdit de teſtatoris voluntate, nihil mouet: quia nullum verbum in d. § idem Pomponius, apparet, ex quo illa voluntas teſtatoris deprehendatur, vt videlicet legata diminuerentur propter quartæ detractionem.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ, ex l. pen. § 1. ff. ad legem Falcid. reſpondeo, nihil fuiſſe pro alimentis in ea ſpecie legatum, ſed à teſtatore debebantur alimenta, & in conſequentiam ab hærede; ſicuti optimè declarat ibi Paulus Caſtrenſis, & Socinus in d. § idem Pomponius; nec repugnant, immò fauent huic interpre-

D tationi verba textus.

Quod verò dicitur eam videri teſtatoris voluntatem, vt ex ſolo fideicomm. Trebellianica deducatur; quia legata purè, & fideicommiſſum ſub conditione reliquit, nihil obſtat; quia non licet teſtatori, etiamſi velit, minuere legatis quadrantem hæredis, vt in l. 1. ff. ad leg. Falcid. vt iam ſuprà diximus. Niſi expreſsè detractionem Trebellianicæ fieri prohibeat, in qua ſpecie nec verſamur, & fortaſsè idem reſpondendum eſt, ex traditis ſuprà, capit 4.

Ad ſecundum, nego inſpiciendum eſſe tempus euenientis conditionis. Eſt enim potius tempus mortis ſpectandum, vt in l. in quantitate, ff. ad leg. Falcid. §. cum ratio, in Inſtit. eod. tit. *Cum ratio*, inquit, *Falcidiæ initur, quantitas bonorum, quę erat tempore mortis, attendetur.* Nec contrarium probat l. ſed etſi conditioni, § ſolemus, ff de hæred. inſtit. licet perperam à Crauetta adferatur. Porrò, cum legatis erit hæreditas grauata, tunc non ex ſolo fideicommiſſo ſit deductio, ſed contribuunt, etiam legatarij, adeò, vt illud abſurdum non ſequatur, quia

hæres quartam habebit: inter fideicommiſſarium verò & legatarios diſtributio fier, vt in l. 2. & 3. ff. ad Treb. & in d. §. idem Pomponius; Et in ſumma, ſi tot legatis onerabitur hęreditas, ſi modò non vltrà dodrantem, non poterit fideicommiſſum conqueri, quia teſtatori licuit ita diſponere.

Ad tertium argumentum, concedo Trebellianicam reſpectu fideicommiſſi, & ſic reſpectu bonorum, quæ fideicommiſſo ſubiecta ſunt, conſiderandam, & ideò cũ ſimul ex legatis, & ex fideicõmiſſo Quarta deducitur, dicimus quidem eam deduci tam ex fideicommiſſo, quam ex legatis, ſed non eodem iure. Nam quatenus ex fideicommiſſo detrahitur, hoc fit autoritate Trebelliani, quatenus ex legatis, id ex lege Falcidia conceſſum eſt, licet quã tum ad modum loquendi totam deductionem, quæ & ex fideicommiſſo, & ex legatis fieri dicitur, appellemus Trebellianicam: neq; enim multum refert, quo pacto loquamur, ſi res ipſa intelligatur, & ſubſiſtat. Quæ reſponſio valet ad quartum, & quintum argumentum etiam. B

Ad vltimum argumentum reſpondeo, legatis ſolutis actionem tamen ſupereſſe ad petendum id, quod ſolutũ eſt, ſi cui plus quam per leg. Falcid. ſolutum fuerit ex cautione ob id præſtita; qui autem actionem habet, rem ipſam habere videtur, l. qui actionem, de reg iuris.

CAPVT IX.

Fructus in Trebellianicam ſintne imputandi, cum verſamur in liberis primi gradus qui præter Trebellianicam etiam legitimam detrahant?

IMperatoris Zenonis clara extat Conſtitutio in fauorem edita liberorum, qui hæreditatem reſtituere rogantur, vt quartam partem ex Trebelliano detrahãt, in quam fructus anteà percepti non imputentur, in l. iubemus, C. ad Trebell. Sed controuerſia eſt: Cum filius detrahit non ſolum Quartam Trebellianam, verum etiã legitimam, ſitnè illi Conſtitutioni locus. Et non eſſe locum reſponderunt Paulus Caſtrenſis, ad l. ſcimus, C de inoffic. teſt. & in conſ. 188 lib. 2. Alexand. in l. Mulier, §. cum proponeretur, ff. ad Treb. & alij multi apud Antonium Gabrielium, lib. 4. Comm. Concl. tit. ad Trebellianum, Concl. 1. nu. 10 quibus adde Dominum meum Cephalum in conſ. 153. nu. 70. lib. 2. C

Fundamentum eſt, quia filius hoc in caſu legitimam detrahit tanquam filius; Trebellianam verò tanquam extraneus, vt patet ex c. Rainaldus, de teſtam. ibi: *Nec non Quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus reſtitutione grauatus deducere potuiſſet*. Sed extraneus in Trebellianicam fructus imputat, vt conſtat inter omnes: ergò & filius imputare debet hoc in caſu, quo loco extranei habetur.

D Sed contrariam ſententiam amplexus eſt Bartolus, ad l. quod de bonis, § quod autem, ff. ad legem Falcid. & ibid. etiam Alexander, & multi alij, quos commemorat Gabrielius loco proximè citato, num. 2. quibus, & ipſe aſſentior, & addo Couuar. ad c. Rainucius, §. 11. nu. 8. de Teſt. Menoch. de arbitr. iudicum, Caſu 256. nu 35.

Probatur hæc ſententia ex l. iubemus, C. ad Treb. vbi apertè conſtitutum eſt, fructus in Trebellianicam non imputari in liberis primi gradus, ſicut nec in legitimam imputantur, ex l. ſcimus, § repletionem, C de inoffic. teſtam. Item probatur hæc ſententia ex c. Rainucius, de teſtam. vbi patet, fructus non imputari in Trebellianicam, niſi a tempore litis conteſtatæ, & nulla fit mentio fructuum antea perceptorum a grauata filia, quod videlicet imputari debeant, quod ſanè par erat exprimere, ſi imputari debuiſſent.

In his itaque legibus, cum ſit optimè fundata hæc ſententia, ad contrariæ ſententiæ argumentum ita reſponderi poteſt, negando filium, quartã Trebellianicam de- A ducere tanquam extraneum: nec enim id verum eſt, nec Summus Pontifex id dicit in d. c. Rainucius. Cum filius reſtituere rogatus eſt, legitimam ſaluam habet, quæ in reſtitutionem non venit, quia nec grauari poteſt, & filio debetur abſque omni onere, atque adeò illam detrahit. Trebellianicam verò etiam detrahit, ſed non tanquã extraneus, ſed hac ratione; quia omnis, qui reſtitutione grauatus eſt, etiamſi ſit extraneus, quartam detrahit; Ergò multò magis filius, qui non eſt extraneus, ſi reſtitutione grauatus ſit, illam poteſt detrahere. Hæc eſt Pontificis Maximi ſententia, dum dixit: *Quam quilibet extraneus reſtitutione grauatus*, &c.

Non obſtat, ſi dicatur, Zenonem in d. l. iubemus, loqui, quando filius dodrantem reſtituit, & ſic in eo caſu, quo vnam tantum quartam detrahit; quia, reſpondeo, Zenonis tempore non fuiſſe conſtitutum legitimam excipiendam eſſe de reſtitutione: Id enim poſtea Iuſtinianus ſtatuit in Nouella de reſtitutionibus, & ea, quæ parit, vt ſuprà diſputatum eſt latè hoc eodem lib. c. 2. Quare Zeno meritò præſupponit dodrantem reſtitui. Cum igitur poſtea conſtitutum fuerit, vt legitima excipiatur de fideicommiſſo, nec filijs ademptum fuerit beneficiũ, quod extraneis etiam competit, Trebellianam conſequendi, & fructus in eam non imputandi, certè nihil proponitur, cur Zenonis Conſtitutio etiam hoc tempore manere non debeat in ſuo robore, quo filij præter quartam Trebellianam etiam legitimam, ex reſtitutione meritò excipiunt, atque deducunt. Quod. n. non mutatur, cur ſtare prohibeatur, l. præcipimus, C. de appellationib. atque ita ſentio.

CAPVT X.

Alia explicatur controuerſia ad interpretationem dict. l. iubemus, C. ad Trebell. an fructus imputentur in Trebellianicam, quando filius reſtituere hæreditatem iuſſus eſt extraneo.

POſtquam Imperator ſtatuit in Trebellianicã fructus haud quaquam imputandos, quoties filius a patre rogatus eſt hæreditatem reſtituere cæteris filijs, & quædam alia de cautione non præſtanda hoc in caſu fideicommiſſorum præſtandorum cauſa, tandem in §. vlt. dict. l. iubemus, C. ad Trebell. ſubiecit hæc verba: *Illud etiam admonemus, ea quæ de Falcidia portione, non per reditus, ſed per ipſas res hæreditarias retinenda, & de ſatisfactione fideicommiſſorum, ſicut ſupra dictum eſt, concedenda diximus, non vlterius, quam in ijs perſonis, & caſibus, quorum ſuperius mentio facta eſt, oportere produci*.

Quæ verba controuerſiam pepererunt. Nam aliqui ita ſunt Zenonis legem interpretati, quæ de fructibus in Trebellianicam non imputandis eſt conſtitutum, ut locum non habeat, cum filius hæreditatem reſtituere rogatus eſt extraneo, vel alijs, qui non ſint ex liberis teſtatoris, propterea, quod illa Conſtitutio ad alios caſus, & perſonas produci non poſſit. Certum aũt ſit, eam loqui; *Quoties pater vel mater filio ſeu filia, filijs vel filiabus hæredibus inſtitutis inuicem, ſeu ſimpliciter quoſdam ex ijs, aut quendam rogauerit, qui prior ſine liberis deceſſerit portionẽ hæreditatis ſuæ ſuperſtiti, ſeu ſuperſtitibus reſtituere*, vt in principio legis habetur. Quare cum ad alios caſus, & perſonas extendi id non poſſit, ſequitur dicendum, extendi etiam non poſſe ad alium caſum, quo filius vel filij non cæteris filijs, ſed alijs extraneis puta, vel cognatis iuſſi ſunt hæreditatem reſtituere.

Huius ſententiæ autores commemorat latè Anton. Gabrielius, lib. 4. Comm. Concl. tit. ad Trebel. Concl. 12, nu. 5. & ſimul ẽt contrariæ ſentẽtiæ refert aſſertores, quibus ſanè ego potius aſſentior. Hæc. n. mihi v ſ eſſe Zenonis ſñia, vt Conſtitutio ſua ad alias perſonas non extendatur; quia ad ſolos primi gradus eã ptinere voluit. Quãobrem alij; qui filij non ſunt, reſtituere grauati, fructus interea perceptos imputabunt in Treb. & in alijs caſibus

locus

locus erit ſatisdationi fideicommiſſorum ſeruandorum gratia, cum videlicet perſona rogata reſtituere hæreditatem non erit filius primi gradus, ſed alius, quàm filius: Hæc interpretatio ideo mihi probabilior videtur, quia cum filius rogatur reſtituere hæreditatem extraneis vel cæteris, qui non ſint filij teſtatoris, nulla eſt ratio, cur fructus tűc imputare debeat in Trebellianicam, immo minus tunc, quàm eo in caſu, quo reſtituere debet filijs, imputare deberet : ne melioris ſint conditionis extranei, quàm filij teſtatoris, quibus hæreditas reſtituenda eſt. Quare prior interpretatio nullam rationem habet, & verbis tantum nixa, verùm & rationi cóſentaneum ſenſum euertere non debet, quem poſterior continet ſententia, quam nos toto pectore amplectimur.

CAPVT XI.

Cùm pars hæreditatis legatur, vtrum in tali legato locum habeat lex Falcidia: an verò Trebellianum Senatuſconſultum.

HAereditatis partem legari poſſe palam eſt ex l. mulier, § vlt ff ad Trebell. Sed controuerſia eſt; an, ſi vltra dodrandem hæreditas ſit legatis onerata, Quartæ deductioni in tali legato ſit locus ſecundum legem Falcidiam; an verò ſecundum Trebellianum Senatuſcónſultum. & Raphael Cumanus ac Socinus ſenior, ad Rubr. ff ad Trebell. ſecundum legem Falcid. deductionem fiendam docuerunt, quorum ſententia mihi veriſſima videtur. Falcidia enim locum habet in legatis, & Trebellianum in fideicommiſſis, vt dixit Imperator, in l. 2. §. Quintus, C. de veteri iure enucl. & patet ex §. ſed quia, in Inſtit. de fideicommiſſar. hæred. Ergo in legato partis hæreditatis locum habebit lex Falcidia, non Trebellianum Senatuſconſultum. Semper enim locus eſt Falcidiæ, cùm vltra dodrantem legata dantur, l. 1. ff. ad leg. Falcid. Huc accedat, quod textus dixit: *Quantam quiſque pecuniam cuique legare volet, ius poteſtasq́, eſto, dummodo ita detur legatum, vt apud hæredem quarta pars hęreditatis remaneat*. Pecuniæ autem appellatione omnes res continentur, & omnia iura, l. pecuniæ, ff. de verbor. ſignif. l. vlt. C. de conſtit pecun. & hæreditatem etiam contineri probat locus Marci Tulij 2. de legibus, vbi docet, ad quem pecunia patrisfamil. peruениſſet, teneri ſacra eadem celebrare, pecunia ibi accipitur pro hęreditate.

Contrariam ſentẽtiam habuerunt Gloſ. & Caſtrenſ. ad Rubr. ff. & C. ad Treb. & Ruin. ibidem, Ripa ad l. in Quartam, non procul à principio, ff. ad l. Falcid. Vaſquius de Succeſſionum reſolutione, lib. 2. §. 11. Fundamentum eſt, quia legatum partis hæreditatis videtur habere naturam fideicommiſſi; ſicut enim in fideicommiſſariű, cui hæreditatis ſit reſtitutio, tranſeunt iura hæreditaria, l. 1. l. reſtituta, ff. ad Trebell. ita & in huiuſmodi legatarium hæreditatis, l. ſi quis ſeruum, §. vlt. de leg. 2.

Reſpondeo non eſſe bonam conſequentiam. Habet legatum naturam fideicommiſſi: Ergo locus eſt Trebelliano. Nam legata & fideicommiſſa ſunt exæquata, l. 1. de leg. 1. l. 2. C. Commu. de legatis, & fideicommiſſ. & tamen nemo dixerit in legatis locum eſſe Trebelliano, & in fideicommiſſis legi Falcidiæ.

Pro eadem ſententia Ruinus adſert alia argumenta. Primum eſt, quod lex Falcidia ad particularia tantum legata pertineat, non autem ad vniuerſalia, ſicut eſt legatum hæreditatis, l. 1. ff. ad Treb. dum textus ait: *Explicito tractatu, qui ad fideicommiſſa ſingularium rerum pertinet*, &c. quaſi ſignificet tractatum Falcidiæ ad legata ſingularium rerum pertinere: non autem vniuerſalia, qualis eſt pars hæreditatis. Reſpondeo, Iuriſconſultum reſpexiſſe ad id, quod erat præcipuum. Nam in præcedentibus præcipuè egit de legatis particularibus; non tamen negari poteſt, quin & de vniuerſalibus egerit in tit. de legatis. de cond. & demonſtr. & in ipſo tit. ad legem Falcidiam: In eo enim plurimæ ſunt leges pertinẽtes ad fideicommiſſa vniuerſalia, & ad ipſum Trebell. Senatuſc. accipiendo, vt ſæpe fit, Falcid. pro Trebelliano.

A Secundum arg. eſt, quia in legatis vniuerſalibus ratio ceſſat, ob quam Falcidia fuit inuenta. Nam cum hæres obligatus remaneret creditoribus, & omnia bona legatarijs dare deberet, recuſabat hæreditatem adire, ideo lex Falcidia prohibuit vltra dodrantem legari. Hæc ratio ceſſat in legatis vniuerſalibus; quia legatarius partis hæreditatis, obligatus eſt creditoribus pro rata, non autem hæres.

Reſpondeo, non eam fuiſſe cauſam introducendæ legis Falcidiæ; ſed quia hæres pro nullo, vel minimo lucro recuſabat hæreditatem adire, ideo ſancitum eſt, vt Quartam habere poſſit, vt habetur in Inſtit. de lege Falcidia, in prin. Quæ ratio locum habet, ſiue legatis particularib. exhauriatur hæreditas, ſiue vniuerſalibus: ſemper enim pro nullo, vel minimo lucro recuſabit hæres adire, niſi Quartam obtineat, ſicut lege Falcidia conſtitutum eſt.

B Tertium argumẽtum, quia ſi locus eſſet legi Falcidiæ, in eam non imputarentur hoc in caſu, niſi ea, quæ iure hereditario hęres haberet, iuxta l. in quartam, ff. ad leg. Falcidiam. Sed hoc eſt iniquum; Nam cum hęres tali legato vniuerſali oneratus non ſit pro eius rata obſtrictus oneribus hęreditarijs (illa enim in legatarium meritò tranſeunt) æquum eſſe videtur, ut in quartam omnia imputet, quæ etiam nõ iure hæreditario conſequitur, ſicut ea ratione in Trebellianicam imputari ſolent, quia videlicet hæres grauatus fideicommiſſo, non eſt oneribus hęreditarijs obſtrictus, ut tradit Glo in d l. in quartam, ergo locus non erit in propoſita ſpecie Falcidiæ, ſed potius Trebelliano Senatuſc.

Reſpondeo, exploratum non eſſe, cur in Trebellianicam imputentur ea, quę hęres conſecutus eſt etiam non iure hæreditario, ſecus autem in Falcidiam. Rationem illam Gloſſæ multi damnant, & aliæ aſſignantur rationes, ut per Ripam in d. l. in quartam, nu. 13. & 14. Immò

C vero nullam differentiam eſſe circa eiuſmodi imputationem inter Falcidiam & Trebellianicam, probat Iacobus Cuiacius lib. 8. Obſeruat. cap 4 de quo tamen inf diſſeremus, cap. 15.

Poſtremum argumentum eſt; quia pecuniæ verbum ſignificat corpus, non autem ius, ſecundum Paulum Caſtrenſ. in l. nam quod. §. vlt. ff ad Trebell. Text. autem in l. 1. ff ad leg. Falc dicit: *Quantam quiſque pecuniam legauerit*. Ergo loquitur de corpore legato, non autem de parte aliqua hęreditatis: & conſequenter in legato partis hęreditatis locus legis Falcidię non eſt.

Reſpondeo, argumentum hoc eſſe contra l. pecunię, 222. ff de verb. ſig. vbi tex. dicit: *Pecunię nomine non ſolum numerata pecunia, ſed omnes res tam ſoli, quàm mobiles, & tam corpora, quam iura continentur*. Immò & in d. l. nam quod, §. vlt ff. ad Trebel. pecunię, verbum, hęreditatem ſignificat, & refert Alciat ad d l. pecunię, D. Auguſtinum in libro de doctrina Chriſtiana, dicentem:

D *Totum quod homines in terra habent, & quorum domini ſunt, pecunia dicitur; quia antiqui quod habebant, in pecoribus habebant*. Nec contrarium docet Caſtrenſis à Ruino citatus in argumento, nec Bar.

Nec valet Ruini interpretatio, ac reſponſum, pecunię appellatione iura etiam contineri, cum generaliter, vel indefinitè verbum, pecuniæ, profertur; ſecus autem, cű ſit mentio partis pecuniæ. Nam, vt maximè vera ſit hęc declaratio, certè in l. 1. ff ad leg Falcid textus loquitur generaliter, pecunia: *Quantam quiſque pecuniam legauerit*, &c. Quod ſanè verbum, pecunię, ſi non etiam iura comprehenderet, legi Falcidię fraus fieri poſſet: cum videlicet quis legaret vltra dodrantem iura hæreditatis. Hoc autem abſurdum eſt, & contra tex. in l. 1. § non ſolum, ff. ad leg. Falcid. Denique, ſi pecunię, verbum, generaliter prolatum iura etiam complectitur, verbum pars pecunię.

CAPVT XII.

Lex Falcidia vtrum habeat locum in fideicommiſſis ſingularibus.

LEgem Falcidiam locum habere in fideicommiſſis ſingularibus, cenſuerunt Iaſon in Rubr. ff. ad Trebell. & ibidem etiam Ruinus, necnon Ripa, ad l. in quartam, non procul à principio, ff. ad legem Falcidiã, Vaſquius de Succeſſionum reſolutione, lib. 2. §. 1. Fundamentum ponunt in l. 1. ff. ad Trebell. *Explicato* (inquit Vlpianus) *tractatu, qui ad fideicommiſſa ſingularum rerum pertinet, trãſeamus nunc ad interpretationem Senatuſconſulti Trebelliani.* Quibus verbis indicat tractatum Falcidiæ, qui præceſſit, ad fideicommiſſa ſingularum rerum pertinere. Huc accedat ratio. Nam antequam ex Pegaſiano liceret Quartam ex fideicommiſſis detrahere, ſine dubio detractio fieri potuit ex lege Falcidia, ne fideicõmiſſis exhauſta hæreditate, redderetur legis Falcidiæ eluſoria Conſtitutio. Atque hæc extenſio ad fideicommiſſa tanto magis admittẽda videtur, quia fideicommiſſum venit legati appellatione, l. 2. de leg. 2. Et ratio legis Falcidiæ locum habet, etiam in fideicommiſſis particularibus. Hæc & ſimilia profert argumenta Ruinus.

Verùm iſtis ego non aſſentio; exiſtimo enim ex fideicommiſſis particularibus deductionem fieri ſecundum Pegaſianum ſiue Trebellianum Senatuſconſultum vna cum Raphaele Cumano, & Barthol. Socino ad Rubr. ff. ad Trebell. Nam prætetquam quod ſatis clarè Iuſtinianus dixit in l. 2. §. Quintus, C. de veteri iure enucl. Falcidiam locum habere in legatis, & Trebellianum in fideicommiſſis, extat hac de qua re agimus, locus præclarus in Inſtitut. de fideicommiſſarijs hæredit. §. ſed quia. *Sed quia*, inquit Iuſtinianus, *heredes ſcripti cum aut totum, aut pene totam plerunque hęreditatem reſtituere rogabantur, adire hęreditatem ob nullum, vel minimum lucrum recuſabant, atque ob id extinguebantur fideicommiſſa, poſtea Veſpaſiani Auguſti temporibus Pegaſo & Puſione Conſulibus, Senatus cenſuit, vt ei, qui rogatus eſſet hęreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere cõceditur. Ex ſingulis quoque rebus quæ per fideicommiſſum relinquuntur, eadem retentio permiſſa eſt.*

His poſtremis verbis apparet, ex ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis (hæc ſunt fideicommiſſa particularia, de quibus noſtra eſt diſputatio) permiſſam fuiſſe eandem detractionem, quæ permittebatur ex vniuerſalibus fideicommiſſis, quando ſcilicet vel totam hæreditatem, vel partem eius reſtituere hæres grauatus erat. Et quidem ex Pegaſiano Senatuſcõſulto fuiſſe permiſſam, ad exemplum eius Quartæ, quæ detrahi ex legatis per legem Falcidiam poterat.

Reſpondet Iaſon, illa verba referenda eſſe ad legem Falcidiam, vt ſenſus ſit; ex lege Falcidia permiſſam eſſe retentionem ex ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis.

Sed contra repugnant verba textus, quibus apparet Veſpaſiani Auguſti temporibus, Pegaſo & Puſione Cõſulibus, Senatum cẽſuiſſe, vt qui rogatus eſſet reſtituere hæreditatem, Quartam ad exemplum legis Falcidiæ retinere poſſet, & eandem retentionem permiſſam fuiſſe, etiam ex ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis.

Reſpondet ſecundo loco Ripa, ex ſingulis rebus per fideicõmiſſum relictis permiſſam eſſe retentionem, ſcilicet ex ſingulis rebus particularibus contentis in fideicõmiſſo vniuerſali, quo hæreditas reſtituenda eſt.

Non rectè, quia verba repugnant: Atenim textus, *ex ſingulis quoque rebus per fideicommiſſum relictis*, quorum verborum ſenſus eſt, ſingulas res relictas fuiſſe per fideicommiſſum, non autem, vti in vniuerſali fideicommiſſo comprehenſas, præſtandas eſſe.

A Tertiò reſpondet Vaſquius, Iuſtinianum nõ declarare, quonam iure ex ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis, permiſſa ſit illa Quartæ retentio; quare intelligendum hoc eſt iure legis Falcidiæ, non iure Pegaſiani, quia textus dicit, *permiſſa eſt*, aliàs deberet dicere, *introducta eſt*.

Hæc reſponſio nihil valet; quia clara ſunt verba textus, quibus dicitur eandem retentionem permiſſam eſſe ex ſingulis rebus per fideicõmiſſum relictis, quæ permiſſa erat ex hæreditate per fideicõmiſſum relicta. Hæc autem ex Pegaſiano fuit permiſſa, ad exemplum legis Falcidiæ; Et nulla eſt differentia, vtrum dicatur *retentio permiſſa eſt, an verò introducta eſt*, quia Pegaſianum permiſit, & ſimul introduxit Quartæ retentionem, ad exẽplum legis Falcidiæ.

Ad argumenta contrariæ opinionis reſpondeo, quod attinet ad l. 1. ff. ad Trebell. Vlpianum reſpexiſſe ad præcipuam intentionẽ, & maiorem partem tractatus. Nam & in præcedentibus titulis multæ ſunt leges pertinẽtes
B ad fideicommiſſarias hæreditates, & contra in ipſo tractatu Trebelliani multę ſunt leges pertinentes ad fideicommiſſa rerum ſingularum, quare non rectè ſumi poteſt argumentum ex eo loco, legem Falcidiam pertinere ad fideicommiſſa ſingularum rerum; neque verò tanti hæc leuis coniectura facienda eſt, vt à verbis claris Iuſtiniani recedere debeamus.

Ad alterum argumentum reſpondeo, legem Falcidiã nec directè, nec per extenſionem, ſiue interpretationem pertinuiſſe ad fideicommiſſa: tum, quia, cum lex Falcidia lata eſt, nondum erat ab Auguſto autoritas data fideicommiſſis; tum, quia tunc non opus fuiſſet Pegaſiano Senatuſconſulto, quo ad exemplum legis Falcidiæ Quartæ retentio ex fideicommiſſis permiſſa eſt. Nec verum eſt appellatione legati fideicommiſſum contineri antiquo iure; ſed iam propter exęquationem legatorum, & fideicommiſſorum verum eſt. Et quod dicitur, rationem legis Falcidiæ locum habere etiam in fideicommiſ-
C ſis conceditur. Nam & hæc fuit cauſa, vt ad exemplum eius retentio permitteretur ex fideicommiſſis.

CAPVT XIII.

Vt ceſſet Falcidia, an tacita prohibitio ſufficiat.

CVm Falcidiam expreſſe prohiberi poſſe perſpicuũ ſit ex Nouella de hæredibus, & Falcidia, illud in cõtrouerſiam venit, an tacita prohibitio ſufficiat; an verò expreſſa requiratur. Tacitæ prohibitionis exempla ſunt multa, puta ſi teſtator totam rem præſtari mandauit, & abſque diminutione. Et quidem tacitam hanc prohibitionẽ ſufficere, auctores ſunt Alexander in conſil. 5 lib. 3. Angelus Aretinus, in tractatu de teſtamentis, verſicu. item ſciens vires patrimonij. Boerius deciſ. 44. num. 31. Menochius alios citans, in conſil. 574 num. 14.
D lib 3.

Fundamentũ eſt, quia ſatis videtur expreſſum, quod ex mente & coniecturis colligitur, l. Gallus, §. 1. ff. de lib. & poſtum. Ripa ad l. 1. num. 50. ff. de vulgar. Tiraquel. de leg. Connubialib. Gloſ. 7. nume. 85. verſ. expreſſum. Affl. deciſ. 44. num. 15.

Cæterum Caſtrenſis in Authen. Sed cum teſtator, C. ad leg. Falc. quem ſequitur Hieronymus à Monte, 4. t. diſtinctione vtitur, vt ſi quidem verba teſtatoris neceſſario prohibitionem inducant Falcidiæ, tunc ſufficit, àliàs ſecus.

Verùm iſtis ego non aſſeatior. Exiſtimo enim tacitam prohibitionem non ſufficere, ſed expreſſam requiri, ſicut Bartolus docet in §. ſi vero expreſſim, in Auth. de hæred. & Falcid. necnon Angelus ibidem. Oldradus in conſil. 148. Socin. ſenior, in conſil. 33. lib 1. Socinus iunior, in conſi. 170 nu. 24. lib. 2. Couuar. ad cap. Rainaldus, §. 3. num. 6.

Fun-

A Fundamentum illud mihi ſolidum videtur, quod nititur tex. d Nouellæ de hæred & Falcid. cuius verba hæc ſunt: *Hae autem dicimus, vbi errans teſtator de ſua ſubſtātia hoc agit, aut forte cum debuiſſet etiam ampliorem quātitatem heredi relinquere, pro minore diſpoſuit: Etenim etiam hoc errantis ſententia eſt, & non puræ & integræ deſignationis. Si vero expreſſim deſignauerit, non velle hæredem retinere Falcidiam, neceſſarium eſt teſtatoris valere ſententiam*, &c.

Ex his verbis ego ſumo argumentum huiuſmodi: Cum teſtator ita legatis onerat hęredem, vt debita portio apud eum non remaneat, præſumitur id feciſſe per errorem, forte quod exiſtimauerit, ſe plus in bonis habere, quàm haberet: Sæpè enim de ſuis facultatibus plus aliquando ſperant homines, quàm in eis ſit, vt in Inſtit. quibus ex cauſis manumittere non licet, ideo Falcidiæ locus eſt, ſi hæres inuentarium confecerit, vt in d. Nouella. Sed hæc ratio locum habet etiam in caſu, quo teſtator mandat integra legata præſtari, & abſque diminutione, & ſic B videtur tacitè prohibere detractionem, quæ fit ex l. Falcidia; ergo & hoc in caſu locus erit legi Falcidiæ, ſi hæres inuentarium fecerit, non obſtante tacita prohibitione.

Aſſumptio argumenti facilè probatur. Nam ſi v. g. quis in bonis habeat c c c c. & leget varijs perſonis vltra c c c. vel etiam vltra ipſa c c c c. eaque legata integra pręſtari velit, ſine dubio exiſtimari poteſt erraſſe, & plus putaſſe in facultatibus habere, quàm re vera haberet. Hæc autem erroris præſumptio capienda eſt ex ſententia Iuſtiani, & ideo neceſſaria eſt expreſſa prohibitio, vt ſtatim ſubdit tex. dicens: *Si vero expreſſim*, &c.

Ad argumentum reſponſio patet, quia tacita hic non æquipollent expreſſis, propter errorem, qui præſumitur, ſicut & aliàs nonnunquam accidere ſolet; vt expreſſa noceant, non expreſſa non noceant, l. nonnunquam, ff. de condit. & demonſtr.

C

CAPVT XIIII.

De interpretatione l. ſi hæres, §. item ſi Reipub. ff ad legem Falcid.

DEcepti ſunt interpretes antiqui in huius loci interpretatione, qui cum multa alia acutè viderint, non idcirco abijciendi ſunt. Verba textus hæc ſunt: *Item ſi Reſpublica in annos ſingulos legatum ſit, cum de lege Falcidia quæratur, Marcellus putabat tantum videri legatum, quātum ſufficiat ſortis ad vſuras trientes eius ſummæ, quæ legata eſt, colligendas*. Arbitrati ſunt vſuras trientes eas eſſe, quæ triennio ſortem æquant, ac propterea legatis decem annuis idem eſſe dixerunt, ac ſi legata eſſent xxx. Non rectè: quia ſunt trientes vſuræ, cum quatuor pro centenario dantur. Eſt enim tertia pars vſuræ centeſimæ, quæ eſt, cum duodecim in ſingula centena numerantur annuatim, hoc eſt, vnum ſingulo menſe; D ſolebant enim veteres ſingulis menſibus vſuras ſoluere, ſicut latè explicat Alc. lib. 3. Diſput c. 1. Anton. Auguſt. lib. 2. emendationum, c. 10. nu. 21. quod tamen Bartholomæus Socinus vnus ex antiquioribus non ignorauit, vt videre licet ex Commentarijs eius, in d §. item ſi Reipub. Idem & poſteriores poſtea adnotarunt. Duarenus, Cuiacius, Goueanus, Budæus, Connanus, & alij; quibus & nos adſtipulari par eſt. Quare ſic erit ratio ineunda, vt ſi quatuor annua Reip. relicta ſint, perinde ſit, ac ſi centum relicta eſſent: ſic octo, ac ſi ducenta, & ſic deinceps ita ſupputando, vt ſemper quatuor reddant centum. Decem fac relicta annua, dicas legata videri ccl. Hæc eſt ſententia dicti §.

CAPVT XV.

Ad interpretationem l. in Quartam, ff ad leg Falcid. controuerſiæ diſcutiuntur.

MArtianus: *In Quartam hęreditatis, quam per leg. Falcidiam hęres habere debet, imputantur res, quas iure hęreditario, non quas iure legati vel fideicommiſſi, vel implendę conditionis cauſa accipit. nam hę in Quartam non imputantur. Sed in fideicommiſſaria hęreditate reſtituenda, ſiue legatum, ſiue fideicommiſſum datum ſit hęredi, ſiue pręcipere, vel deducere, vel retinere iuſſus eſt: in Quartam id imputatur. Pro ea verò parte, quā accepit à cohærede extra Quartam, id eſt, quod a cohęrede accipitur; ſed etſi accepta pecunia hęreditatem reſtituere rogatus ſit, id, quod accipit, in Quartam ei imputatur, vt Diuus Pius conſtituit. Sed & quod implendę conditionis cauſa fideicommiſſum hæredi datur, in eadem cauſa eſſe admittendum; ſciendum eſt. Si quid verò implendę conditionis cauſa hęres accipiat à legatarijs, in Falcidię computationem non prodeſſe & ideo, ſi certum pręd ium legauerit defunctus ſi quinquaginta legatarius hæredi dederit: centum legatis computationem fieri, & quinquaginta extra hęreditatem haberi, ne in Quartam ei computentur.* Hactenus ille.

Hi ſunt quatuor potiſſimum controuerſiæ; Prima, ſitne admittendum, quod vulgo aſſeritur diſcrimen inter Falcidiam ac Trebellianicam, vt nimirum in eā imputentur ea duntaxat, quę iure hęreditario hæres accipit; in iſtam verò etiam eā, quæ iure legati vel fideicōmiſſi. Secunda, ſi admittendum ſit hoc diſcrimen, quænam ratio eius adferri queat. Tertia, vtrum verba illa; *Pro ea verò parte, quàm accepit à cohęrede*, &c. referenda ſint ad Falcidiam, vel ad Trebellianicam, et ſi ad Trebellianicam referenda ſint, quęnam ſit eius deciſionis ratio. Quarta ac poſtrema, an ea, quæ hęredi cauſa conditionis implendæ dantur, imputari debeant in Trebellianicam, nec ne?

Vide præter antiquos & recentes interpretes Alciat. lib. 6. Paradoxor. c 4. Iacobum Cuiacium lib. 8. Obſeru. c. 4. Anton. Goueanum, in Commentarij d. legis, & li. 1. Animaduerſionum, cap. pen. Franciſcum Duaren. lib. 2. Anniuerſar. diſput. c. 10. Angelum Mattheacium lib. 2. de via & ratione iuris, c. 12.

Quod ad primam difficultatem & controuerſiam attinet, Iacobus Cuiacius loco annotato, exiſtimauit nullum eſſe diſcrimen hac in re inter Falcidiam & Trebellianicam, eo argumento, quod per omnia exæquata ſint legata fideicommiſſis, l. 1. de leg 1. quod intelligendum eſt, etiam reſpectu legis Falcidiæ & Trebelliani ſeu Pegaſiani Senatuſconſulti: Et quia in Trebellianicam non imputentur ea, quæ iure legati vel fideicommiſſi capiuntur, vt probat l filium. C. famil. herciſcun. *Et quod ait l. in Quartam*, (inquit) *ſed in fideicommiſſaria*, &c *generalis ſententię prioris explicandę cauſa ſubiectum opinor, vt in fideicommiſſaria hęreditatis reſtitutione imputet hęres in Quartam ea, quę pręcipere, retinere, deducere iuſſus eſt, tanquam ex hęreditate ea capiat, & legatum ſiue fideicommiſſum ei datum pro ſua ſcilicet parte; quoniam pro ea parte res legata iure hęreditario capitur: pro ea vero parte, quam accepit à cohęrede, vt conſequenter lex ſubijcit extra Quartam, id eſt, quod à cohærede accipitur, id, non imputatur in Quartam, quia iure legati capitur*, Hactenus Cuiacius.

Cæterum hęc ſententia, ſicut nec alijs, ita nec mihi placere poteſt. Etenim eam clarè refellunt verba textus: ait enim Martianus: *In Quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam hęres habere debet, imputantur res, quas iure hęreditario, non quas iure legati vel fideicommiſſi*, &c *Sed in fideicommiſſaria hęreditate reſtituenda, ſiue legatum, ſiue fideicommiſſum datum ſit hęredi*, &c. *in Quartam id imputatur.*

His verbis aperta conſtituitur differentia, quantum

ad

A ad huiuſmodi, imputationem inter Falcidiam & Trebellianicam. Et quartæ Falcidianæ, in quam non imputantur ea, quæ iure legati vel fideicommiſſi hæres capit, ſtatim opponitur quarta Trebellianica, in quam ea imputantur.

Nec valet argumentum Cuiacij, legata & fideicommiſſa exæquata eſſe; quia non ſunt exæquata, quoad huiuſmodi imputationem, ſed in alijs, iuxta l. 2. C. commun. de leg. & fideicommiſſ. Nec quidquam probat l. filium quem, C. famil. herciſcundę, nullum verbum in ea lege, quod probet legata & fideicommiſſa in Trebellianicam non imputari.

Quod verò Cuiacius ſcribit illa verba, *ſed in fideicommiſſaria*, &c. adiecta fuiſſe generalis ſententiæ prioris explicandæ gratia, non videtur verum eſſe; nam poſita ſunt ad declarandam differentiam in hoc inter quartam legis Falcidiæ, & quartam Trebelliani ſiue Pegaſiani Senatuſconſulti, ut patet ex verbis ipſis, quæ ſatis clara ſunt. Denique, quòd dicit hęredem fideicommiſſaria hęreditatis reſtitutione grauatum, imputare in quartam legatum, ſiue fideicommiſſum ei datum pro ſua parte, quoniam pro ea parte res legata iure hęreditario capitur; pro alia verò parte non, quæ a cohærede capitur; quia iure legati capitur, iſtud, inquam, nihil obſtat; quia ſatis eſt pro differentia conſtituenda inter quartam legis Falcidię, & quartam Trebelliani Senatuſconſulti, in quartam legis Falcidiæ indiſtinctè non imputari, quæ iure legati vel fideicommiſſi hæres accipit: at in quartam Senatuſconſulti imputari ea, quæ iure legati vel fideicommiſſi hæres accipit, ſaltem pro parte ſua, licet nō pro parte cohæredis. Quæ verò ſit ratio, ad rem nunc non pertinet inquirere: nectamen ea eſt vera ratio, quā affert Cuiacius, vt poſtea dicetur in tertiæ difficultatis ſeu controuerſiæ examine.

Quod attinet ad cauſam ſeu rationem huius diſcriminis inter Falcidiam & Trebellianicam (quæ ſecūda erat controuerſia) dicam quid ſentiam. Nam quid alij dixerint, longum & otioſum eſſet recenſere in quæſtione nō nihil aliena a forenſi vſu. Hanc opinor cauſam eſſe: quia hæredi grauato ultra dodrantem legatis, verba legis fauent, nec voluntas teſtatoris aduerſatur. Declaro: Verba legis Falcidiæ ſtatuunt, ut apud hæredem quarta pars hæreditatis remaneat, l. prima, ff. ad l. Falcid. ergo ſi qd hæres retinere præcipere poſſit, vel iure legati, aut fideicommiſſi accipere, id non imputabit in quartam hęreditatis quia legatum, fideicommiſſum, & alia his ſimilia, ab hęreditate differunt, nec continentur hęreditatis appellatione. Quare cum debeat habere quartam partem hęreditatis, non hęc imputabit: quia hęc non ſunt pars hęreditatis, ſed ab hæreditate differunt. Non aduerſatur voluntas teſtatoris; quia is non mandauit alicui dari, reſtitui, quæ hæredem iure legati vel fideicommiſſi, ſeu retentionis aut præceptionis habere voluit. At hæredi fideicommiſſaria hæreditatis reſtitutione grauato, ut maximè uerba Senatuſconſulti non repugnent, aduerſatur tamen legis diſpoſitio, & teſtatoris voluntas; Voluntas teſtatoris, quia dum voluit hæreditatem ab eo alijs reſtitui, voluiſſe quoque cenſetur eum reſtituere ſuam legati vel fideicommiſſi partem, leg. in fideicommiſſaria, § vlt. ff. ad Trebellia. vbi Vlpianus ita dicit: *Si legatum ſit hæredi relictum, & rogatus ſit portionem hæreditatis reſtituere, id ſolum non debere eum reſtituere, quod a cohęrede accepit, Ceterum, quod a ſemetipſo ei relictum eſt, in fideicommiſſum cadit, & id Diuus Marcus decreuit.*

Huius rei ratio eſt perſpicua. Nam legatum pro parte ipſius hæredis non valet; quia a ſeipſo ſibi ipſi legari non poteſt. Remanet ergo in hæreditate, ſed hæreditas eſt reſtituenda, ergo & id reſtituendum eſt, quod in legato continetur. Quia ergo reſtituendum eſt, merito in quartam imputari debet, dum retinetur ſiue accipitur ab hærede.

Legis diſpoſitio aduerſatur hæredi, quia lex non conſentit, vt legatum valeat, pro parte hæredis: Et ideo valet, vt in hæreditate maneat, & reſtituatur fideicommiſſario, aut ſi non reſtituatur, computetur ipſi hæredi in quartam, cum ſit pars hæreditatis.

At cum agitur de lege Falcidia, hæc ratio vim non habet: etſi enim legatum non valeat pro parte hęredis, illud tamen in hęreditate, nec alteri reſtituendum eſt. Et cum in hęreditate remaneat, nulli obnoxium reſtitutioni, cedit lucro hæredis, nec imputatur in quartam, quæ aliàs ex hæreditate apud eum manere debet: Cum enim legatum ſit nullum pro parte ipſius hæredis, illud accedit hæreditati aduentitio quodam iure; ipſeq; hęres illud conſequitur tam ex voluntate defuncti, quam ex legis diſpoſitione, argumento l. qui filiabus, §. vlt. cum l. ſequenti, de legat. 1.

Circa tertiam difficultatem omnis controuerſia eſt in eo poſita, quod ſuperioribus verbis textus dixit, in fideicommiſſaria hæreditatis reſtitutione legata, & fideicommiſſa hęredi relicta in quartam imputari, & iam ſubdit pro ea parte, quam accipit à cohęrede, non imputari; B quod videtur perinde, ac ſi diceretur legata non imputari; quia id, quod hæres accipit à cohærede dicitur accipere iure legati. Deinde oritur in eo controuerſia, quod pro parte ipſius hæredis legatum, vel fideicommiſſum imputandum eſſe videtur, non ſolum in quartam Trebellianam, verum etiam in Falcidiam; quia illud habet hæres iure hæreditario, non autem iure legati, ſiquidem pro parte ipſius hæredis grauari non valet legatum, vt dictum eſt; quia nemo grauari poteſt, vt ſibi ipſi ſoluat ac præſtet legatum.

Ad tollendam igitur omnem difficultatem Duarenus cenſuit illa verba textus; *Pro ea verò parte*, &c non eſſe referenda ad quartam hæredis fideicommiſſaria hęreditate grauati, ſed ad quartam, quæ per legem Falcidiam deducitur, quaſi Martianus orationem conuerterit ad eandem Falcidię legis quartam, dicens non imputari in eam id, quod a cohærede accipitur. Sic enim ceſſabit omnis difficultas, vt patet.

C Sed obſtant huic expoſitioni legis verba, ſic enim habent: *Pro ea uero parte, quam accipit a cohęrede: extra quartam, hoc eſt, quod a cohęrede accipitur.* Hic modus loquendi pertinet ad declarationem eius, quod proximè dictum fuit circa imputationem. Nam cum proximè dixerit Iuriſcōſultus, in Quartam imputari, quæ iure legati, vel fideicommiſſi accipiuntur in fideicommiſſaria hæreditate reſtituenda, ſtatim ſubdit declarationem, ac moderationem, vt ſcilicet id non intelligatur pro ea parte, quam accipit à cohærede: quia illud, quod à cohęrede accipitur, extra quartam eſt. Hęc ſanè declaratio, & moderatio applicari non poteſt ijs, quæ dixerat primum de lege Falcidia, quia dixerat Martianus imputari in eā quartam, ea duntaxat quę iure hæreditario percipiuntur, non autem, quæ iure legati vel fideicommiſſi. Quæ ergo aut neceſſitas, aut occaſio erat ſubijciendi hanc moderationem ſiue declarationem, vt pro ea parte, quæ à cohærede accipitur, id non eſſet in quartam eiuſdem Falcidiæ imputandum? D Nam quæ iure legati percipiuntur in quartam dictæ Falcidiæ legis non imputantur; Quod autem à cohærede accipitur, ſine dubio iure legati, vel fideicommiſſi accipitur: Non ergo erat neceſſe id exprimere, & quidem in modum declarationis, & limitationis, nempe, *pro ea uero parte*, &c.

Puto igitur illa verba: *Pro ea uero parte*, &c. pertinere ad Trebellianicam, & referenda eſſe ad id, quod proximè dictum erat, de quarta hęredis, qui reſtituere hęreditatem ſit grauatus, temperenturque ijs verbis ſententia ſupra dicta, vt nimirum in quartam, quam deducit hæres reſtituere grauatus, imputentur quidem ea, quæ iure legati, vel fideicommiſſi accipit hæres, nō tamen pro parte cohęredis, ſed pro ſua duntaxat parte. Ex qua interpretatione nullum ſequitur abſurdum. Neque enim abſurdum eſt aliquid generaliter aſſerere, deinde exceptione addita illud reſtringere ac temperare. Quod verò dicebatur

batur

batur etiam in quarta Falcidiana idem ſtatuendum eſſe, vt nimirum pro parte cohæredis data non imputentur, pro parte verò ipſius hæredis grauati imputari debeant, quia id iure hæreditario percipitur, nullo modo concedendum eſt: quia Martianus in eo conſtituit differentiá inter quartam Falcidiæ legis & Trebellianam, vt in eam abſolutè non imputentur legata vel fideicommiſſa: in iſtam verò imputentur pro parte ipſius hæredis grauati. Nec obſtat, quod pro parte ipſius hæredis non videantur iure legati vel fideicommiſſi accipi, ſed iure hæreditario, quia legatum non valet. Nam etſi non valeat legatum pro parte ipſius hæredis, non tamen pars hæreditatis, vel hæreditas dici poteſt, aliud enim eſſe legatum, aliud hæreditatis portionem indicat, l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebellian. ibi: *Quia non portionem hæreditariam teſtator commemorauit, ſed ſimpliciter portionem* Idem probat l. ſi Titius ex parte, de leg 3. & l. Titia, ff ad leg. Falcid. lex autem Falcidia hoc voluit, vt quarta pars hæreditatis apud hæredem maneat Eiuſmodi legatum vel fideicommiſſum cedit lucro ipſius hæredis, tanquam ei aduentens ex voluntate teſtatoris, vt ſupra dictum eſt.

Et ratio huius rei hęc eſt: quia etſi legatum non valeat non tamen ſicuti in fideicommiſſaria hæreditate reſtituenda debet alicui reſtitui, ſed potius accreſcit hæredi ac proinde legatarij ad legem Falcidiam prodeſſe nó poteſt. Prodeſſet autem, ſi in Falcidiam imputaretur.

Reſtat poſtrema controuerſia ac difficultas, illa vero hæc eſt; Dicit Martianus fideicommiſſum hæredi relictum cauſa conditionis implendæ in quartam ex Trebelliano imputari. Contra Martiani eiuſdem pugnat reſpóſum, in l. ratione, §. tametſi, ff. ad l Falcid. vbi de Falcidia, quam pro Trebellianica ibi ſumit, ita ſcribit: *Tametſi ante legis Falcidiæ rationem, quæ conditionis implendæ cauſa hæredi ſunt data, in quartam non computantur*, &c.

Reſpondet Iacobus Cuiacius, illa verba in l. in quartam, *Sed & quod implendæ conditionis cauſa*, &c. Spuria eſſe, & non extare in Baſilicis, quod ego ſanè, vt credam, facilè adduci patior; Primum grauiſſimi Doctoris Cuiacij teſtimonio & autoritate. Deinde, quod nullum ſuppetat argumentum, quo duo illa Martiani loca conciliari poſſint. Nam quæ ſcribit Alciatus lib. 6. Paradoxor. ca. 4. explicant quid em illa verba, ſed non conciliant, cum l. in ratione. § tametſi. Tertiò; quoniam poſt illa verba; *Sed & quod implendæ conditionis cauſa*, &c. Statim Martianus ſubdit, in d. l. in quartá: *Si quid verò implendæ conditionis cauſa*, &c. quæ ſanè verba manifeſtè indicant ſuperius nihil dictum fuiſſe de eo, quod hæredi datur cauſa conditionis implendæ. Hanc poſtremam coniecturá habeo ex Huberto Giphanio, viro Clariſſimo & honorando Collega meo, cuius eruditionem ſingularem, & iudicium acerrimum ſemper magni æſtimare ſoleo. Sed hæc ſufficiant de his.

CAPVT XVI.

Prælegata an veniant in reſtitutionem fideicommiſſi?

EXploranda diſtinctio eſt antiquis probata Doctoribus, ſed recentioribus damnata. Aut præceſſit prælegatum, & ſubſecuta eſt hæredis inſtitutio, & fideicommiſſum, & tunc in reſtitutioné uenit etiam prælegatum; aut præceſſit hæredis inſtitutio & fideicommiſſum, & poſtea prælegatum eſt, & tunç non uenit. Nam nec prudentum Reſponſa, quæ de his loquuntur ſpeciebus, ratione præcedentis vel ſubſequentis fideicommiſſi nituntur, & nullum prorſus illa diſtinctio ſolidum fundamentum habet. Vis videre? Primum audi Vlpianú in l. Marcellus, § Quidam liberis, ff. ad Trebellian. *Imperator noſter (inquit,) reſcripſit præceptiones quoque fideicommiſſo contineri: quia non portioné hæreditariam teſtator com-*

A *memoraſſet, ſed ſimpliciter portioné: in portioné aũt & præceptiones uideri cecidiſſe.* Audi eundem in l in fideicómiſſaria, § vl. ff. eo. tit. *Si legatum ſit hæredi relictum* (inquit) *et rogatus ſit portionem hæreditatis reſtituere. id ſolum non debere eum reſtituere, quod a cohærede accepit: Cęterum quod a ſemetipſo ei relictum eſt, in fideicommiſſum cadit, & id D. Marcus decreuit.* Vides ex his Vlpianum diſtinguentem, vtrum quis portionem ſuam, an portionem hęreditatis rogatus ſit reſtituere. Priore in caſu prælegata veniunt in reſtitutionem, poſteriore non item. Ratio eſt quia hæreditatis appellatione neque legata, neque fideicommiſſa continentur, ut in l. ſi Titius ex parte, de leg. 3 Si tamen quis rogetur reſtituere quicquid ex hæreditate ad eum peruenerit, prælegata quoque reſtituet, vt in l. cum virum, C. de fideicommiſſ. Denique ea coniectura voluntatis quæſtio iſta pendet, ut patet ex l. cum pater, §. fidei tuæ, de le. 2. ex. l. Titia, ff. ad legem Falcid. & ex alijs legibus, ex quibus nullam inuenias, quæ antiquorũ diſtinctioni faueat, ut meritò reiecta ſit a poſterioribus. ut

B dixi. Vide Dom. meum Cephalum, in conſ. 259. lib 2. Dominum meum Decianum; in conſ 41. num. 147. lib 1. ante eos Decium, in conſ. 80 Socin iu. in conſ. 107. lib. 3. & poſt iſtos Manticam, de coniectutis vltimar. volunt. lib. 7. tit. 7. num. 1.

Sed controuerſia eſt in foro celebris ac freqnens: Teſtator Titio & Caio prælegata dedit. Poſtea *in omnibus alijs bonis* eos hæredes inſtituit, & ſi abſque liberis deceſſerint, Sempronium eis per fideicommiſſum ſubſtituit. Quæritur vtrum eueniente conditione, Sempronio reſtituenda ſit hæreditas vna cum prælegatis, & ſic utrum in propoſita ſpecie ſubſtitutus Sempronius etiam prælegata petere poſſit? Et prælegata reſtituenda non eſſe, neque fideicommiſſo contineri illis verbis ordinato, reſpóderunt Iaſon in conſ. 171. lib. 4. Pariſius, in conſ. 79. num. 21. lib. 2 Socinus iunior, in conſ. 107. num. 45. lib. 3. & in conſ. 89. lib. 4. Alciatus, in conſ 480. num. 16. Aemilianus

C in conſ. 39. & conſ 44.

Fundamentum eſt, quia inſtitutio & ſubſtitutione refertur in hac ſpecie non ad omnia bona teſtatoris, ſed ad alia bona, quæ deductis legatis ſuperſunt. Sic enim teſtator poſt legata data dixit: In alijs autem bonis inſtituo & ſubſtituo, &c Si in alijs bonis; Ergo non in illis, quæ prælegata ſunt, intelligitur facta eſſe inſtitutio & ſubſtitutio, & conſequenter, prælegata non uidentur eſſe comprehenſa, immò verò ex uerbis teſtatoris excepta ex fideicommiſſo.

Sed contrarium reſponderunt Alexander in conſ. 25. lib. 1. Natta in conſ. 321. Alciatus ſibi contrarius, in conſi. 604. num, 5. & alij, quos refert & ſequitur Marzarius in Epitome de Fideicommiſſis, q. 3. Iacob. Menoch. de præſump. lib. 4 in 2 parte præſump. 194. nu 6.

Fundamentum eſt primum in antiqua diſtinctione; ſi præceſſit prælegatum, & ſubſecutum eſt grauamen fideicommiſſi, tunc in fideicommiſſo prælegatum cótine

D tur. Deinde in eo, quod certum ſit, quoties hæres portionem ſuam reſtituere rogatus eſt, etiam prælegata reſtituenda, ut in l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebel. Ergo multo magis prælegata in reſtitutionem uenient, cum hæredi ſimpliciter facta eſt ſubſtitutio. Illa enim apta eſt comprehendere etiam ſingularia prælegata, l. ab eo, C. de fideicommiſſis.

Ad argumentum verò ſumptum ex illis verbis teſtatoris: *In omnibus autem alijs bonis*, &c. reſpondent nil obſtare; quia illa uerba non illum habent ſenſum, quod in alijs duntaxat bonis inſtitutio facta ſit; immò in omnibus bonis inſtitutio facta eſſe intelligitur, cum onere tamen legatorum præſtandorum. Et ſolent Notarij ea verba in teſtamento apponere, ex quadá conſuetudine, nó autem, quia ſignificent hęredis inſtitutionem ad vniuerſa bona trahendam non eſſe.

Ego ſanè imprimis animaduerto, fundamentum huius ſententiæ poſterioris ualde infirmum eſſe. Nam diſtinctio illa ex ordine pręcedentis, uel ſubſequentis fidei

commiſſi

commiſſi, vt iam dictum eſt, nigros iam tulit calculos, & alterum argumentum non ſans eſt ſolidum. Nam, vt maximè verum ſit verbum, *Subſtituo*, atque adeo ſubſtitutionem in genere etiam ad legata adaptari, & ſic etiã legata particularia comprehendere poſſe. Siquidem etiã in particularibus legatis & fideicommiſſis ſubſtitui poteſt, l. vt heredibus, l. Titia Seio, §. Seia libertis, de leg. 2. l. ei cui, ff. de donatio. cau. mortis. non tamen ſequitur in hac ipſa ſpecie, de qua agitur, eam eſſe vim ſubſtitutionis vt etiam prelegata comprehendat. Nam aut intelligitur facta eſſe ſubſtitutio in hereditate, & tunc prelegata pro parte alterius coheredis non continebit, vt in dicta l. in fideicommiſſaria, §. vlt. ff ad Trebellian. in l. ſi Titius ex parte, de leg. 3. aut facta eſſe intelligitur in portione, & tunc continebit etiam prelegata, l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebellianum. Hoc igitur Inquirendũ eſt in quæſtione iſta, an ſubſtitutio ſimpliciter & indefinitè facta, intelligatur eſſe facta in hæreditate ſiue hæreditaria portione; an vero in portione ſimpliciter. Id eſt, vtrum hæredes videantur eſſe rogati Sempronio ſubſtituto reſtituere portionem hæreditatis, vel portionem ſimpliciter. Et ſanè ego exiſtimo ſubſtitutionem obſcuram ex inſtitutione interpretandam eſſe, non ex præcedentibus legatis: & ſic ſubſtitutionem videri factam in hæreditatis portione, nõ autem in legatis. Cum ergo teſtator proponatur duos inſtituiſſe hæredes ex æquis portionibus, aut etiam inæquis, nil enim id refert, ac eis ſimpliciter ſubſtituiſſe per fideicõmiſſum, ego ſic interpretor ſubſtitutionem, vt ad portionem hæreditariam referatur, & ſic pro ea hæreditatis portione quiſque ſubſtitutum habeat, in qua inſtitutus eſt. Ac proinde in quæſtione, quam habemus in manibus, idem reſpondendum putarem, quod reſponderetur, ſi hæredes rogati eſſent ſuam quiſque hæreditatis portionem reſtituere. Quo caſu ex l. in fideicommiſſaria, §. vlt. ff. ad Trebellian. didicimus hæredem rogatum *id ſolum nõ debere eum reſtituere, quod a cohærede accepit, cæterum quod a ſemetipſo ei relictum eſt in fideicommiſſum cadere.*

Huic ſententiæ adſtipulantur pronunciata quædam Iuris vulgaria. Primum, interpretationem illam ſumendam, ex qua hæres minus grauatus eſſe intelligatur. Secundum; Relationem ad proximiora faciendam. Item. Non loquitur de hoc ſubſtitutio tua. Fauet denique natura fideicommiſſariæ ſubſtitutionis, per quam plerumque hæreditas reſtitutioni ſit obnoxia, non autem res ſingulares. Sunt enim ſeparati Tituli de fideicommiſſarijs hæreditatibus, & de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis. Sed eſto cuique liberum iudicium hac de re longè difficillima. Mea ſanè hęc eſt opinio.

CAPVT XVII.

In legatis & fideicommiſſis ad pias cauſas relictis, ſitnè locus detractioni Quartę ex lege Falcidia, vel ex Trebelliano Senatuſconſulto?

Videtur communiter receptum in legatis ad pias cauſas legem Falcidiam locum non habere, & idem multi de Trebelliano Senatuſconſulto reſponderunt, alijs tamen multis reluctantibus, vt videre licet ex Antonio Gabrielio, libro 4. Commu. conclu. tit. ad Trebell. concl. 11. Sed mihi legum tenorem ex ipſis autoribus contemplanti, non legem Falcidiam, nec Trebellianum Senatuſconſultum in legatis & fideicommiſ. ad pias cauſas relictis ceſſare videtur, niſi hæres in mora fuerit præſtandi legatum. Hæc ſententia fuit interpretũ antiquorum, quos cõmemorat Accurſius in l. ſi quis ad declinandam in verbo, *Minus* C. de Epiſcopis & Clericis. & nouiſſimè eam amplexus eſt Iacob. Cuiacius in expoſitione Nouellæ 131.

Videamus leges ipſas, ex quibus pendet, & in hoc, & in alijs articulis ſententia noſtra. In primis ex antiquioribus occurrit l. prima, §. ad municipum, ff. ad legem Falcidiam Paulus: *Ad municipum quoque legata, vel etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur, lex Falcidia pertinet.* Ex Iuſtiniano l. ſi quis ad declinandam, C. de epiſcopis & Cleric. *Si quis ad declinandam* (inquit) *legem Falcidiam, cũ deſiderat totam ſuam ſubſtantiam pro redemptione captiuorum relinquere, eos ipſos captiuos ſcripſerit hæredes, &c.* Sentit Imperator ad declinãdam legem Falcidiam, hoc eſt, vt per legem Falcidiam nihil minuatur ſcribendos eſſe hæredes ipſos captiuos, ſiue pauperes; quia ſi alius hæres inſtitueretur cum onere reſtituendi per fideicommiſſum ipſis pauperibus, vel captiuis, quarta per legem Falcidiam, hoc eſt, per Trebellianum (ſæpe enim hæc confunduntur) detraheretur ab hærede grauato. Ex quo argumentum ſumi poteſt, & in huiuſmodi fideicommiſſis locum eſſe Falcidiæ legi, ſiue Trebelliano Senatuſcõſulto, nam ſi locus non eſſet, nullo opus eſſet ad eam legem declinandam conſilio ac remedio, quod & Paulus Caſtrenſis annotauit in Commentarijs eius loci. Nec quenquam moueant illa eiuſdem legis verba: *Si enim propter hoc a ſpeciali hærede receſſum eſt, ut non Falcidię ratio inducatur, quomodo ferendum eſt hoc, quod in ſacro venerit, per Falcidiam vel aliam occaſionem minui?* Non enim ſenſus eſt in huiuſmodi relictis ceſſare legem Falcidiam; ſed talia minuenda nõ eſſe ab Epiſcopo vel Oeconomo, quaſi illis tãquam hæredibus quartæ detractio competat, ut patet ex præcedentibus verbis ibi: *nullo penitus hoc ex lucro vel Oeconomo, uel Epiſcopo, vel ſacroſanctę Eccleſiæ relinquendo. Si enim.* &c. quod ſanè & inferius ſæpe repetitur, ibi: *Si enim hęredum eis* (ſcilicet Epiſcopo & Oeconomis) *& ius & nomen dedimus, ſine Falcidiæ tamen legis emolumento*, &c. Et rurſus ibi: *Pro tempore Oeconomus ſacroſancta Eccleſia, uel Epiſcopus hæreditatẽ accipiat, & ſine Falcidiæ ratione pauperibus, qui in Ciuitate ſunt, vel penitus mendicantibus, vel alia ſuſtentatione egentibus eędem pecuniæ diſtribuantur.* Et denique ibi: *Sin autem in perſonam certam, venerabilemvè certam domum reſpexerit, ei tantummodo hæreditatem vel legatum competere ſancimus, nulla Falcidia, nec in hac parte intercedente.* Et quibus verbis apparet, non hanc eſſe Imperatoris ſententiã, vt hæres in huiuſmodi legatis amittat Falcidiæ emolumentum, ſed ut Oeconomus, vel Epiſcopus, vel alij amittant, licet hæredes eſſe videantur. Et tõ eſt, quia hæredes verè & immediatè ſunt ipſi captiui, vel pauperes; quos directè teſtator inſtituit eo conſilio, vt totam ſubſtantiam obtinerent abſque ulla diminutione, ſeu Falcidię detractione, quam alioqui paſſi fuiſſent, ſi alio hærede inſtituto hereditas ei reſtituenda fuiſſet.

Denique audiamus Nouellas ipſas Conſtitutiones; vnus eſt locus, qui ad hanc rem pertinet in Nouella 131 alias In Auth. in Eccleſiaſticis, tit § ſi autem hęres, vbi Iuſtinianus ita ſcribit; *Si autẽ hæres, quę ad pias cauſas relicta ſunt, non impleuerit, dicens relictam ſibi ſubſtantiã non ſufficere ad iſta, pręcipimus omni Falcidia vacante, quidquid inuenitur in tali ſubſtantia proficere pro ſuffitione ſanctiſſimi locorum Epiſcopi ad cauſas, quibus relictum eſt.*

Hic non dicit Iuſtinianus generaliter & abſolutè ſe conſtituere, vt in legatis ad pias cauſas, vt uocant, lex Falcidia ceſſet. Sed cum ſuperius hęredi non adimplẽti voluntatem teſtatoris in pręſtandis huiuſmodi legatis, pœnam impoſuiſſet, idem argumentum tractans, de eo loquitur hęrede, qui negligit legata pręſtare ad pias cauſas relicta, eo colore ac prętextu, quod dicat, ad hęc pręſtanda non ſufficere bona teſtatoris; & tunc ita Imperator ſtatuit, vt in pœnam ſuę negligentię tota ſubſtantia defuncti cedat in ſolitudinem legati, nihil ex proprijs bonis hęrede ſoluente, ſed & nihil ex lege Falcidia detrahente. Cęterum, ſi hęres non fuerit negligentis in ſoluendo legato pijs locis, quo minus ex lege Falcidia detrahere poſſit aliquid, vt quartam partem habeat, nullo modo Iuſtinianus ſtatuit, quod ſanè, vt apertè decerneretur, ęquum erat, ſi veteres leges corrigendi animus

Iuſti-

Iuſtiniano fuit, ſicut in alijs non abque præfatione ſolitum eſſe Imperatorem obſeruare, non ignorant ij, qui Nouellas legibus antiquis derogantes perpendunt.

Cum itaque legibus, nec Conſtitutionibus aliter ſit cautum, quam noſtra præmonſtret ſententia, vt Legum potius Autores, quam Commentatores ſequeremur, faciendum eſſe iudicauimus.

Huc vſque dictaueram, cum legi Cuiacium ad librũ quartũ ſententiarum Pauli, tit. 3. diuerſa ſentientem ab ijs, quæ docet in expoſitione Nouellæ ſupradictæ 131. Verba Pauli hæc ſunt: *Lex Falcidia itemque Senatuſconſultum Pegaſianum, deducto omni ære alieno, Deorumque donis, quartam reſidua hæreditatis ad hæredem voluit pertinere.* Ad hæc Cuiacius; *Deduci primi oportet omne æs alienũ, & Deorum dona; deinde Falcidianam aut Pegaſianam quartam. Ex hoc loco in notis ad Iuſtiniani Inſtitutionet teſtatus ſum malle me in l. prima, §. ad municipum, ff ad legem Falcid. ſi legere: Ad municipum quoque legata, non etiam ad ea, quæ Deo relinquũtur, lex Falcidia pertinet, nec muto ſententiam. Vt enim conſtitutio Iuris Ciuilis quæ inter coniuges donationem prohibet in Deorum donis non valet, l. ſi ſponſus, § proinde, ff de donatio inter vir. & vxor. ita Dei cultus poſtulat, vt nec in eis valeat lex Falcidia. idque nouiſſimis conſtitutionibus comprobatur.*

Sed Cuiacio & Robertum oppono, & Fornerium, cuius elegantiſſima verba, quin adſcribam, mihi temperare non poſſum. Etenim & ad rem iſtam illuſtrandam & noſtram ſententiam confirmandam & Cuiaciũ confutandum multum valent. Is libro ſecundo. Selectio capitulo 25. ſcribit in hæc verba: *Exhauſta legatis aut fideicommiſſis, vel mortis cauſa donationibus hæreditate, auxilio Falcidiæ inſtitutus hæres quadrantem retinere poteſt, ne nullo adeundam hæreditatem præmio inuitatus teſtamentum deſerat, l. 1. ff ad legem Falcid. §. primo, Inſtitut. eod. Paul. lib. 3. titu. vlt. Sen. 3. Nec vllum ferè legati genus à Quartæ detractione immune eſt, cum in legatis Principi relictis lex Falcidia locum habeat, l. quarta, C de lege Falcid. & in ijs, quæ Deo reliquuntur. Sunt tamen, qui dona Deorum excipiant, vt ſolida ſine onere Falcidiæ præſtentur ab hærede, mutataque apud Paulum affirmatione in negationem, ſic legant; Ad municipum quoque legata, non etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur lex Falcidia pertinet. Adducuntur alio Pauli loco, in quo eſt lex Falcidia, Itemque ſic Pegaſianum, &c. Quam equidem emendationẽ probare nullo modo poſſum. Cur enim Pauli Sententiarum libros ab Alarico & Aniano interpolatos ſequemur, vt tot exemplarium fidem in Pandectis etiam Florentinis conſtãtem eleuemus? Nec verò eorum, qui puſillo ex corpori nęuos multos aſperſerunt, ſententię ſuffragatur religionis prętextus, cuius cauſa ſtrictam iuris rationem inſuper habemus l. 43 ſunt perſonę. ff. de religioſ & ſumpt. funer. Nego legatum Deo tolli, cum admodum legitimum reuocatum aliquot vncijs delibatur; nego legit Falcidię, quę teſtatoris, cęterorumque ius tuetur rationem eſſe ſtricti iuris l. penult. C de leg. Falcid. teſtamenta conſeruari e Repub. eſt l. 4. ff. Teſtamen. quemad. aper. Itaque legis Falcidię ęquitas Senatuſconſultis edictis, Cõſtitutionib. Principum producta, et interpretatione dilata eſt. At lex quę donationes inter coniuges inhibuit, vxorem viro in honorem & cultum Dei donare permittit, l. quinta §. proinde ff de donat. inter vir. & vxor. Quid mirum, cum id modò Senatus in ea lege ſanciẽda ſpectauerit, ne mutuo amore coniuges ſeſe bonis nudarẽt, & alter alterius ſpolijs locupletior euaderet? ſed quod in d. § proinde, donatur, mox in Dei cultũ confertur, nec donatarij rem auget. Itaque eadẽ lege permiſſum eſt vxori, vt viro in honorem donet dignitatis adipiſcendę nomine, in proceſſum viri, & in cauſam laticlauij l. 40 cum ll. ſeqq. ff de. donation. inter vir. & vxor. Alius eſt legis Falcidię ſcopus; quę, quia fauore digna eſt, non faciè coarctari interpretatione ac reſtringi debet. Nec ad rem pertinet, legato libertatis hęredis quadrantem minui, l. 8 § quartam ff de inoffic. teſtam. quod eius immenſa ęſtimatio ſit, vt nulla ratione do-*

A *drantis & quadrantis calculus ſubducatur, l. Libertas, de regu. iur. Nec ſimilis prælegatę ſeu relegatę dotis cauſa eſt, l. Sed etſi vſusfructus. ff. ad legem Falcid. Meritò enim extra legis Falcidię rationem eſt, cum mulier nihil lucretur, cui non tam legari, quàm ſuum reddi videtur, l. cum pater, § Fidei tuę, de leg. ſecundo. Quod ius nouiſſimis Conſtitutionibus abrogatum quibuſdã hodie perſuaſum eſt; quo in errore verſati ſunt & Græci Baſilicon interpretes, quos ut Iuſtiniani mentem non aſſecutos Photius notat. Nomoc. tit. x, cap. 1. Nec enim Nouella 131. ſimpliciter Falcidiam a legatis in piam cauſam relictis excludit: ſed ita demũ, ſi dolum in his præſtandis adhibeat hæres. affirmetque patrimonij vires non ſufficere, omni legis Falcidię beneficio priuatur.* Hactenus Fornetius.

CAPVT XVIII.

In fideicommiſſis & legatis utrum appellatione filiorum ueniant nepotes.

B

NOn puto me operę precium facturũm, ſi Doctorum autoritates, qui vel affirmantem, vel negantem ſententiam in hanc quęſtione amplexi ſunt, attulero quoniam ante me illas attulit Antonius Gabrielius, Commun. conclu. lib 6 nu. de verbor. ſignif. Concl. 1. & poſt eum Franciſcus Mãtica, de Coniecturis vltimar. volunt. lib. 8. nr. 8. necnon Iacobus Menochius, in conſil. 115. lib. 3. & de præſumpt lib. 4. præſumpt. 94. Zaſius pulchre ad Germanicum idioma rem accommodans, in conſil. 7. lib. 1. Quare quid ipſe ſentiam paucis declarabo. Equidem ex autoribus noſtris duo nobis manifeſta ſunt. Vnum, filiorum appellatione non contineri nepotes, ſi propriam vim ac naturam verbi ſpectemus. Alterum, ex iuſta quadam interpretatione contineri. Ex his quid in propoſita quæſtione reſpondendum ſit, facilè apparebit.

Prior propoſitio probatur ex l. quod ſi nepotes, ff. de

C teſtamen. Tutela. Vlpianus: *Aliter*, inquit, *filij, aliter nepotes appellantur.* ex l. filium habeo, ff. ad Macedon. ex §. vlt. in Inſtit. Qui teſtam. tutor dari poſſ. & declarat optimè Cuiacius in Commentarijs ad l. 2. ff. de excuſat. tuto.

Altera verò propoſitio probatur ex l iuſta, ff de verbor. ſign. ex d. l filium habeo, ff. ad Macedon. ex l. Senatuſconſulto, ff. de ritu. nupt. Non obſtat l filij, & l. liberorum, ff de verb ſig. quia quod ibi dicitur: *Filij appellatione omnes liberos cõtineri*, intelligendum ex iuſta interpretatione, vt puta: *Fundum cum villico & cõtubernali eius, & filijs do, lego.* Continentur etiam nepotes, l. vxorem, §. Concubinæ, de leg. 3. & d. l. liberorum, verſ *Sed & Papyrius.* Iuſta eſt illa interpretatio, ne fiat dura ſeperatio, iuxta l. quęſitum, §. ſed an inſtrumentum, ff. de fundo inſtructo. & inſtr. leg.

Hæc cum ita ſe habeant, facilè apparet, quid reſpondendum ſit ad propoſitam quæſtionem. Nam reſpondẽdum erit in legatis & fideicommiſſis filiorum appellatio

D ne nepotes nequaquam contineri; quia aliter filij, aliter nepotes appellantur: ſed tamen ſi contrariũ ſuaſerit voluntatis coniectura, vel ratio, vel æquitas, & alię circumſtantiæ, reſpondendum erit, ex iuſta illa interpretatione contineri. Exemplum eſt in d l. vxorem, §. concubinæ. Alia exempla & coniecturas ex Menochio de præſumptionibus loco annotato petere poſſumus.

CAPVT XIX.

Hæres eius, qui bona reſtitutioni obnoxia alienauit, poſſitne ea uindicare.

EXiſtimo hæredem eius, qui bona fideicommiſſo ſubiecta alienauit, ea vendicare non poſſe, licet ex fideicommiſſo vocatus ex perſona propria actionem intendere velit. Quam ſententiam amplexus eſt Pinellus, ad l. primã, in 3. parte, numero 82. C. de bonis matern.

matern. & Iacobus Menochius in conſ. 89. lib. 1. licet contrarium multi docuerint, puta Paulus Caſtren. vel potius Saluſtius quidam inter Caſtrenſis conſilia, in conſilio 199. libro ſecundo, cui & Abbas Panormitanus ſubſcripſit. Natta in conſil 470. Grammaticus deciſ. 95. & alij a Marzario citati in Epitome de fideicommiſſis, quæſtio. 46.

Hæc autem ſententia tam luculenter ex autoribus noſtris vera eſſe demonſtrari poteſt, vt mirum ſit viros doctos vllos repertos, qui contrarium docuerint.

Imprimis adſero textum in l filiusſamilias, § cum pater, de leg. 1. Martianus: *Cum pater filio herede instituto, ex quo tres habuerat nepotes, fideicommiſiſſet, ne fundum alienaret, & ut in familia relinqueret; & filius decedens duos heredes inſtituiſſet, tertium exheredaſſet, eumque fundum extraneo legaſſet. Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt, verum eſſe nō paruiſſe volūtati defuncti filium. Sed etſi cum duos exheredaſſet, vnum heredem inſtituiſſet, fundumque extraneo legaſſet, putat Marcellus poſſe exheredatos petere fideicommiſſum.* Hactenus ille.

Cur non etiam filios hæredes inſtitutos fideicommiſſum petere poſſe Martianus reſpondit? quia ij non poſſunt illud petere: Non enim hæres impugnare poteſt defuncti voluntatem & factum.

Secundò adſero textum in l. vnum ex familia, §. ſed ſi vno, de leg. 2. in illis verbis: *Verum is, qui hæres ſcriptus eſt, ratione doli exceptionis ceteris fideicommiſſum petentibus facere partem intelligitur.*

Senſus eſt; fideicommiſſum peti non poſſe ab eo, qui hæres inſtitutus eſt, (erat autē fundus extraneo relictus, qui ex fideicommiſſo peti potuit, vt ex textu patet in ſuperioribus verbis) ſed tamen eum partem facere; atque adeò impedire, ne alij totum fundum conſequātur: quia pars hæredis inſtituti deduci debet.

Tertiò adſero l. ff de exceptio. rei vendi. & traditæ. Vlpianus: *Marcellus ſcribit, ſi alienum fundum vendideris, & tuum poſtea factum petas, hac te exceptione rectè repellendum: ſed etſi dominus fundi hæres venditoris exiſtat idem erit dicendum.*

Obſtat ergo doli mali exceptio hæredi uindicare volenti rem ſuam ab eo venditam, cuius eſt hæres. Idem reſcripſerunt Dioclet. & Maximin in l. cum a matre, C. de rei vend. in l. venditrici, C. de reb. alienis non alienand. Idem reſpondit Imperator Gordianus in l. ſiue poſſeſſio, C. de euictio. & text. in l. Polla, C. de his, quib. ut indig. quibus adſtipulatur & Aureliani Reſcriptum, in l. ſi ab eo, C. de liber. cauſ.

Poſtremò, adſero hoc argumentum; Is qui bona vendidit & alienauit, non poteſt eam alienationem reuocare: ergo nec hæres eius. Conſequens probatur ex l. ex qua perſona de reg. iur. & ex § 1. in Auth. de iureiurando, a moriente præſtito. Antecedēs autem, quia nemo poteſt proprium factum infringere ac impugnare. l. ſi creditoribus, C. de ſeruo pigno. dato manumiſſo, l. filius, C. de reuoc. his quæ in fraud. cred. l. cum profitearis, C. de reuoc. donation.

Sed videamus, quantum argumenta contrariæ ſententiæ habeant momenti. Primum argumentum. Quilibet impugnare poteſt factum ſuum, & contra illud venire, quoties nullum eſt, ut notatur in l. poſt mortem, ff. de adopt. l Quemadmodum, C de agric. & Ce nſit. ergo multo magis illud impugnare poterit hæres, & ſucceſſor eius. Sed alienatio rei fideicommiſſo ſubiectæ eſt nulla, eueniente conditione, vel die fideicommiſſi, l. penultima, § ſin autem ſub conditione, C. commun. de legat. Ergo reuocari poterit ab herede eius, qui alienauit.

Reſpondeo, maiorem propoſitionem veram non eſſe abſoluté, ſed tunc veram eſſe, cum actus eſt nullus iure publico, prout loquitur l. quemadmodum, & loquuntur aliæ leges, quas adſert Glo. in d. l. poſt mortem, Alienatio vero, de quo agitur, eſt nulla iure priuato, quia videlicet is, cui fideicommiſſum debetur, rem poteſt vindicare, in

A irritum deducta alienatione: ſed cum eſt hæres alienantis non poteſt, vt patet ex l. cum à matre, C. de rei vind. & alijs legibus ſupra allans.

Secundum argumentum; Cum defunctus voluit hæredem priuare iure ſibi debito, tunc poteſt hæres contra eius factum venire, l. 2 C. de inoffi donation Sed hic defunctus voluit heredem priuare iure ſibi debito, nempe, fideicommiſſo. Ergò, &c. Reſpondeo, maiorem propoſitionem ita ſimpliciter prolatam veram non eſſe. Hoc tantum dicit dict. l. ſecunda, C. de inoffic. donat. filium poſſe inofficioſam patris donationem reuocare, vt legitimam ſibi debitam conſequatur, quod nihil ad rem noſtram pertinet.

Tertium argumentum. Quoties defunctus aliquid fecit in fraudem hæredis, poteſt hæres eius factum impugnare, l. 2. ff. ſi quid in fraudem patroni, l. 1. & 2. C. ſi in fraudem patroni à libertis alienatio facta ſit.

Reſpondeo, leges, quæ in argumento adſeruntur, loqui, cum alienatio facta eſt in fraudem legitimæ patrono

B debitæ, qua de re noſtra non eſt diſputatio. Agitur enim hic de re alienata, contra voluntatem teſtatoris, qui fidei commiſſit, quæ alienatio fieri nec debuit, nec potuit: ſed hæres alienantis eam impugnare non poteſt.

Quartum argumentum ſumitur ex eo, quod hæres in propoſita ſpecie ex ſua perſona petere fideicommiſſum poteſt, & rem vindicare, cui proinde impedimentum adferre non poteſt factum defuncti, l vlt. C. de euictionibus in illis verbis: *Factum eius, cui ſucceſſit ex ſua perſona dominium vindicare non impedit.* Reſpōdeo, illam legem non loqui de hærede eius, qui rem vendidit, ſiue alienauit, ſed de hærede fideiuſſoris, qui videlicet pro venditore promiſit de euictione. Cum verſamur in herede venditoris, ille vindicare non poteſt rem venditam, etiam ex ſua perſona, vt puta ſi res ſit ipſius heredis propria, l. cum a matre, C de rei vind. Ratio eſt; quia tanquam heres tenetur præſtare factum defuncti imò, de euictione tenetur, & ideo, quem de euictione tenet actio, eundem

C agentem repellit exceptio, l vindicantem, C. de rei vindicatio. Ceterum, in herede fideiuſſoris aliud eſt conſtitutum, & ratio eſt; quia ille non vendidit, ſed pro venditore ſe obligauit: Ergo emptor actionem habet euictionis nomine, ſi res vindicetur ab herede fideiuſſoris aduerſus ipſum venditorem, qui precium recepit, & principaliter tenetur, & aduerſus etiam fideiuſſorem, vt patet ex verbis d. l vlt. ibi: *Scilicet euictionis cauſa durante actione.* Sed fideiuſſori conſultum erit actione mandati contra venditorem. Dices, quæ eſt ratio, cur heres venditoris ex ſua perſona rem vindicare non poſſit; heres autem fideiuſſoris poſſit? Reſpondeo, hanc adſerri rationem poſſe; quia venditoris heres inuenit precium rei venditæ in hereditate defuncti, aut conuerſum illud fuit in vtilitatem ipſius defuncti, quare iniquum videtur, vt ipſe heres, qui rei venditæ precium habet, aut certè ex eo ſentit vtilitatem, rem vindicet a defuncto alienatam. Fideiuſſoris autem heres, non inuenit precium rei in hereditate,

D nec illud conuerſum eſt in vtilitatem eius, ſed venditor illud accepit, qui proinde ipſius heredis indemnitati ſatisfacere poterit, quatenus euictionis actione ipſe hæres condemnabitur; quæ ratio prorſus in herede venditoris ceſſat.

Quintum argumentum; hypothecaria actio non confunditur ex aditione hæreditatis, l debitor, ff. ad Trebel. ſed hæres habet actionem hypothecariam pro rebus per fideicommiſſum relictis. l 2. C. commun. de legat. ergò illa non confunditur ex aditione hæreditatis, & conſequenter heredi ſalua manet, & competit aduerſus poſſeſſores. Reſpondeo, hypothecariam non confundi ex aditione hæreditatis, quoties illa competit hæredi in bonis ipſius defuncti, cui ſuccedit, & alijs hæreditatem reſtituere is debet. Nam tunc hæres retinere ſibi poteſt res obligatas, cum reſtituit fideicommiſſum, ita loquitur l. debitor, ff ad Trebel. Hoc autem a ſpecie, & quæſtione noſtra quàm longiſſimè abeſt.

Cæteris

Cæteris argumentis ſatisfacit optimè Menochius in d.conſil 89 lib. 1. Nos hic conſultò ea prætermittimus; quia leuiſſima ſunt, & ex iuribus feudalibus deducta, quæ & diſſimilia ſunt, & vim habent in rebus non feudalibus.

CAPVT XX.

An per diuiſionem cum Clauſula, de non faciendo aliquid contra eam, vel aliàs, cum generalibus, & vt loquuntur, prægnantibus verbis, cenſeatur renunciatum fideicommiſſo.

SCæuola in l. qui Romæ, §. duo fratres, ff. de verb. oblig. in hæc verba reſpondit. *Duo fratres hæreditatem ſuam inter ſe diuiſerunt, & ſibi cauerunt, nihil ſe contra eam diuiſionem facturos, & ſi contra quis feciſſet, pœnam alter alteri promiſit, poſt mortem alterius, qui* B *superuixit, petijt ab hæredibus eius hæreditatem, quaſi ex cauſa fideicommiſſi ſibi à patre relicti debitam, & aduerſus eum pronunciatum eſt, quaſi de hoc quoque tranſactum fuiſſet, quæſitum eſt, an pœna commiſſa eſſet, reſpondit pœnam ſecundum ea, quę proponerentur, commiſſam.*

Ex hoc reſponſo controuerſia oritur, an per diuiſionem cenſeatur renunciatum eſſe fideicōmiſſo, ſi ea cautio ſit adiecta; nihil contra eam factum iri. Et rurſus alia oritur controuerſia, quid ſi verbis amplioribus concepta ſit eadem cautio, vt puta, promiſit alter alteri nihil amplius ſe petiturum, nihil contra diuiſionem facturum, ex quacunque cauſa, ex quocunque iure, quod cogitari poſſit. Et quidem, quod ad rigorem attinet, notæ ſunt omnibus Doctorum ſententiæ in Commentarijs dicti loci. Aliqui enim cenſuerunt bene iudicatum fuiſſe in ea ſpecie, de qua loquitur Scæuola; atque adeò, per diuiſionem eo modo factam, videri renunciatum fideicommiſſo. Aliqui vero malè iudicatum, & idcirco per illam C diuiſionem fideicommiſſo renunciatum nō videri. Ego quod ad reſponſum Scæuolæ attinet, magis probo ſententiam Iacobi Curacij in Commentarijs eius loci, & Franciſci Connani lib 6 Commen Iuris Ciuilis, cap. 3. num. 8. Iſti docent in ſpecie Scæuolæ propoſita ſic accidiſſe, vt & de fideicommiſſo quoque trāſactum eſſet, & ideo quæſitum fuiſſe id duntaxat, vtrum pœna commiſſa eſſet; & reſpondit Scæuola commiſſam. Vt huic acquieſcam expoſitioni illud facit, quia nec propoſita hæc quæſtio fuit Scæuolæ, vtrum per diuiſionem ita factam videtur de fideicommiſſo quoque tranſactum eſſe, nec eam ille definit, ſed narrat aduerſus eum pronunciatum fuiſſe, qui fideicommiſſum petebat. Et ideo de pęna quęſitum. Itaque illa verba, *quaſi de hoc quoque tranſactum fuiſſet*, poſſunt quidem dupliciter accipi; Primum ſcilicet, quia per talem diuiſionem, *de hoc quoque*, (nempe de fideicommiſſo) *tranſactum eſſet*, ſed non eſt probabilis expoſitio; nuſquam enim cautum eſt diuiſionem in- D ter fratres ita ſimpliciter factam, hoc efficere, ut renunciatum eſſe fideicommiſſo, ac de eo trāſactum videatur; immò repugnat ratio, lex quoque, & non ita ieiunè tractandum id erat à Scæuola. Altero modo accipi poſſunt illa verba, nempe, præter diuiſionem factam ea adhibita cautione, ac pœnali ſtipulatione, tranſactum quoq; fuiſſe de fideicommiſſo. Et ideo quæſitum, an is, qui fideicommiſſum petijſſet, in pęnam incidiſſet. Videbatur pęnam non fuiſſe cōmiſſam; quia illa promiſſa fuit, ſi contra diuiſionem aliquid fieret. At petens hæreditatem ex fideicommiſſo, non facit contra diuiſionem, ſed contra tranſactionem factam de fideicommiſſo. Reſpondit Scęuola commiſſam. Ratio eſt: quia tranſactio de fideicommiſſo facta fuit in ipſa diuiſione hæreditatis: atque adeò pars diuiſionis fuit, & ad diuiſionem pertinuit.

Quod attinet ad alteram controuerſiam, multi cenſuerunt, propter illa verba generalia renunciatum videri fideicommiſſo, nec amplius peti poſſe. Eorum anteſignanus Io. And. fuit ad Specul. tit. de Teſtamentis, §. in A primis, num. 17. Curt. iun. in conſ. 49. num. 2 qui alios citat; alij verò nec tunc renūciatum cenſeri fideicommiſſo reſponderunt Ita Decius in conſ 495. Ruinus in cōſil 138. lib 2. & alij, quos commemorat Gabrielius, lib. 4 Comm Concl. tit. de fideicommiſſis, Concl. 1. nu. 21. Marzarius in Epitome de fideicommiſſis, in 2. par. quæſtio. 59. Omnis difficultas his duabus iuris propoſitionibus tollitur Prior propoſitio: Generalis Clauſula tranſactioni adiecta, ſiue pactioni, & obligationi, reſtringitur ac refertur ad eam cauſam ſolam, de qua actum eſt, l ſi de certa, C. de tranſact. l. iubemus, C. ad Velleian. l. vlt. §. idem quæſijt, ff. de condi : indeb. l. 2. de iudicijs. Altera propoſitio: Si adeo generalia ſint verba, vt citra manifeſtam calumniā reſtringi non poſſint, verbis ipſis ſtandum eſt, l. ſub prætextu ſpecierum, C. de tranſact. Quapropter, temperare quiſque ſibi à tam effuſo ſermone admonetur, ne in promptum incidat periculum, l. vlt. C. de B dotis promiſſ.

Ex his, ni fallor, perſpicuum euadit, quid reſpondendum ſit in propoſita quęſtione Ita enim reſpondendum erit, vt per diuiſionem renunciatum eſſe videatur fideicommiſſo, ſi cautio ac promiſſio diuiſioni adiecta tam generalibus verbis concepta ſit, vt reſtringi ſalua ratione recti ſermonis nequeat ad ſolam diuiſionem. Exemplum, ſi quis promittat ſe nil facturum contra diuiſionem, & nullam moturum controuerſiam, nihilque petiturum ex quacunque cauſa, quocunque tempore; Tūc fideicommiſſi ſcientia ſuppoſita nō dubitarem cū Ioanne Andreæ pronunciare, fideicommiſſo renunciatum videri: Si verò verba ſalua ratione recti ſermonis, ac citra calumniam reſtringi ad ſolam diuiſionem poſſint; tunc ad eam reſtringenda erunt; ſicut docet prior propoſitio.

CAPVT XXI.

C

Vtrum matri, vel auiæ, cum relinquunt filio, vel nepoti legitimam portionem, vel etiam hæreditatem, liceat eam conditionem, quantum ad legitimam adijcere, vt vſusfructus patri non acquiratur.

PRoponebatur ex facto in Auditorio Collegij huius Inclytę facultatis Iuridicę Ingolſtadienſis, Auiam teſtamento inſtituiſſe nepotem ex filio in legitima portione, & alijs quibuſdam rebus, ea adiecta cōditione, ne vſusfructus patri acquireretur, & reſponſum petebatur, an ea conditio rectè etiam, quoad legitimam adiecta eſſet, ac proinde valeret. Aderant Clariſſimi viri ac Conſultiſſimi, qui Reſponſa non niſi ſummo ſtudio, & ſumma grauitate conſulentibus communicare ſoliti ſunt, ac proinde re maturè diſcuſſa, viſum fuit controuer- D ſam eſſe hanc quęſtionem; Nam Accurſius in Authen. Vt liceat matri, & auię in principio, verſ *Participium*, reſpondit eam conditionem adiectam, valere etiam quoad naturale debitum, hoc eſt, quoad legitimam, & Accurſium ſecuti fuere Angelus ibi, necnon Baldus, ad l filię, C famil. hercis. & alij, quos refert, & ſequitur Fernandus Vaſquius & de ſucceſſionum creatione, in Tractatu primę patris, lib. 1. § 10. nu. 214.

Cęterum, non valere talem prohibitionem, ac conditionem, quantum ad legitimam, docuerunt Bart. Caſtr. & Corn. in Authen. Excipitur, C. de bonis, quę liberis. Alios commemorat Vaſquius loco proximè citato.

Fuit ergo dictum, fundamenta vtriuſque ſententię perpendenda eſſe. Fundamentum Accurſij in eo eſt poſitum, quod ea conditio nullum onus, nullum grauamē inferat legitimę; ac proinde valere debeat, argumento l. filijs matrem, C. de inoffic. teſtam. ibi: *Neque nomine filiorum inoffucioſi eo modo actionem poſſe competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, ſed potius putauerit prouidendum*, &c.

Huc accedat text. in Auth. Excipitur, C. de bonis, quæ lib. *Excipitur inquit, quod eis datur,* (ſcilicet filijs) *ab aliquo parentum conditione hac adiecta, ne ad patrem perueniat vſusfructus.*

Fundamentum autem contrariæ ſententiæ eſt in textu Authen. Vt liceat matri, & auiæ, vbi ita dicitur: *Sancimus igitur licentiam eſſe matri, & auiæ, aliiſque parentibus, poſtquam reliquerunt filijs partem, quæ lege debetur, quod reliquum eſt, ſuæ ſubſtantiæ ſiue in ſolidum voluerint, ſiue in partem filio, vel filiæ, nepoti, vel nepti, & deinceps deſcendentibus donare, aut etiam per vltimam relinquere voluntatem, ſub hac conditione ac definitione, ſi voluerit, vt pater, aut qui omnino eos habet in poteſtate in his rebus, neque vſumfructum, neque quodlibet penitus habeant participium. Hoc enim & extraneis relinquere poterant, vnde nulla parentibus vtilitas naſceretur.*

Ex his verbis Iuſtinianus indicat, prius relinquendã eſſe legitimam iure debitam, nulla adiecta conditione, ſed in eo, quod vltrà legitimam relinquitur, eam conditionem adijci poſſe, vt pater non habeat vſumfructum. Non licebit ergò eam adijcere conditionem in legitima portione debita.

Reſpondit Vaſquius, ſenſum Nouellæ hunc eſſe: *Licere matri, & auiæ legitima portione filio, vel nepoti relicta, reſiduum hæreditatis etiam extraneo dare; prohibere autem, ne id patri acquiratur, quoad proprietatem, & etiã quoad vſumfructum, id eis generaliter licet, non ſolum in eo, quod eſt vltrà legitimam, ſed etiam in ipſa legitima, quaſi dicat: extraneis concedere in præiudicium filij non licet, niſi id tantum, quod vltrà legitimam eſt. In vtilitatem autem filij vetare, ne patri penitus quidquam etiam, quoad legitimam acquiratur, id matri teſtanti licitum eſt, vtpote, ipſi filio fructuoſum, vtile, conducibile.* Sic ferè Vaſquius.

His ita diſcuſſis, vnanimi omnium conſenſione, Bartoli & Sequacium ſententiam, ego & collegæ mei amplexi fuimus, vti probabiliorem ac iuri magis conſentaneam. Nam hæc eſt Iuſtiniani ſententia in dicta Nouella, vt quoniam id, quod vltrà legitimam filio relinquitur vel donatur, extraneis etiam relinqui poterat, ita vt nullam inde pater vtilitatem acquireret; idcirco etiã relinqui poſſe, ac donari filio, vel nepoti, ea conditione adiecta, vt vſusfructus patri non acquireretur. Cum enim hæc ratio locũ non habeat in legitima filio debita, quandoquidem mater, & auia, tenetur eam filio, ac nepoti relinquere, non autem eis auferre, & extraneo dare, ſicut dari poteſt id, quod vltrà legitimam eſt, rectè infertur in ipſa legitima illam conditionem adijci non poſſe, vt nimirum eius vſumfructum pater non habeat.

Sic itaque ex ratione legis argumentum ſumitur ſatis perſpicuum. Sed & ex verbis ipſis Iuſtiniani manifeſtũ eſt, eam conditionem in legitima non eſſe adijciendam: quia, ſi & in legitima adijci poſſet, æquum erat id exprimere. Perperamque id Imperator reticuiſſet.

Necquicquam Vaſquij reſponſio valet; quia repugnant verba textus. Fateor hoc velle Iuſtinianum, licere matri, & auiæ legitima portione filio, vel nepoti relicta reſiduum hæreditatis etiã extraneo dare. Nego quæ Vaſquius ſubdit: *Prohibere autem, ne id patri acquiratur, quoad proprietatem, & etiam quoad vſumfructum, id eis generaliter licet, non ſolum in eo, quod eſt vltrà legitimam; ſed etiam in ipſa legitima* Non enim ita loquitur Iuſtinianus; ſed ait; quod reliquum eſt vltrà legitimam, relinqui & donari poſſe filijs, ac nepotibus, ea conditione adiecta, ne patri vſusfructus acquiratur; quia hęc etiam extraneis, *relinqui poterant, vnde nulla parentibus vtilitas naſceretur.*

Quòd vero dicitur, vt patri vſusfructus non acquiratur, etiam in legitima, id eſſe filio vtile, fructuoſum, & conducibile, & ideo licere matri, & auiæ eam conditionem adijcere, etiam in legitima, argumento l. filijs, C. de inoff. teſtam. nihil obſtat; quia cum legitima filio debeatur, ita vt non ſit in poteſtate matris, vel auiæ non re-

A linquere eam filio, non eis licet vllam legem, vllam conditionem adijcere, ſicut nec alicui licet de re aliena diſponere, etiam ſi in meliorem ſtatum commutare eam velit, l. vlt. ff. de vſu, & habita, l. 7 in fine, & l. 8. ff. de vſufruct. Nec text. in allegata l. filijs matrem, C. de inoff. teſtam. loquitur in terminis legitimæ, cui aliqua adijciatur conditio etiam in vtilitatem filij; ſed loquitur de generali inſtitutione filij facta ſub conditione emancipationis, & ait patri filiorum nomine inofficioſi actionem competere non poſſe, quia nullam eis iniuriam mater fecit, immò prouidendum putauit.

Et obſeruandum eſt, rationem illius legis hanc eſſe; quia eo tempore hæreditas matris delata filio acquirebatur patri, tam quoad proprietatem, quàm quoad vſumfructum. Vt enim non acquiratur, quoad proprietatem, poſtea conſtitutum eſt in l. 1. C de bonis matern. Quare ſub ea conditione relicta hæreditate, pater nullam cauſam conquerendi habuit. Nam aut filium emancipauit, & tunc hæreditatem obtinere potuit filius, aut noluit emancipare, & tunc meritò excluditur pater ab omni
B emolumento, nec filij nomine agere poteſt de inofficioſo, quia filius eſt inſtitutus ſub ea cõditione, quæ illi erat vtiliſſima. Nec ex parte filij dici poteſt, eum debuiſſe ſine illa conditione hæredem inſtitui: quia ſi abſque illa conditione hæres inſtitutus fuiſſet, pater omne emolumentum acquiſiuiſſet, de cuius moribus ita malè mater ſuſpicabatur, vt vereretur, ne omnia prodigeret, ita vt filio poſt mortem patris nihil ſupereſſet.

Hodierno autem iure, quo bona materna filijs acquiruntur quoad dominium, vix putarem eam conditioné, quoad legitimam, admitti poſſe; Ratio eſt; quia grauamen continet. Nam etſi filius non emancipatur, ei tamẽ proprietas acquiritur, & non patri, l. 1. C. de bonis matern. Quare neceſſario filio eſſet emancipatio ad acquirendam hæreditatem, cum tamen abſque emancipatione dominium ſaltem, ſiue proprietas filio acquiratur; Neque enim negari poteſt, quin grauamen ſit, onuſque non leue, vt id, quod purè & ſimpliciter filio per legem
C acquiritur, tunc demum acquiratur, ſi pater eum emancipauerit.

Non obſtat ſententiæ noſtræ textus in Auth. Excipitur, C. de bonis quæ lib. quia deſumptus eſt ex Nouella ſupradicta. Vt liceat matri, & auiæ, quamobrem ei non eſt ſtandum, ſed Authentico, vnde ſumptus eſt. Ex prædictis autem conſtat Authenticam ipſum huic ſententiæ noſtræ magnoperè adſtipulari.

CAPVT XXII.

Sitne donatio cauſa mortis, cum quis ſanus exiſtens, & nullo mortis periculo exterritus, poſt mortem ſuam donat?

TRiplex eſt Doctorum ſententia hac de re. Vna donationem cauſa mortis non videri, ſed inter viuos. Ita Oldradus in conſil. 139. Bald. ad l. 1.
D C. de inre dot. Gulielmus Benedictus ad c Rainucius, in verb. Teſtamentum, 4. num. 23. de Teſtament. Fundamentum eſt in legibus, quibus eſt conſtitutum, contractus inter viuos, ſiue obligationes conferri poſſe in tempus mortis, vt ſi quis poſt mortem ſuam promittat ſedaturum, l. Nam ſi cum moriar, ff. de condictione indeb. §. poſt mortem, in Inſtit. de inutilib. ſtip. l. 1. C. ut actiones ab hæredibus, & contra hæredes incipiant, l. ſcrupuloſam, C. de contrah & committen. ſtipul.

Altera eſt ſententia, donationem cauſa mortis videri, non autem inter viuos. Ita Albericus ad d l. nam ſi cũ moriar, ff. de condict. indeb. Iaſon ad l. quæ dotis, nu. 43. ff. ſo.. matr. & in conſ 6 lib. 3.

Fundamentum eſt; quia donatio cauſa mortis eſt, cũ quis rem mauult habere, quàm eum cui donat: eum aũt cui donat, quàm hæredem ſuum, l. 1. ff. de donat. cauſ. mortis. Sed ita eſt in ſpecie iſta; quia donãs mauult rem

habere!

habere; non enim donat, niſi poſt mortem ſuam. Manulr autem eum, cui donat, habere, quàm hæredem ſuum, vt patet; quia ei donat. Adſtipulari videtur l. mortis cauſa, ff de manumiſſio ibi: *Quemadmodum cum rem ita tradiderit, vt moriente eo, fiat accipientis*. Et in l. Seia, ff de dote præleg ibi: *Videri eum in eum caſum, quo morte mulieris extitit, mortis cauſa ſtipulatum*. Et ibi Gloſ. in verbo, *In eum caſum*.

Tertia ſententia eſt diſtinguens; Aut mortis tempus adiectum eſt ſubſtantiæ donationis, aut eius executioni, puta præſtationi ipſius rei donatæ. Priori caſu eſt donatio cauſa mortis: Poſteriori autem eſt donatio inter viuos, cuius executio poſt mortem confertur. Ita poſt Dynum Alexander in conſi. 14. lib. 1. Socin. ſen. in conſi. 53. lib. 1. Boerius, deciſ. 353. num. 12. Couuar. de teſtam. in 3. par. Rubr. nu. 25.

Hanc ſententiam ac diſtinctionem, & ipſe probo. Primum membrum eius probatur ex l. 2. ff. de donatio. cauſ. mort. Vlpian. *Iulianus lib. 17. Digeſtorum, tres eſſe ſpecies mortis cauſa donationum ait; Vnam, cum quis nullo præſentis periculi metu conterritus, ſed ſola cogitatione mortalitatis donat*. Et hic eſt caſus quæſtionis noſtræ: nam ita verba textus intelligo, eum ſcilicet ſola cogitatione mortalitatis quis donat poſt mortem ſuam. Cum enim faciat mentionem mortis, videtur aliquo modo de ea cogitare, licet nullo nunc præſenti mortis periculo terreatur.

Poſterius autem diſtinctionis membrum probatur ex eo, quod verba præſtationi ſiue executioni adiecta non faciunt actum conditionalem eſſe, l. ex his verbis, C. quando dies legati cedat. Et ideo, ſi quis ita dixerit; Titio centum dono præſtanda poſt mortem meam, erit donatio inter viuos, & tempus adiectum videbitur differendæ ſolutionis cauſa: ideoque non erit donatio cauſa mortis, nec ſub conditione mortis facta.

Argumentum prioris ſententię non obſtat, quia & nos dicimus donationem obligationemque, & contractum ab hæredibus, & ſic poſt mortem incipere poſſe; ſed talem donationem mortis cauſa appellabimus, quidquid de cæteris obligationibus, & contractib. ſtatuatur.

CAPVT XXIII.

Mortis cauſa, ſi quis donet, & promittat, ſe non reuocaturum eam donationem, an ſit mortis cauſa donatio?

EXiſtimo non eſſe donationem cauſa mortis, cum quis ita donat, vt nullo caſu donatio reuocetur, autoritate textus in l. vbi ita donatur, ff. de mortis cauſa donatio. Martianus: *Vbi ita donatur mortis cauſa, vt nullo caſu reuocetur cauſa donandi magis eſt, quàm mortis cauſa donatio, & ideo perinde haberi debet, atq; alia qualibet inter viuos donatio*. Autores habeo Bartol. in Comment. eius loci. Angelum, in conſ. 179. nu 6. Clarum, in §. donatio, quæſt 4. Couuar. de Teſtam. in 2. par. Rubr. num. 12. verſ Prima Concluſio.

Alij donationem mortis cauſa eſſe reſponderunt, eam verò conditionem ſiue promiſſionem, de non reuocando, accipiendam eſſe rebus ſic ſtantibus, videlicet, niſi donatorem pœnituerit, argum. l. quod Seruius, ff de condict. cauſ. data, l. quæro, §. inter locatorem, ff. locati, ita Baldus ad l. cum quis, ff de condict. cauſa data, Decius in conſ. 305. num. 4.

Sed huic ſententiæ obloquitur Martianus, l. vbi ita donatur, ff. de mortis cauſ. donat. Nec ad rem pertinent leges allegatæ; Et contra rationem eſt ex pronunciatis quibuſdam generalibus expreſſas legum deciſiones euertere. Quid quæſo commune habet cum re noſtra generale illud Axioma; Quælibet promiſſio intelligenda eſt rebus ſic ſtantibus? cum poſſe pœnitere, & reuocare donationem, & non poſſe reuocare, ſint pugnantia?

Alij diſtinguunt, vtrum promiſſio non reuocandi adiecta ſit ſubſtantiæ donationis, an verò executioni: priore caſu inter viuos dicitur, poſteriore cauſa mortis; quia Clauſulæ executioni adiectæ non mutant ſpeciem, vt in Clem. 1 de præbend. Decius d. conſ. 305. num. 7. Natta in conſil. 104 Couuar. loco proximè citato, num. 13. verſ. Tertia Concluſio: Non rectè: neque enim ea diſtinctione indigemus, qui claram legis deciſionem habemus: Valeant generalia, & Brocardica. Adhæreamus ſingularibus deciſionibus. Nam ſecundum Ariſtotelem ſermones Generales ſunt faciliores, Particulares autem veriores.

Non obloquitur Martiano in d. l. vbi ita donatur, Iulianus in l. ſi alienam, § Marcellus, ff. eod. tit. *Poteſt*, inquit, *ſic quoque donari mortis cauſa, vt nullo caſu ſit eius repetitio*: Quia verba ſequentia rem aperiunt. Subdit enim Iulianus: *Id eſt, nec ſi conualuerit quidem donator*. Et licet ſecundum aliam literam ſic dicatur: *Et ideo nec ſi conualuerit quidem donator, reuocabitur*, apparet tamen Iuriſconſultum non hoc velle, vt donatio cauſa mortis ita fieri poſſit, vt nunquã abſolutè reuocetur, ſed vt nullo caſu ſit rei donatæ repetitio, ſcilicet etiam ſi donator conualuerit; Vel dicendum eſt, ita donari quidem poſſe cauſa mortis, vt nullo caſu abſolutè reuocari poſſit: ſed talis donatio non erit mortis cauſa, verum inter viuos, vt in d. l. vbi ita donatur, ſicuti explicat Accurſius in d. §. Marcellus, in verſ. Nullo caſu; vel dicas, *nullo caſu*, id eſt, ex ſupradictis in præcedentibus verbis.

Cæterùm, non dubito, quin verior ſit lectio prior, quæ habet, *id eſt, nec ſi conualuerit quidem donator*. Nam, & huic lectioni concordat, l. Senatus, §. ſic quoque, ff. eod. tit. vbi Paulus: *Sic quoque poteſt*, inquit, *donari mortis cauſa, vt nullo caſu ſit repetitio, id eſt, ne ſi conualuerit quidem donator*.

CAPVT XXIV.

De donatione cauſa mortis filijfamilias controuerſia, an requiratur patris conſenſus ad integrandam perſonam filij, vt loquuntur, ſiue pro ſolennitate actus: an verò propter patris præiudicium.

FIliusfamiliàs donare cauſa mortis patre conſentiente poteſt, l. iam is, §. 1. ff. de donatio. cauſ. mortis, l filiusfam ff. de donat. Sed controuertitur primo, cur ſit neceſſarius patris conſenſus, an pro ſolennitate actus quaſi filiusfam. non ſit idoneus, & vt loquuntur noſtri, integram ac ſufficientem perſonam non habeat ad donandum cauſa mortis: an verò propter patris præiudicium. Secundò, vtrum ipſimet patri conſenſum accommodanti donare poſſit.

Quod attinet ad primum, conſenſum patris eſſe neceſſarium, propter eius præiudicium, reſponderunt Paulus Caſtrenſ. ad l. Senium, num 7. C. qui Teſtam. facere poſſ. Alexand. ad l. 1. § fuit quæſitum, num. 7. ff. ad Treb. & ibid. Ripa, num 3.

Argumenta ſunt iſta: Filiusfam. abſque confrnſu patris donare poteſt mortis cauſa bona Caſtrenſis peculij, & quaſi Caſtrenſis, l. filiusfam. §. vlt. ff. de donat. Non aliam ob cauſam, niſi quia in ijs bonis nullum ius pater habet, ea enim bona pleno iure filio acquiruntur. Ergò in cæteris rebus, quæ patri acquiruntur, aliter conſtitutum eſt, quia patri fieret præiudicium; & ideo conſenſus, & voluntas eius requiritur.

Secundum argumenmm eſt, quia non dicit lex autoritatem patris eſſe neceſſariam in huiuſmodi donatione, ſicut dicimus in contractibus pupilli neceſſariam eſſe tutoris autoritatem; ſed requirit tantum patris conſenſum ſiue voluntatem, ac permiſſum, vt in d. l. iam is, §. 1. ff. de donat. cauſ. mort. & in d. l. filiusfam. §. vlt. ff. de donat. Ideo non uidetur pro ſolennitate requiri, ſed propter patris præiudicium.

A Tertium argumentum. Si pro ſolemnitate actus requireretur patris conſenſus, iſtud eſſet, quia filiusſamil. non haberet integrum animi iudicium, ac ſufficiens ad donandum, ſicut pupillus non habet ad ſe obligandum, & ideo tutor adhiberi debet; ſed hoc eſt abſurdum dictu: quia filiusſamil. poteſt eſſe triginta, & quadraginta annorum, & prudens, & rerum peritus; & ideo per ſe ſufficiens ad omnia gerenda; Ergò requiritur patris conſenſus ratione præiudicij ipſius patris, non ratione ſolennitatis.

Quartum argumentum eſt, quia ſic videmus, & in iudicijs. Nam ſine patris conſenſu filiusſam. in iudicio eſſe non poteſt, l. vlt. §. neceſſitate, C. de bonis, quæ liberis, & tamen requiritur huiuſmodi conſenſus ratione præiudicij patris, quod patet; quia ſi nullum vertatur patris præiudicium, vt puta, ſi agatur de rebus, quarum vſusfructus patri non acquiritur, filius in iudicio eſſe poteſt abſque patris conſenſu, vt notat Bartol in d. §. neceſſitate, argum. c. vlt. de iudicijs, lib. 6.

B Cæterum, contrariam ſententiam amplexi fuere Bartholom. Socin. ad l. 1 §. fuit quæſitum, ff. ad Trebel. & in conſi. 112. lib. 1. Couuar. ad Rubr. de Teſtam. in 3. parte, nu. 6. & alij, quos refert, & ſequitur Clarus, §. donat. q. 6. verſ. Habes ergo; Iſti docent conſenſum patris requiri pro ſolennitate actus.

Fundamentum eſt; quia ſi ratione præiudicij conſenſus patris requireretur, & non ſolennitatis cauſa, dicendum eſſet, conſenſum non requiri in caſibus, in quibus pater nullum ius habet in bonis filij, etiam extra bona caſtrenſia, vel quaſi; tunc enim non poſſet aliquod patris præiudicium conſiderari, & allegari: Sed conſequens eſt falſum, quia lex generaliter dicit, filiumfamil. donare non poſſe mortis cauſa abſque patris conſenſu; & ſic generaliter comprehēdit omnia bona prorſus, etiam quæ patri non acquiruntur (exceptis tamen Caſtrenſibus, vel quaſi) ergò, & antecedens eſt falſum, quod ſcilicet C ratione præiudicij talis conſenſus requiratur.

Confirmatur hoc argumentum; quia ſi verbi gratia, filiusſam. rem patris donaret, ſaltem in præiudicium ipſius filij valeret donatio rei alienæ, licet non in præiudicium patris. Et tamen lex abſolutè dicit donare non poſſe filiumſam.

Ego exiſtimo priorem ſententiam longè probabiliorem eſſe, licet poſterior ſit magis communiter recepta. Et moueor duabus legibus, quæ ſi rectè perpendantur, manifeſtè probant hanc ſententiam. Prima eſt l. filiusfamilias, ff. de donat. Altera l. vlt. § filijs, C. de bonis, quæ liberis: *Filiusfamilias* (inquit Vlpianus) *donare non poteſt, neque ſi liberam peculij adminiſtrationem habeat. Non enim ad hoc ei conceditur libera peculij adminiſtratio, ut perdat.* Et paulo infrà: *Item uideamus*, inquit, *ſi quis filiofamilias liberam peculij adminiſtrationem concesſerit, ut nominatim adijceret, ſic ſe ei concedere, ut donare quoque poſſit, locum habeat donatio.* D *& non dubito donare quoque eum poſſe.* Tandem ſubdit textus: *Pari autem ratione qua donare filiusfamilias prohibetur, etiam mortis cauſa donare prohibebitur. Quamuis enim ex patris uoluntate donare quoque mortis cauſa poſſit, attamen cum ceſſat uoluntas, inhibebitur hæc quoque donatio.*

Ex hoc loco ſic argumentor: Filiusſamilias ea ratione prohibetur ſine patris conſenſu donare mortis cauſa, qua prohibetur inter viuos donare. Hoc probo ex §. pari autem ratione. Sed filiusſamilias donare prohibetur inter viuos propter præiudicium Hoc probo ex verbis illis textus: *Non enim ad hoc ei conceditur libera peculij adminiſtratio, ut perdat.* Id enim vergeret in præiudicium patris, vt patet, qui liberam filio peculij adminiſtrationem conceſſit. Ergò filiusſamilias prohibetur donare cauſa mortis, ne rem perdat in præiudicium ipſius patris, ad quem pertinet res donata, inſpecto tempore Vlpiani autoris dictæ legis.

Venio ad § filijs, eius verba hæc ſunt: *Filijs autem familiarum in ijs duntaxat caſibus, in quibus uſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, donec parentes uiuunt, nec de eiſdem rebus teſtari permittimus, neque extra uoluntatem eorum, quorum in poteſtate ſunt, ulla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, uel hypothecæ titulo dare, uel pignori adſignare. Melius enim eſt coarctare iuueniles calores ne cupidini dediti triſtem exitū ſentiant, qui eos, poſt diſperſum expectat patrimonium. Cùm enim, ſicut dictum eſt, parentes alere eos ſecundum leges, & naturam compellantur, quare ad uenditionem rerum ſuarum proſilire deſiderant?*

Ex hoc etiam loco ſic argumentor: Si pro ſolennitate patris conſenſus requireretur, quaſi filius integram perſonam non haberet ad donandum cauſa mortis, non autem ratione præiudicij, tunc prohibitio locum ſibi vindicaret, etiam in ijs rebus, quarum vſusfructus patri non acquiritur: nulla enim ratio aſſignari poteſt, cur in ijs rebus, quarum vſusfructus patri acquiritur, filius non habeat integram perſonam: in alijs autem habeat. Sed prohibitio loquitur de ijs duntaxat rebus, quarum vſusfructus patri acquiritur. Ergo inde argumentum oritur, id eſſe conſtitutum propter patris præiudicium, vt filius ſine voluntate patris alienare non poſſit; conſequenter etiam nec mortis cauſa donare.

Confirmatur hæc ſententia; quia textus dicit, filium non habere poteſtatem alienandi ea bona, ne triſtem exitum ſentiat, qui poſt diſperſum patrimonium ſequitur. Et quia, cum pater eum alere teneatur, non eſt permittendum, vt res alienentur. Ratio eſt: quia patri, qui alere tenetur, & ex rebus aduentitijs fructus percipere poteſt, ex quibus filium aliqua ex parte alat, præiudicium ex tali alienatione generatur.

Ex quo fundamentum corruit contrariæ ſententiæ; neque enim concedimus, filium mortis cauſa donare non poſſe abſque conſenſu patris, res, in quibus nullum ius acquiritur parenti. Sed quoniam id quoque controuerſum eſt, vt diligentius diſcutiatur, ſequens caput totum huic aſſignamus diſputationi.

CAPVT XXV.

Poſſintne filiusfamilias mortis cauſa abſque patris conſenſu res donare aduentitias, in quibus parens nullum habet uſumfructum?

HAec eſt controuerſia, de qua diximus in fine præcedentis capitis: Filius quædam bona aduentitia habere poteſt, in quibus patri uſusfructus non acquiratur, puta, ſi ea lege ſint ei relicta, vt nullum vſumfructum pater habeat, vt in Authen. Vt liceat matri, & auiæ in principio. Vnde ſumpta eſt Authen. Excipitur, C. de D bonis, quæ liberis. Eſt igitur controuerſia; Vtrum ea donare mortis cauſa poſſit filiusſam. abſque patris conſenſu. Affirmant Paulus Caſtrenſis, & Iaſon, ad l. Senium, C. qui Teſtam. facere poſſunt. Idem Iaſon in l. pe. C. eod. tit. Negant Alexand. in d. l. pen. & Couuar. ad Rubr. de Teſtam. par. 3. num. 8.

Fundamentum huius poſterioris ſententiæ illud eſt; quoniam conſenſus patris requiritur ad ſolennitatem donationis, cum filius non habeat integram perſonam ad donandum abſque patris conſenſu. Deinde, quia is, qui teſtari non poteſt, nec donare cauſa mortis poteſt, l. prima, §. primo, ff. de tutel. & rationibus diſtrahend. l. diſcretis, C. qui teſtamen. facere poſſunt. Sed filiusfamilias teſtari non poteſt de bonis aduentitijs, etiamſi pater in eis vſumfructum non habeat, l. penult. C. qui Teſtam. facere poſſ. Ergò nec ea bona donare cauſa mortis poterit; Præſertim, quia ſi donare poſſet ea bona mortis cauſa, eluderetur legis prohibitio, per quam teſtari non poteſt; Sic enim filius teſtari prohibitus donaret cauſa mortis.

Adiun-

A Adiungit his Couuar. argumentũ ex l.filiusfamilias, §.vlt ff.de donat.vbi patet, filiumfamilias donare bona Caſtrenſis peculij poſſe,quia de illis teſtari poteſt; Igitur ſi teſtari non poſſit,nec donare cauſa mortis poterit. Sed filiusfamilias teſtari non poteſt,vt dictum eſt, de huiuſmodi rebus, quarum vſusfructus patri non acquiritur, d.l.pen. C. qui teſtam. facere poſſunt, Ergò nec donare cauſa mortis poterit.

Sed primum argumentum locum habere non debet, ſi eam ſententiam amplectamur, quam defendimus in præcedenti capite. Poſterius autem argumentum nequaquam ſolidum videtur; quia non eſt vera illa propoſitio ita generaliter; Qui non poteſt teſtari, nec donare poteſt cauſa mortis; ſed uera eſt in eo caſu tãtum, quo quis teſtari nõ poteſt,quia ſit pupillus,vel mutus,aut ſurdus. Eadem enim ratio defectu perſonæ,quæ a teſtamenti factione prohibet, etiam à donandi facultate prohibere videtur. Et patet filiumfam. nec quidem patre conſentiente teſtamentum facere poſſe. cum tamen donare cauſa mortis cum eiuſdem patris conſenſu poſſit,vt in d l.tam B is,§ 1.ff.de donat cauſa mortis.

Quòd verò deducitur argumentum ex d. l filiusfam. §.vlt ff.de donat. nullius eſt momenti;quia non ita loquitur ibi Iuriſconſultus, vt uelit ex teſtandi poteſtate pendere poteſtatem donandi;ſed argumentatur a maiori ad minus. *Cæterum, qui habent Caſtrenſe peculium*, inquit, *vel quaſi Caſtrenſe, in ea conditione ſunt, vt & donare mortis cauſa, & non mortis cauſa poſſint, cum teſtamenti factionem habeant*. Quare non licebit e contrario ſic argumentari: Non habet factionem teſtamenti; Ergo nec poteſtatem donandi cauſa mortis; quia a maiori ad minus argumentari, argumentum non valet ad negandum, ſed ad affirmandum duntaxat.

Ego igitur exiſtimo, contrariam ſententiam probabiliorem eſſe. Etſi enim lex generaliter prohibeat filijsfamil. donare cauſa mortis,abſque conſenſu patris tamen iuſta interpretatione reſtringi debet, vt habeat locum in C ijs duntaxat rebus, quarum vſusfructus parentibus acquiritur;non autem in alijs. Iuſta, inquam, mihi videtur hæc interpretatio; quia donatio inter viuos, & donatio cauſa mortis in hoc caſu a lege æquiparantur, vt ſcilicet vtraque ſit filio interdicta ſine patris voluntate, & conſenſu, & quidem pari ratione, ut patet ex l.filiusfam.§.pari autem ratione,ff.de donat. ſed nouo iure, quo vſusfructus patri duntaxat acquiritur in bonis aduentitijs, ita conſtitutum eſt, vt in alijs duntaxat caſibus, in quibus acquiritur vſusfructus patri, filijs ſit omnis bonorum alienatio prohibita abſque conſenſu patris, vt patet ex d.l.vlt.§ filijs,C.de bonis, quæ liber. Ergo in alijs, quorum vſusfructus patri non acquiritur,prohibitio locum non habebit; atque adeò licebit filio etiam abſque patris conſenſu ea bona alienare.

Et licet quoad teſtamenti factionem alia ſit interpretatio facienda,ex l.pen. C.qui teſtam. facere poſſunt, tamen id ita expreſſum, & declaratum eſt a Iuſtiniano in D teſtamenti factione, non autem in donatione, vel alia alienatione. Et ſanè, vt voluiſſe Imperatori id etiam in donatione, & alia quapiam alienatione locum ſibi vindicare, æquum erat exprimere, ſicut in teſtamenti factione expreſſum eſt: ſic enim ait Imperator in d. l.pen. *Nemo ex lege, quam nuper promulgauimus in rebus, quę parentibus acquiri non poſſunt exiſtimet aliquid eſſe innouandum & permiſſum fuiſſe filijsfam.* &c. *teſtamenta facere, nullo etenim modo hoc eis permiſimus*, &c.

Lex autem a Iuſtiniano promulgata intelligitur, l.vl. §.filijs, C. de bonis quæ liber. vbi dicit Imperator: *Filijs autem fam. in ijs duntaxat caſibus, in quibus vſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, nec de eiſdem rebus teſtari permittimus.*

Ex hac lege meritò quis exiſtimare poterat, filio interdictam a contrario ſenſu non eſſe teſtamenti factionem in ijs rebus, in quibus nullum ius patri acquiritur. Et ideo Iuſtinianus edidit illam l.pen. C.qui teſtam. facere A poſſ. declarantem nõn ex hoc permiſſam eſſe filijsfam. teſtamenti factionem.

Quod ſi voluiſſet etiam, quantum ad alienationes, & obligationes antiquas leges obtinere, præſertim verò quoad donationes, vt nimirum filijsfamil. abſque patris conſenſu alienare, ac donare non poſſent, etiam ea bona, in quibus parentem nullum ius habent, ęquum, vt dixi, erat id exprimere, quod cum expreſſum non fuerit, nobis ſanè licebit ita legem priorem interpretari, nempe, l.vlt.§. filijs, vt inde colligamus de ijs rebus, quę parentum acquiſitionem prorſus effugiunt, licere filijsfam. diſponere, vel alienando, vel donando, vel obligando abſque conſenſu parentum.

Confirmatur hæc interpretatio ex Nouella eiuſdem Iuſtiniani, vt liceat matri, & auiæ, illis verbis: *Sancimus igitur licentiam eſſe matri, & auiæ, alijſque parentibus, poſtquam reliquerint filijs partem, quæ lege debetur, quod reliquum eſt ſuæ ſubſtantię, &c. filio vel filię, &c. donare, aut etiam per vltimam relinquere voluntatem, ſub hac definitione* B *atque conditione, ſi uoluerint, ut pater, &c. neque vſumfructum, neque aliquod penitus habeat participium.* Et paulò infrà: *Res autem ita relictas ſiue donatas, poſitis ſub poteſtate perſonis, ſi quidem perfectę ſint ętatis, licet ſub poteſtate ſint, licentiam habeant, quò uolunt modo, diſponere.*

Reſpondet Alexand. verbum illud, *diſponere*, accipiendum non ex vltima voluntate, ſed inter viuos, hoc modo, vt filius diſponere poſſit non teſtando, non donando cauſa mortis;ſed inter viuos tantum.

Rectè, quantum ad teſtamentum faciendum, & conuenienter, l penul.C qui teſtam fac. poſſ. ſed non rectè, quantum ad donationem cauſa mortis; quia de ea Imperator nihil dixit in d l pen. Et illa æquiparatur donationi inter viuos, quantum ad hoc, vt interdicta ſit filio abſque conſenſu patris, l.filiusfam. §. pari autem ratione, ff.de donatio. Igitur ſi concedit Alexander, filiumfam. diſponere poſſe inter viuos abſque conſenſu patris, poterit C etiam cauſa mortis donando pari ratione diſponere, vt dictum eſt.

Illud porrò argumentum, quo dicebatur, eludi poſſe legem prohibentem filijsfam. teſtamenti factionem, ſi permittatur eis donare cauſa mortis, nihil prorſus valet; quia aliud eſt teſtari, aliud eſt donare cauſa mortis, & eodem pacto liceret argumentari perperam, conceſſum eſſe filijsfamil. vt donare mortis cauſa poſſint patre permittente; quia ſic eluditur prohibitio teſtamenti faciendi etiam patre permittente. Quæ ſanè argumẽtatio, ſicut abſurda eſt, ita nihili facienda videtur altera, quæ in hac adfertur diſputatione, eodem enim vitio laborat.

CAPVT XXVI.

Vtrum filiusfam. donare poſſit ipſi patri conſentienti cauſa mortis bona aduentitia.

D

PEndet magna ex parte huius controuerſiæ deciſio ex præcedentibus. Nam ſi pro ſolennitate donationis patris conſenſus requireretur, ſine dubio non liceret ei, ad propriam vtilitatem eum accommodare, l.1 ff de autoritat tutor. atque ita reſponderunt Gloſ. in d.l.1 in verſ. *rem acquirat* ff de autor. tutor. Socinus in l.1. §.fuit quæſitum, ff.ad Trebell. Couuar. ad rub. de Teſtam. in 3. par. num. 7. Clarus in § donatio, quæſt. 46. verſ. Quero etiam.

Sed quoniam verior mihi videtur eorum ſententia, qui cenſuerunt patris conſenſum requiri propter præiudicium ipſius patris, vt ſuprà in capit. 24. concluſum eſt, ſic etiam exiſtimo longè probabiliorem eorum ſententiam, qui reſponderunt donationem factam à filiofam. ipſi parenti valere. Neque enim obſtare poteſt regula d. l.prima, ff. de autor. tutor. *In rem ſuam auctorem quempiam eſſe non poſſe.* Cum hic patris autoritas non requi-

r..tur pro ſolennitate,ſed ratione præiudicij, quòd patri oritetur ex donatione filij,propter vſumfructum ſcilicet quem pater habet in bonis filij; Conſequenter nil proponi poſſe videtur,cur donare non poſſit filius ipſi patri conſentienti;donare,inquam,non vſumfructum, quem pater iam habet,ſed proprietatem,quam non habet. Sic enim ratiocinari iuuat. Filius habet dominium & proprietatem rerum, ergo poteſt de ea diſponere,ſi quidem vſumfructum patris attingat, requiritur eius conſenſus, vt in l.vlt.§.filijs,C.de bonis, quæ lib. ne videlicet patri in eo vſufructu fiat præiudicium. Si ergo velit ipſi patri donare filius proprietatem cauſa mortis conſentienti & acceptanti, cur ea donatio non valet? Nonne morte, firmantur donationes inter patrem & filium,l.donationes quas parentes,C.de donat.inter virum & vxorem? Cur igitur & donatio mortis cauſa à filio facta non confirmabitur filij morte? Ita ſanè reſponderunt Alex. Iaſon Ripa,ad l.1 §.fuit quæſitum,ff ad Treb.Caſtren.in l. Senium,C.qui teſtam.fac.poſſ. & in l.tam is,§.1. ff.de donat.cau.mort.quibus ſubſcribo.

CAPVT XXVII.

An l ſi pater puellæ,C.de inoffic.teſtament. ſit correcta ex l. quoniam in prioribus,eod.tit. quantum ad legitimam.

CVm legitima filijs debita nullum onus, nullum grauamen recipiat, vt in l.quoniam in prioribus, C.de inoffic.teſtam.in controuerſiam venit,vtrū id, quod reſponſum eſt in l. ſi pater puellæ, C. eod. tit. nunc etiam obtinere debeat,an verò quantum ad legitimam filij correctum eſſe videatur. Et Accurſius, Barto. Bal.Caſtren Iaſon,in Commentarijs d.l ſi pater, exiſtimant, quoad legitimam locum non habere. Idem docet Alex ad l.cū ex filio,ff de vulg.& in cōſ 43.circa fi.lib.2.

Fundamentum eſt in verbis generalibus, l. quoniam in prioribus,C.eod ti.quibus omne grauamen reijcitur de legitima.ibi: *Ipſa conditio,vel dilatio,vel alia diſpoſitio moram,vel quodcunque onus introducēs tollatur*,&c.& in l.Scimus,§ cum autem,C eo.ibi: *Quia noſtra conſtitutio, qua antea compoſita eſt,omnem dilationem,omnemq; moram cenſuit eſſe ſubtrahendam, vt quarta pars pura, & inex reſtituatur*,&c.

Sed contrariam ſententiam habuit Dec.in conſi.456. col. 3. poſt Ricardum Malumb. Fulgoſium, & alios, & nouiſſimus adductis aliorum autoritatibus, Simon Pretus,de interpretatione vltim.volunt lib. 3. Dubitatione ſexta,ſolutione 2.num.9. iſti reſponderunt non eſſe correctam l ſi pater puellæ, nec alias ſimiles leges, quibus querela olim inofficioſi teſtamenti denegabatur:non eſſe,inquam,correctas etiam quantum ad legitimam.

Et iſtis ego planè aſſentior eo argumento, quo & ipſi vtuntur, nempe quod l. quoniam in prioribus, non loquatur, niſi eo in caſu, quo olim querela de inofficioſo competebat, vt ſcilicet teſtamentum minimè reſcindatur,ſed grauamen pro nullo habeatur. quare vbi olim de inofficioſo querela ceſſabat, ipſum grauamē valebit. Verba legis hæc ſunt: *Quoniam in prioribus ſanctionibus illud ſtatuimus, vt ſi quid minus legitima portione ijs derelictum ſit, qui ex antiquis legibus de inofficioſo teſtamento actionem mouere poterant, hoc repleatur, ne occaſione minoris quantitatis teſtamentum reſcindatur. hoc in præſenti addendum eſſe cenſemus,vt ſi conditionibus quibuſdam,vel dilationibus,aut aliqua diſpoſitione moram, vel modum, aliud grauamen introducentem eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta eſſe videantur, ipſa conditio,vel dilatio,vel alia diſpoſitio moram, vel quodcunque onus introducens tollatur; & ita res procedat,quaſi nihil eorum teſtamento additum eſſet.*

Ex quibus verbis patet, Imperatorem hoc voluiſſe, vt

A teſtamentum non reſcinderetur, ſiue minus legitima portione filijs relictum eſſet à parente,ſiue quantum ſufficit pro legitima portione, ſed tamen adiecta conditione,vel mora. Priore enim caſu ſtatuit, vt quod ad legitimam deeſt,repleatur. Poſteriore autem, vt conditio, mora & onus nullius ſint momenti. Quare ſi nullum prorſus periculum eſſet reſciſſionis teſtamenti,nec Conſtitutio loquitur,nec ratio eius locum habere poteſt.Sed nullum periculum erat teſtamenti rumpendi in ea ſpecie, de qua fit mentio in d.l.pater puellæ, vt patet ex ipſa lege: Ergo ad eum caſum, nec verba l. quoniam in prioribus,pertinere poſſunt;nec ratio illius locum habere poteſt.

CAPVT XXVIII.

Ad l vlt § vlt de leg.2. annotationes, quibus, & quæ controuerſa ſunt, expediuntur.

B CVm multa de fideicommiſſis dixerimus, prætereunda nobis non videtur l. vlt. de leg. 2. ſed potius illuſtranda aliquibus adnotationibus & interpretationibus,quibus,& quæ ſunt inter Doct.controuerſa,expedientur. Verba tex.hæc ſunt 1. *Maritus vxorem ex aſſe hæredem inſtituit, cuius poſt mortem codicillos aperiri teſtator præcepit: prædium hæreditarium vxor infructuoſum ratione ſua exiſtimans,vendidit, emptor quærit: an retractari hæc venditio poſſit poſt mortem mulieris ab his,quibus codicillis per fideicommiſſum hæreditas data deprehenderetur; an vero ſolum quantitas precij ab hærede vxoris fideicommiſſarijs debeatur. Reſpondi propter iuſtam ignorantiam tam mulieris, quàm emptoris hæredem mulieris, vt fundus apud emptorem remaneat, fideicommiſſario precium dare debere.*

Primo notandum eſt, non eſſe locum huic deciſioni, cum is,qui alienauit rem reſtitutioni ſubiectam, vel hæres illius,ſoluendo non eſt; tunc enim in ſubſidium res alienata vindicari poteſt.argum.l.planè,97 §. qui rogatus,de leg 1.Ita Iaſon,ad Auth.res quæ,nu.2.C.commu. de leg Soc.iun.in conſ.137.num.5 lib.1.

C

Secundo notandum,illud Reſponſum locum habere in fideicommiſſo vniuerſali,ſcilicet de reſtituenda hæreditate; ſecus in particulari. ita Alexander poſt Imolam, in l.Marcellus,§.res quæ,num 4 ff. ad Trebell. hic enim tex.ille loquitur: Sed cum ratio legis poſita ſit in iuſta ignorantia tam hæredis,quam emptoris, dicendum eſt, etiam in particulari fideicommiſſo idem iuris videri,ſi eadem ignorantiæ ratio ſubſit. Ita docet Paulus Caſtr. ad l.vlt §.ſed quia noſtra,nu.4 C.commun. de leg.cui & ipſe conſentio.

Tertio, notandum textum, quem in manibus habemus, haudquaquam locum ſibi vindicare poſſe, vbi res reſtitutioni ſubiecta eſt purè,vel ad diem certum; tunc enim alienatio facta non valet,vt in l. vlt. §. ſed quia noſtra. C.commun. de leg.& fideicom.& ideo in fideicommiſſo duntaxat conditionali, de quo loquitur, accipiendus erit. ita Paulus Caſtrenſ.in d. §. ſed quia noſtra, nume.4. Alexander in d.l. Marcellus,§.res quæ, poſt nu. 4 ff ad Trebell.

D

Quarto,notandum textum hunc nō procedere, cum res reſtitutioni ſubiecta expreſsè alienari prohibita eſt, tunc enim alienatio facta non valet, ſecundum Glo. communiter receptam in l cum pater,§. Libertis, de leg.2.ita Alexander in d.l. Marcellus,§ res quæ, num 4. Ripa ad l filiusfam.§ Diui,nu. 2.de leg.1.Rota Romana nouiſſimè in prima parte Deciſionum nouiſſimarum, deciſ.at 22.

Quinto,non procedit textus, vbi alienatio titulo lucratiuo facta eſt; loquitur enim ibi Iuriſconſultus de venditione facta. Ita Cuman.in l. quidam ita, §. ſi quis cum filium,ff.ad Trebell.cuius meminit Alexan. in d §. res quæ,num.6.

Sed non placet hæc ſententia, quia repugnat text. in d.§.

d §.ſi quis cum filium: ibi enim pretium ſerui manumiſſi debetur, etſi filius ignoraſſet Codicillos à patre factos, ne factum eius alteri damnum afferat; & tamen manumiſſio facta fuit ſine pretio: & ſic ex cauſa lucratiua poteſt dici facta alienatio, & nihilominus actio competit ad pretium. Denique etiam hoc in caſu ratio ignorantiæ tam hæredis, quàm ei, cui donatur, locum habet.

Sextò, non procedit textus noſter, niſi quando hæres, qui fideicommiſſo grauatus fuit, ignorantiam ipſius fideicõmiſſi iuſtam & probabilem habuit facto teſtatoris, qui prohibuit Codicillos aperiri; ſecus ſi aliam ob cauſam ignorauerit, ita Cuman. in hunc locum adducta Baldi autoritate in Authen res quæ, C. Commun. de legatis: ſed vt rectè monet Alexand. in d. l. Marcellus, §. res quæ, num. 4. ff. ad Trebell. nec Baldus id dixit, nec vera eſt interpretatio iſta; quia lex non eſt impoſita verbis, ſed rebus. l. 2. C. Commun. de legatis Quare licet textus hic loquatur in ea ſpecie, qua ignorantia hæredis circa fideicommiſſum ex facto teſtatoris prouenit, nihil tamẽ B proponitur, cur non idem ſit iuris, quoties iuſta & probabilis eſt ignorantia, licet ex alterius facto, quàm teſtatoris proueniat.

CAPVT XXIX.

De actione fideicommiſſario competente contra tertios poſſeſſores.

DIdici Placentiæ in excelſo Iuſtitiæ Conſilio arduam illam controuerſiam de actione fideicommiſſario competente, aduerſus tertios rerum reſtitutioni ſubiectarum poſſeſſores, facile componi poſſe diſtinctione hac adhibita. Aut enim alienatio facta eſt ab hærede onus fideicommiſſi ignorante, in eum, qui ſimiliter ignorauit, & nulla competit actio aduerſus poſſeſſorem, ſed ad pretium hæres, qui alienauit, conueniri C poteſt, l. vlt. §. vlt. de leg. 2. de qua in capite præcedenti dictum eſt: Aut alienatio eſt facta ab hærede ſciente, vel in eum, qui ſciebat onus fideicommiſſi, atque adeò rem reſtitutioni ſubiectam; & tunc rei vindicatio competit fideicommiſſario, vt docet text. in leg vlt. §. ſin autem ſub conditione, C. commun. de leg. illis verbis. *Sed in his omnibus caſibus legatario quidem vel fideicommiſſario omnis licentia pateat rem vindicare, & ſibi aſſignare, nullo obſtaculo ei à detentatoribus opponendo.*

Ita reſponderunt Baldus in conſil. 4. lib. 4. Paulus Caſtrenſ. in conſil. 94 in vltimo dubio, lib. 2. Aretinus in conſil. 37. ad finem. Crauetta in conſil. 61. num. 6. Angelus in conſil. 263. Natta in conſil. 400.

Qui hanc ſententiã probant fortiſſimo hoc argumento. Tres actiones dantur pro rebus fideicommiſſo ſubiectis. Actio perſonalis ex teſtamento, hypothecaria, & rei vendicatio. Perſonalis hoc in caſu competere nõ poteſt; illa enim contra hæredem competit, qui ex aditione hæreditatis videtur quaſi contrahere cum legatarijs, D & fideicommiſſarijs, §. hæres, in Inſtit. de oblig. quę quaſi ex contractu, non autem contra ſingularem ſucceſſorem, l. 1. §. ſi hæres, ff. ad Trebell. Hypothecaria competere non poteſt; quia illa non datur ad res fideicommiſſo ſubiectas, ſed ad alias res defuncti, l. 1. C. Commun. de legatis ibi: *Et inſuper vtilem Seruianam, id eſt, hypothecariam ſuper his, quæ fuerint derelicta in res mortui præſtare*. Ergo neceſſe eſt, vt rei vindicatio detur. Neque enim fideicommiſſaria hæreditatis petitio competere poteſt; quoniam illa datur ad inſtar petitionis hæreditatis, l. 1. & 2. ff. de fideicommiſſ. hęred. petit. Petitio autem hæreditatis non datur contra titulo poſſidentem, l. regulariter, ff. de petit. hæred. & fuſe diſſerui in prima parte Controuerſiarum, lib. 1. cap 4.

Ex hoc infertur, agenti in hoc caſu, onus incumbere probandi, non ſimpliciter bona in bonis fuiſſe defuncti teſtatoris, vt Doctores loquuntur; ſed in dominio fuiſſe A teſtatoris. Nam is, qui conuenitur, habet titulum & poſſeſſionem; quare ſi actor probet dumtaxat poſſeſſionem defuncti, & ſimul cauſam, quam habet ex fideicommiſſo, abſoluetur reus. In pari enim cauſa melior eſt conditio poſſidentis, ſecundum Iuris Regulam.

Dices, is qui emit, ſiue cauſam habet ab hærede grauato, referre non poteſt quæſtionem dominij, ex notatis per Gloſ. in l. cum res, C. de probation. Ergo non erit neceſſe dominium probare defuncti teſtatoris; quia id poſſeſſor negare non poterit. Reſpondeo, cum agitur actione in rem, eum qui ab aliquo cauſam habet, referre ei poſſe quæſtionem dominij; atque adeo negare eum dominum fuiſſe, vt declarat poſt Gloſ. Bartol. ad l. ita vt ſi fur, ff commod. Alexander in conſil. 92 num. 1. lib. 1. Crauetta in conſil. 157. num. 5. Neguzantius de pignorib. 3. memb 2. partis, nu. 64.

CAPVT XXX.

B *Ad l. 1. de leg. 1.*

AIt Vlpianus: *Per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſis.* Sed controuertitur quomodo verum ſit, Vlpiani tempore legata exæquata fuiſſe fideicommiſſis, cum in multis differrent. Ecce legatæ rei dominium recta via tranſit in legatarium, l. à Titio, ff. de furt. Rei autem per fideicommiſſum relictæ non æquè, l qui vſumfructu, ff ſi vſusfruct. petat. Pro legatis actio in perſonam ordinaria competebat, §. hæres, in Inſt. de oblig. quæ ex quaſi contr. Sed fideicommiſſa extra ordinem officio Iudicis implorato petebantur, l. pecuniæ, ff. de verb. ſignif. Legata non aliter valebant, quàm ſi teſtamento relicta eſſent, vel Codicillis teſtamento confirmatis: fideicommiſſa verò etiam in Codicillis teſtamento non confirmatis relinquebantur, vt latè alias differentias explicans docet Caius lib. 2. Inſtitut. tit. 7. & Accurſius ad d. l. 1. de leg. 1. Huc accedat quod Iuſtinianus ſe C exæquaſſe ipſa legata, & fideicommiſſa profitetur, vt in §. ſed non vſque, in Inſtitut. & de legat. ibi: *Neceſſarium duximus, omnia legata fideicommiſſis exæquare.* C. commun. de legat.

Accurſius tres adfert ſolutiones, Prima conſideranda eſſe tria tempora. Primum eſt vetuſtiſſimũ duodecim tabularum, & eo tempore erant aliquæ differentiæ inter legata & fideicommiſſa. Secundum eſt Vlpiani tempus, quod mediæ Iuriſprudentiæ appellat, & tunc exæquatio legatorum, & fideicommiſſorum facta eſt. Tertium eſt tempus Iuſtiniani, qui ſententiam Vlpiani approbauit, & legata & fideicommiſſa exæquauit.

Secunda eſt ſolutio: Vlpianum fortè in ea ſententia fuiſſe, quod legata exæquata eſſent fideicommiſſis, ſed alios Iuriſconſultos contrariam opinionem habuiſſe.

Tertia eſt ſolutio, aliquid detractum fuiſſe ex Vlpiani verbis à compilatoribus Pandectarum, quod propterea hanc nouitatem inducit.

D Priorem ſolutionem Bartolus, & alij communiter ſecuti ſunt, in d. l. 1. Secundam verò ferè omnes reijciunt. Tertiam Alciatus probat, exiſtimatque eam Vlpiani legem à Triboniano, & alijs emendatam fuiſſe, & addita illa verba: Per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſis, vt legi Iuſtinianæ conformis eſſet. Quam ob cauſam Gregorius Haloander in Editione Norica inſcriptionem, quam habet d. l. 1. nempe Vlpianus lib. 67. ad Edictum non appoſuit. Id quod teſtatur, ac probat Eguinarius Baro in Commentarijs Inſtitut. de legatis, dicitque in exemplari Biturigum, inſcriptionem d. l. ita cõceptam eſſe, vt loco Vlpiani ſubſtitutus fuerit Imperator. Quod rite excepit Iacob. Cuiacius lib. 8. Obſeruat cap. 4. Quẽadmodum & Haloandri ſentẽtiam reprobat Antonius Auguſtinus lib. 3 Emendationum, cap. 9 paulò ante nu. 10. eam ob cauſam, quod in Pandectis Florentinis extet Inſcriptio vulgata. Vlpianus lib. 67. ad Edictum. Suſpicatur tamen Auguſtinus idem, quod Accurſius, dum ait:

Arbitror

Arbitror tamen eius ſententia exceptiones, quas fortaſſe Vlpianus adſcripſerat Tribonianum diſcutere noluiſſe, ne contra Iuſtiniani conſtitutiones faceret.

Eandem ſententiam ferè habuit Duarenus lib. ſecundo Anniuerſar. Diſputat. cap. 9. putat enim, aliquid à Cõpilatoribus detractum eſſe ex Vlpiani lege. laudat exemplar, quod inſcriptionem habet Imperator Elpiani loco, probat & Haloandri ſententiam inſcriptionem Vlpiani adimentis archetypo Florentino poſthabito. Eidemque ſententiæ adſtipulatur Viglius in Commentarijs Inſtit. ad ti. de legatis, §. legatarijs.

Ioannes Coraſius lib. quinto Miſcellaneorum, ca 17. putat ab Vlpiano exæquata eſſe legata fideicommiſſis, licet Iuſtinianus ſe exæquaſſe dicat, quod ei ſolẽne ſit multa a veteribus Iuriſconſultis ordinata, & conſtituta ſibi adſcribere. Ego ſanè hanc ſententiam & ipſe probo, totam hanc rem Triboniano, & cæteris compilatoribus attribuendam, qui veterum Iuriſconſultorum Reſponſa non raro immutant, vt Iuſtiniani legibus appareant eſſe conſormia. Nec aliud probabiliter magis adſerri poteſt, niſi quis Ferdinando Vaſquio aſſentiri malit lib. ſecundo de ſucceſſionum creatione, §. 17. nu. 119. verſ. nona concluſio, exiſtimanti legata exæquata eſſe fideicommiſſis, ſed non contra fideicommiſſa legatis, vt videlicet quicquid iuris fideicommiſſis indultum eſt, id & ad legata producendum ſit, ſed non è contrario: qua tamen in re ſubſiſto.

Iacobus Cuiac lib 8. obſeruat. c 4. *Per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſi*, inquit, *in quarta deductione, & exæquata ſunt S. C. Pegaſiano; Ideoq́, interdictum quorum legatorum, dabitur etiam hodie fideicommiſſorum nomine propter Falcidiæ retentionem, de qua cum Vlpianum eodem libro tractaſſe conſtet ex l. 1. ff. quor. legat. inde liquido apparet, eam l. 1. de leg. 1. pertinere ad Tractatum de leg. Falcidia* Hactenus Cuiacius, cui non aſſentior.

CAPVT XXXI.

Pro legatis conſequendis ſitne executiuè procedendum, an ordinariè.

ERant, qui putant, pro legatis conſequendis proceſſum executiuum (ſic enim pragmatici loquuntur) inſtitui poſſe. In hanc enim ſententiam adducuntur ex lege perperam intellecta. Hæc eſt Nouella Iuſtiniani de hęredibus & Falcidia, § illud, verba tex. hæc ſunt: *Illud quoque proſpeximus: ne tempus fiat longum in talibus quęſtionibus. Nullam enim talium quęſtionum, aut litium tranſcendere anni tempus ſancimus: neceſſitatem imponentes omnino intra annum poſt aditionem, & legata ſolui, & quę à teſtatore ſunt relicta compleri ſecundum ſui naturam, & omnia agi, quęcunque prius diximus. Initiũ autem anno damus, ſicut prius iam diximus ab admonitione ex iudiciali decreto facta Anno enim per culpam hęredis tranſacto, tunc ille quidem cadet relictis: alij verò ad hęc venient, quos prius vocauimus.*

Accurſius in verbo; *Decreto per quandam interlocutoriam*, inquit, *qua pręcipiat ei, vt ſoluat, vel per iudicem, vel per nuncium.* Hinc ſententia illa nata eſt: executiuum eſſe iudicium, ac proceſſum pro legatis conſequendis, vt videre licet ex Angelo in Commentarijs illius loci. Alexand. ad l. vlt nume. 13. C. de edicto Diui Adriani toll. & ibid Iaſone, nume. 14. Socino ſeniore, in conſil. 103. lib. 3. Decio, ad l in teſtamentis, num. 6. de regul. iur. vbi etiam Cagnol. num. 9. Alciato, ad l pecuniæ verbum, §. actionis, de verb. ſig Natta in conſ. 206. nu 4 conſil. 626. num 25.

Non rectè; quia hæc eſt ſententia Iuſtiniani, vt hæres incidat in pœnam priuationis relictorum, ſi poſt aditam hæreditatem annum integrum ceſſauerit in exæquenda voluntate defuncti; qui tñ annus nõ ab aditione A numerabitur, ſed ab admonitione & conuentione iudicis, à quo tempore lis peragenda eſt intra annum, & eſt exceptio ad l. properandum, C. de iudicijs. Vide Iacobũ Cuiacium in expoſitione dictæ Nouellæ, vbi id confirmat ex verbis Græcis, & ratione ſatis manifeſta. Quare negantibus executiuè procedi hoc in caſu poſſe, planè aſſentior. Ita Alexander ad l. ſi cum dotem, § eo tempore, ff ſol matrim. & in l. ait prætor, § ſi iudex, num. 5 ff de re iud. Decius in l. vlt. nu. 16. C. de edicto D. Adr toll. Zucchar. ibid. nu. 694. Menochius de adipiſcen. poſſ remedio 4 nu. 693. & ſeq.

CAPVT XXXII.

B *Sitne legatum, an verò inter viuos donatio, cum quis in teſtamento donat aliquid præſenti & acceptanti.*

TEſtator dixit, dono Titio centum, qui erat præſens & acceptauit; quæritur an ſit legatum: an verò inter viuos donatio. Legatum eſſe reſponderunt Ioannes Fabri, in § legatum, in Inſtitu de legat. Iacobus Niger ad Rubr. de leg. 1. num. 13. Socin. iun. ibid. num. 63. Franciſcus Caldas ad l. ſi curatorem habens, C. de in integrũ reſtitut. minor. in verbo, ſine curatore, nume. 19. verſ. contrarium tamen, Mantica, qui & Nattam eiuſdem ſentẽtiæ adſert, de coniect. vlt. volunt lib. 8. ti. 1. poſt num. 36. verſ. ſed aduertendum eſt.

Cæterùm, donationem eſſe inter viuos reſponderunt Angelus Aretinus in §. legatum, col. 1. in Inſtitu. de leg. Ioannes Crotus, in Rubr de leg. 1. nu 10. & ibid. Ludou. Aluarus, nu. 143. Crauetta, nu. 133. Fernan. Vaſquius de ſucceſſionum creatione & progreſſu, §. 23. num 3. Meno- C ch. qui & alios adducit, de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſumpt 105. nu. 18. 19.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt; quia verba ſunt intelligenda ſecundum ſubiectam materiam, l. ſi vno, ff. locati. Subiecta autem materia eſt teſtamentum, cui magis cõgruit legatum & fideicommiſs. quàm donatio inter viuos. Huc accedat, quod legatum nihil aliud eſt, quàm donatio, vt in §. legatum, in Inſtit. de leg. Nec obſtat præſentia & acceptio: quia licet neceſſaria hæc non ſint, non repugnant tamen naturæ legati: cum & dictantibus teſtamentum, & teſtibus in teſtamento præſentibus legari poſſit, l. dictantibus, C. de teſtam l. ſi quis ita ſcripſerit, ff. de reb. dub § legatarij, in Inſt. de teſtam. & potius dici debet donatio cauſa mortis, quæ etiam exigit præſentiam & conſenſum donatarij, l. inter mortis, ff. de mortis cau. donat & legato ęquiparantur, l illud, ff. eo. ti. § 1. in Inſtit. de donat.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, quia D legatum non exigit præſentiam legatarij, cum abſenti & ignoranti poſſit relinqui, l. cum pater, § ſurdo, de leg. 2. Donatio autem requirit conſenſum donatarij, l. abſenti, ff. de donat l. in omnibus reb. ff de act & oblig. Cum ergo donatarius hic fuerit præſens, & acceptauerit, videtur eſſe donatio inter viuos. Huc accedat, quòd verba propriè ſunt accipiẽda, l. non aliter, de leg. 3. & in potiori ac pleniori ſignificatu, l. in teſtamentis, de reg. iuris, c. ſi pater, de teſtam. lib. 6. Ergo verbum dono ita potius accipiendum eſt, vt donationem inter viuos ſignificet, quã legatum; illa enim eſt plenior, & magis propria interpretatio. Et licet præſentia illa & acceptatio non impediat legatum ex legibus allegatis in contrario argumento, nihil tamen hoc ad rem pertinet, quia leges allegatæ loquuntur, cum teſtator vſus eſt verbo (lego) quòd ſui natura & proprietate non donationem, ſed legatum ſignificat.

Neque verò dubitari poſſe videtur, quin in teſtamento fieri poſſit donatio inter viuos, cum & contractus, & alia id genus celebrari queant, argum. l. hæredes palam,

§. vlt.

§. vlt.ff.de teſtam.l.cum quis decedens,§ codicillis,de legat.3.l.1 § aſſignare, iuncta l.aſſignare,ff de aſſignad.libertis, & eſt communis ſententia Doctorum, vt latè adductis autoritatibus oſtendit Tiraq. de legib.connubia. lib.in verbo *Contractu*. Glo. 5.nu.101.

Ego verò priorem ſentẽtiam veriſſimam eſſe iudico, & moueor hoc argumento, quod fortaſſe nouum alicui videbatur: quoniam in teſtamento fieri non poſſit talis inter viuos donatio,nec vllus alius actus ſiue cõtractus, qui ad teſtamentum non pertineat. Ad teſtamentum autem pertineret, ſi, exempli cauſa, quis diceret; ſi non ualet teſtamẽtum dono Titio hæredi meo bona mea inter viuos, aut ſimile aliquid teſtator inter viuos ordinaret,ſi non valeret teſtamentum,vt declarat optimè Caſtrenſis,in l.hæredes palam, § vlt ff.de Teſtamen. Cum enim hæc,quæ inter uiuos dicuntur, in teſtamento fieri non poſſint,vt probabo, ſequitur dicendum, in propoſita ſpecie non donationem inter viuos videri, ſed potius legatum, quòd in teſtamento procul dubio fieri poteſt.

Iam igitur id probo: *Vno contextu actiones teſtari oportet. Eſt autem uno contextu, nullum alienum actum teſtamento intermiſcere*,verba ſunt Iuriſconſulti in l.hæredes palam,§.vlt.ff de Teſtam. Idem habetur in l. cum antiquitas, C.de Teſtamentis, & alibi. Quamobrem Vlp. *Verba contraxerunt*, inquit,*geſſerunt, non pertinent ad ius teſtandi* l.verba, 20. de verb ſignif. Ergo contractus inter viuos,qui à teſtamento alienus eſt,fieri non poterit.

Ad probandum autem fieri poſſe,adſertur primo tex. in d.l hæredes palam,§.vlt.reſpondeo,nihil facere; verba hæc ſunt: *Quodſi aliquod pertinens ad teſtamentum faciat,teſtamentum non vitiatur.*

Nullum verbum hic de contractu, qui ad Teſtamentum non pertineat.

Secundo adſertur l. cum quis decedens, §.Codicillis, de leg.3.Reſpondeo,nihil facit, verba hæc ſunt: *Maximo domino meo denaria decies quinquies mille, quæ accepi in depoſitum a patruo eius Iulio Maximo,vt ei viro facto, vel adulto reddam cum uſuris, quæ ſunt triginta millia ei dari volo,ita enim patri ſuo iuraui.*

Nullus hic eſt contractus inter viuos,ſed Codicillum facientis confeſſio & ordinatio, vt ſoluatur,quod promiſſum ab eo eſt, quod non repugnat teſtamento,vel Codicillo,immò maximè conuenit.

Tertio adſertur l.aſſignare,ff.de aſſignand.liber. quæ nihil ad rem facit,ut notauit Paul Caſtrenſ. in d.l.hæredes palam,§.vlt.ff.de Teſtam.quia libertorum aſſignatio ẽt in teſta.fieri põt,l.1 §.aſſignari,ff eod.ti.quod aũt cõtractus in teſtam.fieri poſſint,nulla lege poteſt demõſtrari.

Dices,etſi teſtamentum vno contextu fieri debeat;ac proinde nullus contractus alienus miſceri debeat; ſi tamen miſceatur, non vitiabitur, ſed potius teſtamentum non valebit, & conſequenter, quod ad rem propoſitam attinet, valebit inter viuos donatio, licet fortaſſe teſtamentum non ſit validum. Reſpondeo,hinc ſequi,donationem non eſſe interpretandam in dubio, ſed potius legatum; quia ſi legatum ſit,valebit vtrunque,& teſtamentum ſcilicet, & legatum. Quoties enim ambigua eſt oratio,commodiſſimum eſt id accipere,quo res, de qua agitur, magis valeat, quàm pereat, l. quoties, 13. ff de reb. dub l.quoties,ff.de uerb.oblig Contractum in teſtamento fieri poſſe,vult Duarenus,ad ti.de teſtamentis,c.de teſtam.nuncup.ex l.26.ff.de pig.act quæ non obſtat: quia accipienda eſt ſecundum l. caſus,ff.de alim.& cibar.leg. Præterea, de hypotheca loquitur quæ nudo pacto contrahitur, ideo contractus non eſt. Adducit etiam l.ſi auia, C. de iure delib quæ non loquitur de contractu,ſed de aditione hæreditatis.

CAPVT XXXIII.

De legato a debitore relicto creditori, an compenſandum ſit cum debito, ubi diſcutitur illa communis diſtinctio, vtrum ex cauſa neceſſaria, an voluntaria debitum procedat.

COmmunis eſt diſtinctio, ſi debitum ex cauſa voluntaria originem habeat, non compenſari cum legato,niſi uoluntas teſtatoris compenſare uolentis oſtendatur euidenter,l creditorem, 87 de leg.2.creditor,C.de leg.ſi compenſandi,C.de hæred.inſtit. Cæterum,ſi deſcendat ex cauſa neceſſaria, compenſari, l ſi cũ dotem, §.ſi pater, ff ſol.matr.l.huiuſmodi, cum pater,de leg.1.l.Titia cum teſtamento,§ quia inuita,de leg.2. Auth.Præterea, C.vnde vir l.omnimodo,§ imputari,l quoniam Nouella,C. de inoff.teſta. vide interpretes in hæc loca,Couuar.in c.officij, de teſtam. Manticã de coniect. vlt.volunt.lib.10.ti.2.nouiſſime Menoch. de præſumpt. lib.4.in 2.par.præſumpt.109.

Sed vereor,ut vera ſit hæc diſtinctio,magiſque aſſentior Franciſco Duareno in commentarijs d.l.ſi cum dotem,§ ſi pater,ff.ſol.matr.aſſeueranti abſque ratione excogitatam eſſe; & Coraſio lib.3.Miſcellaneor. c.1.dubiã ſibi uideri dicenti. Videbamus. Dotis debitum ex cauſa neceſſaria oriri docent,& rectè: Pater enim dotem tenetur dare filiæ ſuæ,l.vlt.C.de dotis promiſſio. Si ergo a patre legetur aliquid,compenſabitur cum dote;quia,vt ſic ſtatuamus,cogit diſtinctio. At contra oppono,l ſi pater, ff de collat.dotis.Pomponius: *Si pater pro filia dotem promiſerit; deinde exheredata, vel etiam emancipatæ et præterita legatum dederit,habebit filia etiam dotem præcipuã & legatum.*

At ibi dicunt, propter iniuriam exhæredationis, vel præteritionis legatum non compenſatur: Sed quæ eſt ratio? nonne legatum poteſt eſſe magnum & legitimam exuperans,quo caſu illo tempore nõ erat querelæ locus? At legatum (inquiunt) erat in ſpecie, dos in quantitate: Quis reuelauit hoc arcanum? At ibi dos promiſſa fuerat genero: Legatum autem relictum filiæ. Nugæ;immò etſi ita ſit,ſit compenſatio,l.huiuſmodi, §. cum pater, de leg.1.*Cum pater pro filia ſua dotis nomine centum promiſiſſet: deinde eidem centum eadem legaſſet,doli mali exceptione hæres tutus erit*,&c. Vides ibi dotem pro filia promiſſam,ſine dubio genero. At ibi agitur de collatione facienda,uel non,quid hoc eſt? Sufficit filiam vtrumque potuiſſe conſequi,& dotem & legatum.

Quid igitur dicemus; an rem ita relinquemus indeciſam,quaſi non liqueat? Sic ſanè reliquit Iuriſc.celeberrimus,noſtra tempeſtate: nec enim, ſi diſtinctioni hæreamus ſupradictæ, hunc ſcopulum facilè uitabimus. Ego non relinquo,ſed ab hac diſtinctione recedo,primus forſitan a Duareno Coraſio, & aio Pomponium loqui, cum in legato dotis cauſa adiecta non eſt. Declaro. Cum pater dotem promiſit;deinde dotis cauſa legauit, ſit cõpenſatio, l huiuſmodi,§.cum pater, de leg.1 ibi: *Eidem centum eadem legaſſet* in l.Titia,cum teſtamento, § qui inuita,de leg.2.ibi: *Et ab eo fideicommiſſum filiæ dotis nomine reliquit.* Cum vero dotis debitor patẽs dotis nomine non reliquit,ſed ſimpliciter,non ſit cõpenſatio. Pomponius in d.l.ſi pater,vnde habes? ex l.vnica,§.ſciendũ, C.de rei vxor.act.ibi: *Niſi ſpecialiter pro dote ea maritus ei dereliquit,cum manifeſtiſſimum ſit teſtatorem, qui non hoc addidit,noluiſſe vtrumque cõſequi.* Iacobus Cuiacius lib 3.Obſeruat.ca.16 ad finem (ne me putet quis ſolum eſſe) *De patre uero*, inquit, *qui non illud adiecerit, ſe dotis nomine legare,nunc uidendum eſt: & putem vtrumque tũc filiam conſequi poſſe, ſicut a patre pro filia dote promiſſa, & filiæ relicto legato traditum eſt, in l.ſi pater,ff de collat. dotis.* Hactenus Cuiacius.

Quod vero in legitima filij conſtitutum eſt,ut imputentur

A tentut in eam legata, donationes, &c. l. quoniam Nouel la, l. omnimodo, §. imputari, C. de inoffic teſtamen. ſuam habet rationem; quia videlicet, cum filius ex ſubſtantia patris debitam habet portionem, non eſt locus querelæ de inofficioſo, l. Papinianus, § ſi quis mortis, & §. quoniam, ff. eod. titu. Hodie titulo inſtitutionis habere debet, vt in §. aliud quoque, in Authen. vt cum de appellat. cognóſc.

Et cum mulier, quæ abſque dote nupſit, legatum habet, quo ſuam ſubleuare inopiam poſſit, cur non illud in portionem ei lege delatam imputaretur, cum ad inopiá ipſam ſubleuandam delata ſit portio, vt in d. Auth. Præterea, C. vnde vir & vxor & ex Nouella vnde ſumitur, intelligi poteſt, & iam ex legato ſubleuari aliqua ex parte queat?

Porrò illud argumentum, quod ſumunt ex l. quod autem, ff. de iure dotium, ad probandum non eſſe neceſſarium in hac ſpecie mentionem fieri nominis dotis, planè nihil valet. Ait textus: *Quod autem in ſtipulatione non eſt neceſſaria dotis adiectio, etiam in donatione eandem dicimus*. Senſus eſt: Si vir dicat ſe accepiſſe ab vxore, vel contra vxor a viro certam pecuniæ quantitatem, quá promittit reſtituere, neceſſariam non eſſe dotis mentionem, vel donationis propter nuptias. Quid hoc, quæſo, cum re, qua de agitur, commune habet?

C A P V T XXXIV.

Quid dicendum, ſi legatum conſiſtat in ſpecie, & debitum neceſſarium in quantitate, retenta ſpecie, de qua in capite præcedenti.

EXiſtimat Bartolus in l. huiuſmodi, § cum pater, de leg 1. Si legatum conſiſtat in ſpecie, & debita dos in quantitate, non eſſe locum compenſationi, autoritate l. ſi pater pro filia, ff. de collatio. dotis. Eandem ſententiam ſecuti ſunt ibidem Bald. Caſtrenſ Comenſ. Alexand. & alij, quos refert, ſed non ſequitur Menoch. de præſumpt. lib. 4 in ſecunda parte, præſumpt. 109. num. 16 verſ. Reſpondet primò. & Mantica de coniect. vltim. volunt. lib. 10. titu. 2. num. 9. & num. 37. verſ. Cæterum. Sed contrarium docuit Socin. alijs adductis in tract. Regul. Reg. 282. ſequitur Menoch. loco proximè citato, nu. 31. & num. 37. iſti docent etiam hoc in caſu locum eſſe compenſationi, autoritate communis diſtinctionis, quæ docet legatum cenſeri animo compenſandi cum debito neceſſario relictum; nec diſtinguit quantitatem a ſpecie.

Ego neque priori, neque poſteriori ſententiæ aſſentior: Non poſteriori; quia communis illa diſtinctio iure non probatur, vt iam in præcedenti capite demonſtrauimus. Non priori, quoniam, quæ adſertur lex, id non dicit. Sed vera ratio illius legis eſt, quia non fuit legatum factum nomine dotis. Ita enim noſtris legibus conuenienter loquimur, cum dicimus, legatum non videri animo compenſandi factum cum dote, quoties nulla mentio dotis eſt facta, l. vnica, §. ſciendum, C. de rei vxor. act. Videri autem animo compenſandi factum, cum mentionem dotis continet, quia non eſt veriſimile teſtatorem duplici præſtatione onerare hæredem voluiſſe ex eadem cauſa, vt in l. Titia cum teſtamento, §. qui inuita, de leg. 2. Duplex autem præſtatio futura eſt, ſi dotem pro miſſam a defuncto hæres ſoluat, & ſimul dotem legatam; niſi probet filia hoc animo teſtatorem fuiſſe, vt duplicaret ei legatum, l cum pater, ff. de iure dotium. Vlpianus: *Cum pater dotem pro filia promittit, & dotem legat, ſiquidem marito legauit, videndum eſt, an legatum valeat & non puto valere; Nam cum creditori debitor legat id, quod debet, nullum legatum eſt. Quod ſi filiç legauit, valet legatum: Dos enim ex promiſſione marito debetur, & legatum filiç. Et ſiquidem hoc animo teſtatorem eſſe filia oſtenderit, vt duplicaret ei legatum, habebit vtrumque, & do*tem, quam maritus conſecutus fuerit, & legatum ex cauſa legati, &c.

Hæc eſt ſolida doctrina ex iuris fontibus hauſta, non ex riuulis Commentariorum. Non ignoro Couuar. in c. officij, nu 2. verſ. in ſecundo, de teſtamen. adferre pro ſententia priori textum in l. 3. §. Mulier, ff. de dote prælег. Sed ibi non fit compenſatio; quia maritus vxori legauit fundum diuerſum ab eo, quem dotis nomine receperat; & præterea fundum ipſum, quem pro dote acceperat, ex quo manifeſtum eſt eum voluiſſe, vt vxor vtrũque haberet. Adducit etiá l. planè. §. ſed ſi non corpus, de leg. 1. quæ non facit ad rem, & regulam vulgarem: de ſpecie ad quantitatem non fit compenſatio. Quç ad hoc propoſitum non pertinet, quæ compenſatio propriè non eſt ſed potius imputatio, cum ſcilicet dicimus in cauſam debiti legatum imputari, vt declarat Corneus in conſi. 257 col. penul. lib primo, Hieronym. Gabrielius conſi. 16. nu. 31. lib. primo. Et ideo, cum pecunia omnes res æſtimari B poſſint, l. ſecunda, C. de conſtit. pecu. nihil prohibet, quo minus fundus, vel alia res legata imputari poſſit in cauſam debiti, ſi aliud non impediat

C A P V T XXXV.

Legatum an videri poſſit animo compenſandi relictum a debitore creditor, cum dixit debitor, ſe legare ex proprijs bonis.

BOna dicuntur, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, l. ſubſignatum, §. bona, ff de verborum ſignif. l. Mulier, ff. de iure dot. Ergo, ſi quis debitor ex bonis ſuis creditori legauerit non animo compenſandi cum debito legaſſe videtur; quia intelligitur voluiſſe, vt deducto eo, quod deberet, etiam legatum præſtaretur ex ſuis bonis creditori. Ita Baldus in l. ſi cum dotem, §. ſi pater, ff. ſoln. matrim. & ibidem Iaſ. num. 26. Iacobus Menoch. C quialios citat de præſumpt. lib. 4. in ſecunda par. præſumpt. 109. num. 6.

Sed contrariam ſententiam habuit Decius in Auth. Præterea, nume. 12. verſ. quartò limitatur, C. vnde vir & vxor. & alij, quos refert & ſequitur Couuar. in cap. Officij, num. 7 de teſtam. Quia cum a teſtatore bonorum fit mentio, illa accipiuntur pro hæreditate, l. nam quod l, cogi, ff. ad Trebel. & alias legata ſunt ex bonis defuncti deducto ære alieno præſtanda. Quare hoc in caſu id exprimitur, quod tacitè ineſt, vnde nihil operatur ſecundum regulas vulgatas.

Ego poſteriorem hanc ſententiam ſequor, & differentiam conſtituo; vtrum quis bona ſua relinquat, an vero aliquid ex bonis ſuis leget, vel præſtari mandet Priore caſu bona intelliguntur deducto ære alieno, atque ita loquuntur leges allegatç; ſed cum aliquid ex bonis legatur, non eſt illa interpretatio adhibenda, ut prius deducatur æs alienum teſtatoris, quia non eſt neceſſe. Tunc D neceſſe eſt, cum bona relinquuntur in ratione bonorum ponenda; tantum enim in bonis habere dicitur, quantum nobis deducto ære alieno ſupereſt. Sed cum aliquid ex bonis ſuis præſtari quis mandat, non eſt neceſſaria æris alieni excuſſio: ſed perinde eſt, ac ſi diceret, ex ſubſtantia mea, ex rebus meis, ex hereditate, patrimonio, præſtari nolo. Si æs alienum exhauriret omnia, tunc legatum non eſſet præſtandum: ſed ſi hoc nó adſit impedimentum, legatum præſtabitur & compenſabitur, vel non compenſabitur cum debito, ſecundum alias voluntatis coniecturas, & iuris regulas. Ita ſentio ſaluo meliori iudicio.

CAPVT XXXVI.

Legatum viro relictum ab vxore, an ſit cum lucro dotis, quod ex ſtatuto defertur, vxore ipſa præmoriente, compenſandum.

EX eo principio, quod iam refutauimus ſupra hoc eodem lib. c. 33. effluxit quàm plurimorum ſententia; legatum ab uxore viro relictum, compenſandum eſſe cum lucro ex forma ſtatuti delato, præmoriente vxore quaſi videatur luctum illud eſſe ad inſtar debiti cuiuſdam neceſſarij, vt videre licet ex Mantica de coniect. vltim. volunt. lib. 10. ti. 2. nume. 7. Menoch. de præſumpt. lib. 4. in 2. parte. præſumpt. 109. num. 35. à qua tamen ſententia aliqui diſceſſerunt ab ijs relati, quos ſequor, eo libentius ac procliuius, quòd de legato coniugũ compenſando doctrina eſt præclara Iuſtiniani, in l. vnica, § ſciendum, C. de rei vxor. act. *Sciendum*, inquit, *itaque eſt, dictum Prætoris, quod de alterutro introductũ eſt, in ex ſtipulatu actione ceſſare, ita vt vxor & à marito relicta accipiat, & dotem, niſi ſpecialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifeſtiſſimum ſit, teſtatorem, qui non hoc addidit, voluiſſe vtrumque conſequi.* Ego ita diſtinguo in hac ſpecie, ut ſi non pro dotis lucro reliquerit vxor marito, tunc & legatum maritus recipiat, & lucrũ conſequatur. Si pro dotis lucro reliquerit, alterutro debeat eſſe contentus.

CAPVT XXXVII.

Si legetur feudum alicui, vtrum hæres ad æſtimationem præſtandam legatario teneatur?

INter omnes conſtat de feudo neminem teſtari poſſe, c. 1. de ſucceſs. feudi. ibi: *Nulla ordinatione defuncti in feudo manente, vel valente.* Conſequenter legari teſtamento non poteſt, c. 1. §. donare, qualiter olim feudũ alien. pot. Sed controuerſia eſt, ſi legetur, an hæres ſaltẽ ad æſtimationem teneatur; & non teneri, reſponderunt Baldus in d. §. donare, num. 3. Aretinus in l. apud Iulianum, §. conſtat, de leg. 1. Alexander in conſi. 19. nume. 2. lib. 6. Curtius iun in tract. feud. in 4 par. penult quæſtio. num. 126. Socinus iunior in conſil. 74 num. 19 lib primo, Natta in conſil. 502. num. 33. Purpuratus in conſil. 101. num. 6. lib. 1. alios citat Menoch. de præſumpt. lib. 4. in ſecunda parte, præſumpt. 119 nu 6.

Argumenta hæc ſunt: Legatum rei feudalis nõ valet, ergo nec eius debetur æſtimatio, l. apud Iulianum, 41 §. conſtat, de leg. 1.

Secundum argumentum 1 ius quod teſtator habet in feudo, morte eius extinguitur: aut enim feudum tranſit ad alios, quibus eſt conceſſum in inueſtitura, aut ad Dominum reuertitur. Cum autem quis legat rem, in qua ius habet, quod morte eius extinguitur, legatum eſt inutile, vt de eo, qui vſumfructum habet, qui morte finitur, reſponſum eſt, in l. quod in rerum, §. 1. de leg. 1. Si legatũ eſt inutile, ergo æſtimatio non debetur.

Contrarium reſponderunt Io. Faber, in §. non ſolum, in Inſtit. de leg. Bal. ſibi contrarius, in c. 1 nume 3 de ſucceſſ. feud Curt. iun. ſibi contrarius, in conſil. 30. nu 5. & quidam alij, quos refert & ſequitur Mãnca de coniect. vlt. volun. lib. 9 ti 11. nu 8. iſti docuerunt æſtimationem deberi legatario, ſi teſtator rem legatã feudalem eſſe nõ ignorauerit. Et fundamentum eſt in l cum alienam, C. de leg. vbi diſtinguitur inter teſtatorem ſciẽtem & ignorantem. Ad contraria argumenta reſpondent, legatum rei feudalis non valere, quãtum attinet ad præiudicium eorum, qui ad feudum vocantur, non autem quantum ad hæredis præiudicium. Sic dicimus fundum dotalem

A alienari non poſſe, nec fundum minoris, nec res reſtitutioni ſubiectas: & tamen in his legatum valet, quantum ad æſtimationem, l. cum pater, § cum pater, de legat 2. & notatur in l. apud Iulianum, §. conſtat, de legat. 1 *Conſtat* (inquit tex.) *res alienas legari poſſe, etiamſi difficilis earũ paratio ſit.* Quod vero dicebatur, legatum eſſe inutile, cum quis rem legauerit, in qua ius habet morte periturum, id locum non habere reſpondent, vbi teſtator ſcierit ius extinctum iri; quia tunc ſaltem æſtimatio debebitur, argum. d. l. cum alienam, ita Cuman. in d. l. quod in rerum, §. 1. de leg. 1.

Ego in hac difficultate dico tria; Primum, non videri mihi idoneam interpretationem, quę adſertur ad l. quod in rerum §. 1. de leg 1. vt nimirum in ea ſpecie debeatur æſtimatio, ſi teſtator non ignorauerit ius ſuum morte extinctum iri. Verba tex. hæc ſunt: *Si vſumfructum habeam, eumq́; legauerim. niſi poſtea proprietatẽ eius nactus ſim, inutile legatum eſt.* Si teſtator ipſemet vſumfructum
B habebat, proculdubio non ignorabat, morte finitum iri, & tamen dicit tex. *inutile legatum eſt.* Idem dicit tex. in l. vxor patrui, C. de leg.

Secundo dico, non videri mihi ſolidum illud argumẽtum, quod ſumitur ex l apud Iulianum. §. conſtat; de legat. 1. ad probandum legatum non valere etiam quantũ ad æſtimationẽ, cum res legata alienari non poteſt; quia non ita ſimpliciter ille tex. loquitur, ſed hoc modo: *Si vero, inquit, Saluſtianos hortos, qui ſunt Auguſti, vel fundũ, Albanũ, qui principalibus uſibus deſeruit, legauerit quis, furioſi eſt talia legata teſtamento adſcribere. Item Campũ Martium, aut forum Romanum, aut ædem ſacram legari non poſſe conſtat Sed & ea prædia Cæſaris, quæ in formam patrimonij redacta ſub procuratore patrimonij ſunt, ſi legentur, nec æſtimatio eorum debet pręſtari; quoniam commercium eorum, niſi iuſſu Principis non eſt, cum diſtrahi non ſoleant.*

C Vides, vt puto, quantum hęc à rebus feudalibus diſtent, quæ, vt omnibus palam eſt, quotidie diſtrahuntur? Ergò non eſt ſolidum, vt dixi, argumentum ex d. §. conſtat.

Tertiò, quod attinet ad principalem quæſtionem, dico, me non ignorare Regulas generales, quibus docemur eam in dubio interpretationem accipiendam, qua res valeat potius, quàm pereat, l. quoties, ff. de rebus dub. & æſtimationem regulariter deberi rei alienæ à teſtatore ſciente relictæ, & eandem æſtimationem deberi, licet talis ſit res, quam legatarius capere non poſſit, vt in l ſed ſi res aliena, de leg. 1. & in l filiusfam § ſi quid, ff. eodem. Tamen iſtis omnibus inſuper habitis, exiſtimo non valere legatum, etiam quoad æſtimationem, & hoc ex eo argumento, quod in feudo non valeat ordinatio defuncti. Nam ſi non valet, vt habet textus in argumento prioris ſententiæ citatus, ſequitur, vt non debeatur æſtimatio: Sic enim valeret, ſaltem quoad æſtimationem. Sed
D quod non valet, inutile reputatur, & nullum producere poteſt effectum; aut proferatur legis alicuius teſtimoniũ quo legatum ſit inutile, & tamen valeat, quoad æſtimationem. Nulla ſanè proferri poteſt; quia videtur implicare contradictionem, legatum non valere, inutile eſſe & valere, & vtile eſſe, quantum ad hoc, vt æſtimatio debeatur, quid enim eſt aliud rei æſtimatio effectu, quàm quodammodo res ipſa?

CAPVT XXXVIII.

Vtrum legatum rei alienæ iure Canonico valeat.

SCribit in hæc verba Greg. Pont. Max. in ti de Teſtamentis. ad Epiſcopum Meſſalinum: *Filius noſter Fauſtinus conqueſtus eſt, quod quondam Peltraſius pater ſuus aliqua Eccleſiæ noſtræ ſepulturę ſuę gratia iuris alieni reliquit. Et quidem leges ſeculi hoc habent, ut hęres ad ſoluendum cogatur, ſi autor eius rem legauerit alienam*

alienam Sed quia lege Dei, non autem huius ſeculi viuimus, valde mihi videtur iniuſtum, ut res tibi legata, quę cuiuſdam Eccleſia eſſe perhibentur, a te teneantur, quæ aliena reſtituere debuiſti.

Huius tex. autoritate legatum rei alienæ iure Canonico non valere; docuerunt Panorm. ibi, & in c. cum eſſes, eo. ti. Gloſ. Alexand. Iaſon & Sichard. in l. cum alienam, C. de legatis.

Sed quoniam Greg. loquitur de eo, qui legauit rē alienam, quæ alicuius Eccleſiæ erat, idcirco autoritate eiuſdem tex. alij docent legatum rei alienæ, quæ ſit Eccleſiæ alterius, iure Canonico non valere. Ita Inno. Ant. But. Anch & Imola in d. c. filius. Ratio eſt: quia res Eccleſiæ alienari non poſſunt, niſi adhibitis ſolennitatibus; a iure requiſitis, iuxta c. ſine exceptione, 12. q. 2. & quoties non poteſt niſi cum difficultate res alienari, tunc rei alienæ legatum eſt inutile, etiam iure Ciuili, l. apud Iulianum, §. conſtat, de leg. 1.

Alij ex hoc textu Gregorij vnum illud argumentum ſumunt, rem alienam inuito domino ſub prætextu legati detineri non poſſe, ſed reſtituendam eſſe domino, licet legatarius petere poſſit æſtimationem eius ab hærede. Ita Glo. in eūdem locum, & Andreas Siculus, Salyc. & Caſtrenſ. in d. l. cum alienam, C. de legat. Corneus in conſ. 32. lib. 1.

Denique Couuar. in Commentarijs d. c. filius, & Frāc. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 9. ti. 10. nihil iure Canonico circa legatum rei alienæ immutatum eſſe docuerunt, præter quam in ea ſpecie, de qua loquitur Greg. cū videlicet Eccleſiæ teſtator legauit rem alterius Eccleſię ſepulturæ ſuæ gratia, & filios hæredes inſtituit, quibus non admodum amplum patrimonium reliquerat; tunc enim nec res legata debetur, nec eius æſtimatio. Hæc ſententia videtur mihi cęteris probabilior, quod vt planū faciam, integram epiſt. Greg. hic adſcribam. ea reperitur lib. 7. Epiſt ad Epiſcopū Meſalinum his verbis cōſcripta: *Filius noſter Fauſtinus vir eloquentiſſimus ad nos veniens, queſtus nobis eſt, quod pater eius quondam Petraſius aliqua veſtra Eccleſię ſepulturę ſuę gratia iuris alieni reliquerit. Et quidem quid de hac re ſeculi leges habeant, & ipſe noſti, & nos audiuimus. quia hæres ad ſoluendum cogitur, ſi auter eius vel aliena legauerit. Sed quia fraternitatem veſtram lege Dei, non autem legibus ſeculi nouimus viuere, valde mihi iniuſtum videtur, ut calix electrinus & puer qui cuiuſdam Eccleſię in poſſeſſione eius poſita. Diœceſeos Conſentinæ Eccleſię eſſe perhibetur, a sua fraternitate teneatur. Cum enim & vir Reuerendiſs. Palumbus Epiſcopus, tunc vero Archidiaconus ita fuiſſe teſtatus eſt, nos omnino eius fidei credere, & aliena reſtituere debuiſtis. Tabulam vero auream, quam prędictus vir moriens pariter reliquit, conſiderare, vt arbitror, debuiſti, quę eſſet ſumma eius ſubſtantię, ſi quid eſſet vnde hi, quos reliquerat, ſuſtentari debuiſſent, & tunc pro ſepultura eius accipere, quamuis noſtrum inſtitutum noueris, nos illicitam antiquam conſuetudinem a noſtra Eccleſia omnino vetuiſſe, nec cuiquam aſſenſum prębere, ut loca humani corporis precio poſſint adipiſci.* Hactenus epiſt. Gregorij.

CAPVT XXXIX.

Legata ab inſtituto relicta nominatim an à ſubſtituto repetita cenſeantur.

LEgata nominatim ab inſtituto relicta non uideri a ſubſtituto repetita, docuerunt magis communiter Doct. teſte Menochio, qui refert, nominatim autores lib. 4. de præſumpt in 2. par. pręſumpt 108. nu. 24. addo Mant. de coniect. vlt. volun. lib. 8. ti. 2. nu. 15. Repugnātes ſunt Cū & Caſtrenſ. ad l. licet. de leg. 1. & Alc. de pręſum reg. 2. pręſ. 35. quibus me ſocium lubēs adſcribo. referam prius vtriuſque ſententię argumenta, tum, cur

A magis probem pauciorum ſententiam paucis declarabo.

Argumentum communis ſententię primum eſt ex l. ſi plures, de leg 3. Paulus: *Si plures gradus ſint heredum, & ſcriptum ſit, hæres meus dato: ad omnes gradus hic ſermo pertinet. ſicuti hac verba: quiſquis mihi hæres erit. Itaque, ſi quis velit non omnes hæredes legatorum præſtatione onerare, ſed aliquos ex his: nominatim damnare debet.*

Secundū ex l. Celſus, §. quod alicuius, de leg ſecundo. *Quod alicuius hæredis nominatim fidei committitur, poteſt videri ita demum dari voluiſſe. ſi ille extitiſſet hæres.* Hactenus Iuriſconſultus.

Tertium eſt ex l. 1. § id quod ex ſubſtitutione, ff. ad legem Falcid. in illis verbis: *Sed ea, quę ab eo legata ſunt, ſi omiſerit hæreditatem, non augebuntur, ſcilicet ſi ab eo nominatim data ſunt, non quiſquis mihi hæres erit.*

Quartum eſt ex l. 1. C ſi omiſſa ſit cauſa teſtamenti, ſed non video, quo modo faciat ad rem. Poſtremum eſt ex eo, quod cum nominatim legatur, onus perſonæ duntaxat, non etiam hæreditati videtur adiectum, arg l. nunquam, ff ad Trebel.
B

Contrariæ ſententiæ argumenta ſunt hæc. Primum, quia certum eſt legata ab inſtituto relicta videri à ſubſtituto repetita, l. licet, de leg. 1. ergo etiam repetita videntur cum nominatim relicta ſunt ab inſtituto: quia ſi, verbi gratia, vnus tantum ſit inſtitutus, & ab inſtituto legatum relinquatur, eſt perinde, ac ſi nominatim relicta eſſent, arg l. 2. ff. de lib & poſtum. & tamen repetita a ſubſtituto etiam hoc in caſu cenſentur. Confirmari poteſt argumentum: quia nominatim legatum accipiendum eſt, quod a quo legatum ſit, intelligitur, licet nomen pronunciatum non ſit, l. nominatim, de leg. 3.

Secundum eſt ex l. non iuſtam, C. ad Trebellian. vbi auia teſtatoris ex parte hæres ſcripta, rogata erat hæreditatem reſtituere, & tex. dicit deberi etiam a ſubſtitutis fideicommiſſum, licet aliter Inducat Paul. Caſt.

C Tertium eſt ex l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione, ff. ad legem Falc. perpendendo illud verbum, *non augebuntur legata*, ex quo ſignificatur, ſaltem deberi a ſubſtituto, quod nominatim relictum erat a cohærede.

Poſtremum argumentum eſt: quia ſi teſtator nominatim onere legati grauauit inſtitutum, quem magis dilexit, multo magis cenſetur voluiſſe grauare ſubſtitutū, quem minus dilexit. argum. l. Publius, §. 1. ff de condit. & demonſt.

Iam cur repudiata communiori ſententia in aliam deſcenderim, illud argumentum effecit, quod in ea ſpecie, de qua tex loquitur in l. non iuſtam, C. ad Trebellia. erat fideicommiſſum relictum nominatim, & tamen etiam ſubſtitutum tacitè rogatum videri pronunciatur ex generali Reſcripto Imperatoris Antonini, quo declaratum eſt, legata ſeu fideicommiſſa etiam a ſubſtituto repetita videri; a quoquidem Reſcripto, cum diſcedendum eſſe ex coniectura voluntatis teſtatoris reſponderit Iuriſc. &
D coniecturas etiam adiecerit in l. licet, de leg 1. ſi hæc, de qua agitur, ſufficiens eſſet coniectura, cum ſcilicet ab inſtituto nominatim relictum eſt legatum vel fideicōmiſſum, probabile eſt eum aliquam mentionem facturum fuiſſe huius exceptionis, & coniecturæ, quando ſcilicet nominatim ab inſtituto legatum vel fideicommiſſum relictum eſt: nulla autem prorſus mentio facta eſt in d. l. licet. nec alibi: Ergo non eſt legitima hæc coniectura, ſed vt ob oculos verſetur clarè argumenti huius efficacia, referam verba text. *Non iuſtam te gerere ſolicitudinē* (verba ſunt Dioclet. & Maxim) *per fideicommiſſum relictę portionis hæreditatis perſpicimus, verentem, ne fructum amittas relicti fideicommiſſi, quoniam auia teſtatoris ex parte hęres ſcripta, & tibi rogata reſtituere* (Ex his verbis apparet nominatim auiæ iniunctum fideicommiſſum) *calliditate ac fraude repudiauit, ut ad alium nepotem, eundemque cohęredem deuoluatur portio, a quo tibi nominatim non fuerat fideicommiſſum relictum, & coacta ſuſpectam hęreditatem adire; prius quam pro hęrede gereret, rebus ſit humanis exempta: cum D. Antonini parentis noſtro*

ſtrò deberi etiam à ſubſtitutis fideicommiſſum, contemplatione iudicij teſtatoris quaſi tacite ab his repetitum iam du dum placuerit.

Vides his poſtremis uerbis nullam adhiberi diſtinctionem, vtrum nominatim relicta ſint legata, & fideicommiſſa ab inſtituto: nec illud mouere Imperatorem, quod auia rogata eſſet reſtituere; quod ſanè aliud nō eſt niſi nominatim relictum ab ea fuiſſe fideicommiſſum, argum. l. nominatim, de leg. 3. & tamen reſpondit etiam a ſubſtituto repetitum uideri.

Ad primum & ſecundum argumentum reſpondeo, cum nominatim ab aliquo hærede relictum eſt legatū, vel fideicommiſſum: ſiue cum hæredum aliqui nominatim ac ſpecialiter onerati ſunt a teſtatore, cæteros hæredes oneratos non eſſe, ſi iura ſpectemus, quæ fuerunt ante Reſcriptum Imperatoris Seueri Antonini: ad quod ſanè tempus referendæ ſunt leges allegatæ. Cæterum, poſt Reſcriptum Seueri aliter reſpondendum eſt, nempe, legatum, uel fideicommiſſum ab inſtituto relictum, cenſeri a ſubſtituto repetitum. Huius rei teſtis eſt Vlpianus, in l. ſi Titio, 61. § Iulianus, de legat. 2. ſic dicens: *Si alter ex legitimis hæredibus repudiaſſet portionem, cùm eſſet ab eo fideicommiſſum relictum, cohæredem eius cogendum non eſſe fideicommiſſum præſtare: portionem enim eius ad cohęredem ſine onere pertinere; ſed poſt Reſcriptum Seueri* (nota) *quo fideicommiſſa ab inſtituto relicta à ſubſtitutis debentur, & hic quaſi ſubſtitutus cum ſuo onere conſequetur accreſcentem portionem.*

Ad l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione, ff. ad leg. Falcidiā reſpondeo, non eam eſſe Iuriſconſulti ſententiam, ut legata ab altero ex hæredibus nominatim relicta debeantur, vel non debeantur ab eo, qui eſt cohęres, & ei ſubſtitutus eſt; ſed dicit textus, legata non augeri, quia videlicet etſi ſubſtitutus portionem alterius conſequatur, nō tamen eſt æquum, quàm teneretur, ſi non ex ſubſtitutione eius portionem fuiſſet conſecutus; Itaque ſi, exempli cauſa, portio eius legatis ſit exhauſta, quo in caſu Quartam ex lege Falcidia retinet, nō debet integra legata ſoluere, licet conſecutus ſit ex ſubſtitutione portionem cohęredis, ſi legata ſcilicet a cohærede nominatim relicta ſint: licet enim legata repetita cēſeantur ab ipſo ſubſtituto, quæ ab eius cohærede relicta fuere, tamē quarta pars ex lege Falcidia ei debetur abſque omni onere legatorū, tam ex portione ſua, quam cohæredis ſui: & ideo illa minui non debet propter legata a cohęrede relicta nominatim. Cæterum, ſi teſtator dixiſſet; quiſquis mihi hęres erit, dato, tunc cohæredis portio prodeſſet legatarijs; etenim, is hęres eſſet ſolus, & ſolus ad omnia legata pręſtanda obligatus vna ſola Quarta totius hęreditatis ex lege Falcidia retenta. Itaque ille textus neutri ſententię ſuffragatur.

Ad poſtremum argumentum reſpondeo, iure quidē ſummo ita reſpondendum eſſe, vt onus legatorum hęreat perſonę, cui eſt iniunctum, nec ad ſubſtitutum tranſeat. Ceterum, aliud dicendum eſt, poſt Reſcriptum Seueri Imperatoris, quo cautum fuit, vt ad ſubſtitutum onus legatorum, & fideicommiſſorum tranſiret, quę ab inſtituto relicta ſunt.

CAPVT XL.

Legatum ab extraneo relictum Epiſcopo, ſub nomine proprio, an Eccleſia adquiratur?

SEquor & ipſe communiorem ſententiam; legatum Epiſcopo relictum, etiam proprio eius nomine expreſſo ab extraneo, Eccleſię contemplatione relictum videri, autoritate textus in ca. requiſiuiſti, de teſt. in illis verbis: *In primo caſu diſtinguendum eſt, vtrum relinquatur Epiſcopo ab extraneo, an a propinquo, ſi ab extraneo generaliter verum eſt, quod pręſumitur eſſe re-*

A *lictum intuitu Eccleſię, non perſonę, unde Cathedralis Eccleſia de illo poteſt Canonicam petere portionem, &c.*

Licet enim non loquatur textus expreſsè in ea ſpecie, qua de agimus, vbi ſcilicet proprium Epiſcopi nomen expreſſum eſt, verba tamen & hanc ſpeciem complectūtur; ſunt enim generalia. ibi: *Generaliter verum eſt*, &c. Et ratio id ſuadet; quia loquimur nunc de extraneo, qui ad Epiſcopo relinquendum eius contemplatione nulla affectione, nulla cauſa inductus videri poſſit; quamobrē etſi nomine proprio eum appellauerit, id feciſſe non ei donandi animo, ſed demonſtrandi potius quis eſſet, præſumitur. Quæ cum ita ſint, & ſans clarè conſtituta, non poſſum ſatis mirari in contrariam ſententiam quenquā permouiſſe exemplum ſerui, qui vni ex dominis nominatim ſtipulatus eſt, vt in l. ſi communis, ſeruus, ff de ſtipul. ſeruor. eſt enim exemplum longè alienum, perquam diſſimile, non ad ſpeciem iſtam pertinens. Nihil autem pernicioſius eſt in quæſtionibus decidendis, quam omiſſis ad rem commodatis teſtimonijs, ea conquirere, quæ
B planè remota, nec rem tangunt, qua de agitur, licet quandam argumenti ſpeciem præ ſe ferre videantur.

CAPVT XLI.

Legatum Canonicis relictum, cui acquiratur, Eccleſia ne, an Capitulo: an ipſis ſingularibus perſonis.

SI Canonicis legetur, non Ipſis ſingularibus perſonis non Eccleſiæ, ſed Capitulo ſiue collegio communi legatum interpretor in obſcura teſtatoris voluntate; quanquam multi ijque grauiſſimi interpretes aliter exiſtimauerint, vt videre licet ex Menoch. de præſumpt.
C lib. 4 in 2. parte præſumpt. 113. Fundamentum pono in ſimili, legis: Nam cum ciuibus legatur, ciuitati relictum intelligitur. l. ſecunda, ff. de reb. dub. Ergo ſimiliter & cū Canonicis legatur, Collegio uidetur relictum, Ciues repræſentant Ciuitatem, Canonici Collegium, ſiue, vt loquimur, Capitulum. Non ratio, non oratio diſpar. Eccleſiæ non videtur relictum, quia non eſt ratio, non lex. Nam Eccleſiam is, qui ei præeſt, refert, non Canonici qui ſubſunt, & ideo, ſi Epiſcopo legetur, uidetur intuitu Eccleſię relictum, ut in cap. Requiſiuiſti, de teſta. non idem in relicto Canonicis eſt conſtitutum, nec dictat ratio. Non offendor l. annua, § Attia, ff. de annuis legatis, quoniā in ea ſpecie Sacerdoti & Aedituo templi relictū eſt. Quamobrem ait Scæuola: *Miniſterium quidem deſignatorum deſignatum, ſed datum templo* Non acquiritur, nec datum intelligitur ſingularibus perſonis, quia non ille eſt modus legandi perſonis ſingularibus; ſignificatur enim dignitas vel officium potius, quam perſona; Si-
D cut cum legatur Ciuibus. Et ideo, ſi diſſolutum ſit collegium, legatum manet ab eò, a quo eſt relictum, l. pater, §. Tuſculanus, de leg. 3.

CAPVT XLII.

Legatum vxori, vtrum de prima duntaxat, an verò etiam de ſecunda intelligendum ſit?

SI vxori ſuæ teſtator legauerit, ea defuncta, quę tēpore teſtamenti erat: ſecundę, quam poſtea duxit, & quę mortis tēpe ſupereſt, legatū deberi interpretor. Argumēto vxor ex l. cognatis, ff. de reb. dub. illis verbis: *Cæterum, ſi quis teſtamenti facti tempore cognatum non fuit, mortis tempore factus eſt per adrogationem, facilius legatum conſequitur.* Et loquitur Iuriſconſultus in ea ſpecie, qua quis cognatis legauerit, ut in principio legis dicitur, ibi: *Si cognatis legatum ſit*, &c. Eſt & aliud argumentum ex l. cum ita, §. in fideicommiſſo,

de leg. 2. *In fideicommiſſo, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionē veniūt, qui nominati ſunt, aut poſt eos omnes extincti, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo teſtator moreretur*, &c. Nō offendor, l. ſi quid earum, § vl. de leg. 3. illis verbis: *At quę prioris vxoris cauſa parata ſunt, ita poſteriori debentur, ſi ei adſignata ſunt: quia nō eſt ita de poſteriore vxore cogitatū, ſi cum pararentur*, &c. Hæc enim ſunt diſſimilia. Nam id vxoris cauſa paraſſe videtur maritus, quod ei tradit, vt in eodem textu habetur. Ergo, ſi aliqua parauit prioris vxoris cauſa, non poteſt videri paraſſe poſterioris cauſa, niſi ſicut priori tradidit, ita & poſteriori aſſignauerit. Noſtra autem diſputatio non eſt de his, quæ parata ſunt, ſed de his, quæ ſimpliciter legata vxori ſ illa traditionem, ſiue adſignationem poſtulant, qua ceſſante non poſſunt dici parata: hæc ex nuda teſtantis voluntate pendent, qui non mutato teſtamento, quo vxori legauerat, dum moritur, legatum vxori, quæ tempore mortis reperitur, confirmaſſe videtur. Vide Menochium lib. 4. de præſumpt. in 2. parte, præſumpt. 122.

CAAPVT XLIII.

Vſusfructus domus ſi legetur adiecto onere, ne altius tollatur, utrum relicta proprietas videatur.

SCribit Pomponius in hæc verba: *Proculus putat inſulam ita poſſe legari, vt ei ſeruitus imponatur, quę alteri inſulę hęreditariæ debeatur, hoc modo: ſi ille hæredi meo promiſerit per ſe non fore, quo altius ea ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum vſumfructum do, lego. Vel ſic: ad eum illarum, quoad altius, quàm uti nunc ſunt, ędificatę non erunt, illi vſumfructum do, lego.* l. Proculus, ff. de vſuſructu, & quemadmodum quis vtatur.

Huius textus autoritate docent noſtri communiter, proprietatem hac ſpecie legatam videri, licet enim diſerte id Pomponius non dicat, tamen perpetiunt illa verba: *Inſulam poſſe ita legari*, &c. Ergo inſula his verbis legata videtur, & conſequenter proprietas ipſius inſulæ. Et ratio eſt; quia vſusfructus appellatio proprietatem continet, quoties ſub conditione, vel modo relinquitur, qui perpetuus eſſe poteſt. Vſusfructus enim morte vſufructuarij, & alijs modis ad proprietatem ſuam natura reuertitur; quare cùm quis eum facit perpetuum, vel ita cōſtituit, vt poſſit eſſe perpetuus, videtur proprietatē reliquiſſe, ſed eam vſusfructus verbo propterea notaſſe, quod reſtituenda erat conditione adueniente. Ideo in propoſita ſpecie, ſimile eſt, ac ſi diceret teſtator: Lego inſulam ea lege, vt ne vnquam altius tollatur; ita enim dominus eſt inſulæ is, cui legatur, vt reſtituere debeat, ſi altius eam velit tollere. Ita, inquam, docent noſtri, vt videre licet ex Commentarijs in d. l. Proculus, & ex alijs locis, quos Commemorat Menochius de præſumpt. li. 4. in 2 parte, præſumpt. 133. num. 2.

Sed contrarium docuit Arius Pinellus, ad l. 1. in 3. parte, num. 42. & 43. C. de bonis maternis, quem ego veritatis amans potius, quàm opinionum ſequor. Principio enim certum eſt, legati verba vſumfructum continere, non autem proprietatem: ergo non aliter a verbis recedendum erit, quàm ſi conſtet de voluntate teſtatoris, l. non aliter, de legat. 3. Deinde nullum verbum eſt apud Pomponium, quo ſignificetur, proprietatem eo in loco legatam videri. Licet enim in principio dicat: *Inſulam ita poſſe legari*, ſubdit tamen, *hoc modo ſi ille hęredi meo*, &c. Ex quibus uerbis ſequentibus perſpicuum eſt, Pomponium intellexiſſe, Inſulā poſſe legari, ſicut infra exempla poſuit: vtrum autem, ſi ita legetur, vt in exemplis poſitis intelligatur inſulæ proprietas relicta, necne, nō ediſſerit Pomponius. Hoc enim duntaxat explicare voluit, inſulam ita poſſe legari, vt ei ſeruitus imponatur, quæ alteri inſulæ hæreditariæ debeatur, non autem id in animo habuit explicare, vtrum ſi legetur vſusfructus inſulæ eo modo, ut in exemplis adiectis, intelligatur eſſe proprietas relicta. Quare eius reſponſum præcipuum a nobis erit perpendendum; non quia vnum uerbum ambiguum adiecit, ex eo licebit argumentum ſumere aduerſus verborum naturam & ſignificationem: Neque enim ſatis idonea illa eſt coniectura. Porrò, quod dicitur in ea ſpecie, legatum vſumfructum videri ſub modo, quo poteſt eſſe perpetuus, nihil obſtat, quia id negari poteſt. Etenim, ſi altius ædes tollantur ab eo, cui relictus erit hoc modo vſusfructus, tunc extinguetur, & amittetur. Quod ſi non altius tollantur, morte tamen fructuarij extinguetur, ſicut regulariter extinguitur, § finitur, in Inſtit. de vſufructu. Neque enim hoc expreſſe dixit teſtator, aut neceſſariò ex uerbis eius colligitur perpetuò, & ſic etiam ad hæredem legatarij peruenturum vſumfructum ædium, ſi non altius tollantur. Nullum verbum eſt in ea lege, quo id ſignificetur. Et cum alioqui vſusfructus morte finiatur, dicendum eſt, etiam in ea ſpecie finiri: Immo & amitti quoque, ſi altius tollentur ædes. Neque enim Regulæ Iuris interpretatione noſtra violandæ ſunt, ſed potius tuendæ. Denique, ſi dicatur fruſtra illam conditionem, & modum adiectum, ne altius tollantur ædes, niſi proprietas relicta intelligatur, cùm fructuarius altius tollere non poſſit. Reſpondeo, non raro accidere; ut teſtatores fruſtra aliquid exprimant, & adijciant, quod tacite ineſt, & a lege ſuppletur aut intelligitur. Deinde id efficere teſtatoris modum, & conditionem expreſſam, vt lagatarius vſufructu cadat, ſi altius tollere ædes uoluerit, licet enim alioqui poteſtatem fructuarius non habeat altius ædes tollendi, non tamen iure cautum eſt, ſi ædes altius tollat, eum priuari vſufructu. Atque ita ſentio.

(Margin letters: A beside "prietas relicta", B beside "landæ ſunt")

CAPVT XLIV.

Si prędij vſusfructus fuerit in teſtamento relictus, ea conditione adiecta, vt alienari non poſſit, vtrum proprietas relicta cenſeatur.

C

RVrſus controuertitur; Teſtamento relictus eſt prædij vſusfructus, ea lege, ut alienari non poſſit; vtrum intelligatur proprietas relicta? Affirmant multi ſanè Interpretes, & multi negant, ut videre licet ex Menochio de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſump. 133. num. 3. Omnis cardo in hoc verſatur, quod ſi non proprietas intelligatur relicta, fruſtra uideatur alienandi prohibitio legato inſerta. Cum inter omnes conſtet, vſufructuarium alienare non poſſe rem, cuius vſumfructū habet. Et ideo pro huius ſententiæ confirmatione adducunt l. Proculus, ff. de vſufructu, & quemadmodum quis vtatur de qua in præcedenti capite multa diximus, ut ſicut in ea ſpecie id operatur altius tollendi, prohibitio vſusfructus legato inſerta, vt proprietas intelligatur relicta, ne fruſtra prohibitio inſerta uideatur, neque enim fructuarius altius ædes tollere poteſt; ita etiam in hac ſpecie reſpondendum ſit; id efficere alienationis prohibitionem, ut relicta uideatur proprietas. Sed cùm fundamētū iſtud valde ſit infirmum, ut patet ex his, quæ diſputauimus in præcedenti capite, magis probatur contraria ſententia, nō uideri proprietatem relictam, atque ita hāc rem interpretandam eſſe, ut adiecta eſſe uideatur illa prohibitio a teſtatore in eum modum, quo ſæpè fieri ſolet, ut nō neceſſariæ conditiones, & quæ tacitè inſunt legatis inſerantur, & ut hoc efficiat expreſſa teſtatoris prohibitio, vt ſi alienatio fiat, legatū amittatur. Verba enim legati ad vſufructum, non autem ad proprietatem pertinere manifeſtum eſt, ac proinde non licet ab eis recedere, niſi uoluntatis coniectura ſit in contrarium, perſpicua; non etiamſi & ualde incerta ſit, & aliter, vt uerbis non aduerſetur, commode interpretari queat.

D

CA-

CAPVT XLV.

Si vſusfructus prædij ſit relictus cum facultate illud alienandi, vtrum intelligatur proprietas relicta.

E Contrario controuertitur, ſi legetur prædij vſusfructus, & facultas legatario detur alienandi prædiũ; vtrum proprietas relicta eſſe intelligatur. Tres ſunt Doctorum ſententiæ; Vna relictam cenſeri proprietatem. Secunda, non cenſeri. Tertia, diſtinguẽdum, an libera data ſi facultas alienandi, & tunc proprietas intelligatur eſſe relicta; an verò alienandi arbitrio boni viri, & tunc nequaquam. Vide Menochiũ de præſumpt. lib. 4. in 2 parte, præſumpt. 135. num. 4.

Ego eorum ſententiam magis probo, qui proprietatem legatam videri reſponderunt. Nam, vt quis vſusfructuarius ſit, & ſimul alienandi poteſtatem habeat, cohærere hæc duo non poſſunt. Et cum alienandi poteſtas illi competat, qui rei proprietatem, ac dominium habet, conſequens eſt, vt licet in ſpecie propoſita vſus fuerit teſtator vſusfructus vocabulo, tamen non vſumfructum, ſed proprietatem legare voluiſſe exiſtimandus ſit.

Contraria ſententia longè infirmo nititur fundamento; quia videlicet alienandi poteſtas illi conceſſa eſſe intelligatur, qui eam non habuit: Vſufructuarius autem non habet. Ergo illam acquirit à teſtatore: Cur dubium quin acquirat? Sed inde nos colligimus, eum eſſe legatarium proprietatis, non autem vſusfructus: quoniam vſusfructus naturæ id pugnat. Voluit igitur teſtator, vt rei proprietas ad legatarium ſpectaret, & vſusfructus verbo abuſus eſt.

Diſtinctio verò allata nullum habet firmamentum, ſicut adnotauit optimè Menochius loco proximè citato.

CAPVT XLVI.

Si vſusfructus prædij legetur ea conditione adiecta, vt poſt mortem ſuam illud legatarius alteri reſtitueret, an relicta proprietas intelligatur.

DEnique & illud controuertitur Legauit quis prędij vſumfructum, & à legatario petijt, vt illud poſt mortem ſuam alteri reſtitueret; Vtrum intelligatur proprietas relicta.

Vide Menochium de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſumpt. 135. num. 7. Ego affirmantem ſententiam amplector, niſi teſtator imperitia lapſus, ita dixerit; Quia ſcilicet putauerit vſumfructum morte nõ extingui. Moueor autoritate l. vlt. ff. de vſufructu ear. rer. quæ vſu conſumuntur. Martianus: *Cum pecunia erat relicta Titio, vt poſt mortem legatarij ad Mænium rediret; quamquam adſcriptum ſit, vt uſum eius Titius haberet: proprietatem tamen ei legatam; & uſus mentionem factam, quia erat reſtituenda ab eo pecunia poſt mortem eius, diui Seuerus et Antoninus reſcripſerunt.*

Item autoritate l. ſpecies, ff. de auro & argen. legato; Scæuola: *Species auri & argenti Seię legabit, & ab eo petijt in hęc uerba: A te Seia peto, ut quicquid tibi ſpecialiter in auro & argento legaui, id cum morieris reddas, reſtituas illi, & illis Vernis meis: quarum rerum uſusfructus tibi ſufficiet, dum uiues. Quęſitum eſt, an uſusfructus argẽnti & auri ſolus legatarię debeatur. Reſpondit uerbis, quę proponerentur proprietatem legatam addito onere fideicommiſſi.*

Excepi caſum imperitiæ teſtatoris autoritate l. qui vſusfructus, ff de vſu, & vſuſfructu legato. Papinianus: *Qui fructus prędiorum uxori reliquit, poſt mortem eius prędia cum reditibus ad hęredes ſuos redire uoluit, imperitia lapſus. Nullum fideicommiſſum dicimus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reuerti debere. Etenim reditus futuri, non pręteriti temporis demonſtrari uidebantur.*

A Contraria ſententia eo nititur argumento, quod verba teſtatoris vſusfructus legatum, non autem proprietatis ſignificent. Et ideo iniunctum eſſe videatur onus fructuario, qui bonorum poſſeſſionem habuit, eam reſtituendi. Et in legibus allegatis pro ſententia, quæ proprietatem legatam videri docet, ita reſponſum fuiſſe, quia teſtator proprietatem legauit; ſed quia, vſus, verbum adiecerat, videbatur à priori voluntate receſſiſſe, & reſponſum eſt, non receſſiſſe; ſed proprietatem legatam videri.

Sed quod ad iſtam reſponſionem attinet, ego animaduerto illam non malè ad l ſpecies, ff. de auro & argento leg. accommodari poſſe; quia teſtator ibi reuera legauit ſpecies auri & argenti: deinde vſusfructus verbo, vſus fuit, dicens; *Quarum rerum uſusfructus tibi ſufficiet* & aliquo modo etiam aptari ad l. vltimam, ff. de vſufructu earum rerum, dum ibi dicitur: *Cum pecunia erat relicta Titio*, &c. deinde: *Quanquam adſcriptum ſit,* B *ut eius uſum Titius haberet*, &c.

Sed nihilominus eas leges pro ſuperioris ſententię firmamento rectè adferri cenſeo, quia non in eo vim ponunt, quod prioribus verbis teſtator proprietatem legaſſet; id enim facilè negari potuiſſet, propter ſequentia verba, quibus vſufructus relictus erat; ſed in eo eſt fundamentum poſitum, quod is, cui vtenda & fruenda res relicta erat, eam reſtituere poſt mortem ſuam iuſſus fuit. Sic enim colligitur vſusfructus mentionem factam, non quia legato ſolus vſusfructus contineretur; ſed quia ad inſtar fructuarij vti frui donec viueret legatario concederetur. Quia verò poſt mortem ſuam reſtituere debebat, etiam proprietatem relictam videri Iuriſconſultus exiſtimauit; quoniam non poteſt illud onus reſtituendi conuenire fructuario; Morte enim fructuarij extinguitur vſusfructus, & ideo res ſtatim redit ad proprietatem. Iſtud illis verbis textus indicat in dicta l. vltima: *Et uſus mentionem factam, quia erat reſtituen-* C *da ab eo pecunia poſt mortem eius*, & in dicta l. ſpecies, illis verbis: *Proprietatem legatam addito onere fideicommiſſi.*

Quod autem dicitur verbis legati vſumfructum continen, non inficior. Sed res tota cum omnibus circumſtantijs perpendenda eſt, nempe, legatum eſſe vſumfructum cum onere poſt mortem reſtituendi. Hoc onus facit, vt legatario proprietas relicta videatur cum onere fideicommiſſi, & vſusfructus videatur à teſtatore mẽtio facta, quia res poſt mortem reſtituenda erat à legatario, ut dictum eſt.

Ad extremum, quod ſubijcitur videri fructuarium hoc in caſu iuſſum reſtituere poſt mortem ſuam eã poſſeſſionem, quam adeptus erat, (Eſt autem poſſeſſio naturalis, l. naturaliter, ff. de acquirend. poſſeſſ.) id, inquam, nihil me mouet; Quia etiam in illis caſibus, de quibus loquuntur leges allegatæ, hæc ratio valere poſſet, & tamen reſponſum eſt, legatam videri proprietatem D cum onere fideicommiſſi. Neque enim intelligi hoc poteſt, ut is, qui morte omne ius ammittit, id reſtituendi facultatem habere poſſit. Aliud enim eſt Iuriſconſultus ſubtiliter res intuẽtibus, nihil iuris habere poſt mortem; aliud verò illud, quod habuit reſtitui ab eo alteri oportere. Prior ſpecies repræſentat morte ius finiri ſimpliciter, (& id fructuario maximè conuenit) poſterior non ſimpliciter finiri, ſed alteri reſtituendum, quod proprietario conuenit; Quid enim ſi is, cui poſt mortem reſtituere debet, uel nollet accipere, uel non poſſet, uel conditio deficeret? Certè illud maneret apud grauatum, & hæredes eius l. una, §. ſin autem aliquid ſub conditione, C. de caducis tollend.

CAPVT XLVII.

De vxore relicta vſufructuaria liberis extantibus, atque hæredibus inſtitutis controuerſia, verum intelligantur tantum ei alimenta relicta.

VSu forenſi frequens ea eſt diſputatio, quæ verſatur circa vſumfructum vxori relictum, omnium bonorum liberis hæredibus inſtitutis; vtrum ad alimenta tantum reſtringatur. Latè verò, & copioſe tractatur à Gabrielo, lib. 5. Commun. concluſ. ti. de Vſufructu concl. 2. Mantica de coniecturis vltimar. voluntat. lib. 9. titu. 7. Menoch. de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſumpt. 139 Simone Preto de interpret. vltimar. volunt. lib. 4. dubitatione 10. num. 45. cum pluribus ſequent. Andr. Geyll, lib. 2. Obſeru. 144. Ex quorum ſcriptis nónullæ tractari poſſent controuerſiæ, ſed quoniam eo fundamento nituntur, quod ſanè mihi infirmum videtur; ideo illis poſthabitis, ipſum illud fundamentum aggrediar, in controuerſiam reuocabo, & fortè etiam expugnabo; neque enim tanti Doctorum placita, & opiniones facere ſoleo, vt eas noſtri iuris conditoris præferendas exiſtimem.

Fundamentum, de quo verba facere inſtitui, eſt in quadam conſuetudine poſitum, cuius Bulgarus mentionem fecit; vt ſi filij extent, & à patre hæredes inſtituantur, tunc vſusfructus mulieri relictus ad alimenta tantum reſtringatur. Neque enim credendum eſt, patrem magis conſulere voluiſſe vxori ſuæ, quàm liberis; atque adeo ipſis auferre vſumfructum omnium bonorum, ne videlicet inopia & fame laborarent, vt in §. prohibemus, in Authen de Triente & Semiſſe. Quod maximè dicendum eſt, cùm *Domina & vſufructuaria eſt* relicta, ne teſtator, qui hæredes filios inſtituit, id eſt, dominos eſſe voluit, ſtatim mutata voluntate, eos dominio priuare voluiſſe exiſtimetur.

Exiſtimo hanc ſententiam iuris noſtri autoribus non eſſe conſentaneam, atque adeo ea teſtatoris voluntate verum vſumfructum relictū videri; dominamque cenſeri relictam vxorem, ſcilicet quantum ad ius vtendi & fruendi, donec vixerit, excepta tamē filiorum legitima, cuius, & proprietas, & vſusfructus ad filios ſpectat. Quod ſi alicubi conſuetudo ſit contraria, & ita hoc legatum interpretetur, vt alimenta dumtaxat contineat; tūc ſeruanda illa erit, quatenus legitimè introducta apparebit. Hoc enim ego contendo, illam iuri noſtro repugnare. Vtor autem argumento ex ipſa verbi natura, & ſignificatione petito, nempe *Vſusfructus*, qui ſanè, vt ad alimenta tantum referri debeat, neque ex libris noſtris, neque ex alij animaduerto: Et quidem integer extat titulus de vſufructu mulieri relicto, C. ſi ſecundo nupſerit mulier, &c. & agitur de eo etiam in Authen. de nuptijs, & alibi, & tamen nullibi hæc interpretatio Bulgarina continetur. Et quod me maxime mouet, Imperator Iuſtinianus in Authent de Triente & Semiſſe, §. prohibemus, eos reprehendit partes, qui vxori rerum ſuarum vſumfructum relinquunt, quia videntur auferre ſuis filijs alimenta, & prohibet deinceps relinqui; quia vult legitimæ portionis proprietatem ſimul, & vſumfructum ad filios pertinere; quæ ſanè reprehenſio, & querela, non erat neceſſaria, ſi vſusfructus vxori non debeatur, ſed tantum alimenta. Audiamus verba Iuſtiniani, vt res clarius demonſtretur: *Prohibemus autem, & illud graue exiſtens, & habens quidem aliquam legalem occaſionem, in duram tamen incidens crudelitatem, & amaritudinem* (Nulla ſanè erit crudelitas, amaritudo nulla, ſi ad alimenta tantum reſtringatur, vt patet) *Nouimus enim aliqua teſtamenta ſecundum quę morientes non paternè, nec ut viros oportebat; ſed nimis molliter atque remiſſe fecerunt inſtitutiones. Vxoribus ſiquidem omnem dereliquerunt verū ſuarum vſumfructum: filijs autem proprietatem nudam* (Nulla eſſet opus reprehenſione, ſi ad alimenta tantum

A reſtringatur. Nec dici poterit proprietas nuda filijs eſſe relicta) *Quamobrem arbitror ſtudium eſſe huiuſmodi teſtamentis, vxoribus etiam proprietatem adquirere filijs forte fame peremptis* (Hæc ratio ceſſat, ſi de alimentis accipiatur) *Vnde enim etiam in medio gubernentur, & quotidianum habeant cibum nihil eis derelicto, uxoris ıure forſitan, & irrationabili intercedente, quod eis etiam quotidianam gubernationem arripiat?* (Et hæc ratio etiam nulla eſt, ſi recipiatur illa interpretatio) *Non licebit igitur de cætero ulli omnino filios habenti tale aliquid agere: Sed modis omnibus eis huius legitimę partis, quā nunc deputauimus, & uſumfructum inſuper, & proprietatē relinquere, ſi vult filiorū non repente fame morientiū, ſed uiuere ualētiū uocari pater:* Res ſanè perſpicua eſt, proinde alia non adijcio, ne in re clara ſim nimius; Et ſic eam teſtatoris diſpoſitionem accipio, atque interpretor, ut excepta filiorum legitima, in reliquis bonis vſusfructus ad vxorē pertineat, ac proinde his repugnantem ſententiam, ac interpretationem valere iubeo. Conſuetudine, ſi quę eſt in loco, manente in ſuo robore.

B

CAPVT XLVIII.

Legatum dotis vel pro dote relictum puellæ certæ ab extraneo, an ſit purum, uel conditionale.

NOn videtur mihi admodum difficilis hæc quæſtio, licet enim controuerſia ſit, vt patet ex Mantica de coniecturis vltimar. voluntat. lib. 11. tit. 21 & ex Menoch de præſumpt. lib. 4. in 2 par præſumpt. 546. ſatis tamen diſerte deciditur in l Titio centum, §. Titio genero, ff. de cond & demonſt. Nam cùm Papinianus ibi dicat: *Ante nuptias Titio uel muliere defunctis* (quibus dotis nomine centum dare hæres damnatus erat) *legatum apud hęredem manere*, ſatis apertè indicauit, non eſſe purum eiuſmodi legatum, ſed ſub conditione: quia purum legatum ad hęredes tranſmittitur, non conditionale, l. vna, §. ſin autem aliquid, C. de caduci. C tollen. Idem iuris eſt in legato, quod ſub modo fieri dicitur; etſi enim caſu fortuito modus non adimpleatur, legatum tamē debetur, l. ſi fundum per fideicommiſſum, §. primo, aliàs eſt l ſi Titio, de leg. 1. l pater, § Tuſculanus, de leg. 2.

Hic accedit text. in § ſed hoc præſenti, in Authen. de ſanctiſſ Epiſcop. ibi: *Si quis forte ſub conditione nuptiarū ſiue liberorum, ſiue dotis cauſa ſiue antenuptialis donationis donauerit, ſiue reliquerit ſuis liberis, ſiue alijcuicunque perſonę hęreditatem, aut ab initio pure relinquens eis*, &c. Quibus verbis apparet, dotis cauſa relictum, non intelligi purè relictum, ſed ſub conditione.

Quæ ſanè interpretatio ac ſententia euidenti ratione confirmatur. Nam dos ſine matrimonio eſſe nō poteſt, l. 3 ff. de iure dotium, l. vltima, C. de donat. ante nuptias. Ergo vt dotis cauſa, ſeu nomine pecunia relicta præſtetur, matrimonium contrahatur neceſſe eſt: Et ideo promiſſio dotis tacitam conditionem habere dicitur, ſi nu- D ptiæ ſequantur, leg. promittendo, ff. de iure dotium, ſtipulationem, leg. dotis, ff eodem. Et ideo ſcribit Vlpianus: *Si ego Seiæ res dedero, vt ipſa ſuo nomine in dotem det, efficientur eius, licet non in dotem ſint datę, ſed conditione tenebitur*, l. ſi ego, ff eod.

Primum argumentum contrariæ ſententiæ eſt ex l. qui filium, ff vbi pupillus educari debeat. Iulianus: *Qui filium hæredem inſtituerat filię dotis nomine, cùm in familia nupſiſſet, ducenta legauerat, nec quicquam præterea; & tutorem ei Sempronium dedit: Is agnatus, & propinquus pupillæ perductus ad magiſtratus iuſſus eſt alimenta pupillæ, & mercedes ut liberalibus artibus, inſtitueretur, pupillæ nomine præceptoribus dare: pubes factus pupillus puberi iam factæ ſorori ſuæ ducenta legati cauſa ſoluit*, &c.

Reſpondeo, puberem factum filium ſponte, nō quod obligatus eſſet, ſoluiſſe: neque enim antequam nuberet,

beret, tenebatur ſoluere; quia ſub conditione apertè legauerat, cum ſcilicet in familia nupſiſſet, nec ea de re Iuriſconſultus ibi reſpondit, ſed obiter, & ad alium finem narrauit filium ſoluiſſe; quare nihil ad rem noſtram facit.

Secundum argumentum eſt, quia quoties legati cauſa commodum reſpicit legatarij, tunc non inducit conditionem, ſed modum, l. Titio centum, § 1. ff. de condit. & demonſtr. ſed talis hæc eſt cauſa; reſpicit enim puellæ commodum, vt nubere poſſit. Ergo, &c.

Reſpondeo, in d. l. Titio centum, § 1. non probari, quod aſſeritur; quia Iuriſconſultus appellat illam conditionem: *Titio centum relicta ſunt*, inquit, *ita vt Maniam vxorem, quę uidua eſt, ducat. Conditio non remittetur*, &c. Propoſitio tamen illa probari poteſt ea eadem lege, in principio: *Titio*, inquit, *centum ita, ut fundum emas, legata ſunt, non eſſe cogendum Titium cauere, Sextus Cæcilius exiſtimat: quoniam ad ipſum dumtaxat emolumentum legati rediret*, &c.

Reſpondeo, legati cauſam in hac ſpecie noſtra non reſpicere tantum ipſius legatarij emolumentum, immo verò etiam futuri mariti, immo & Reipublicæ, cuius intereſt mulieres eſſe dotatas, & nubere, l. 1. ff ſol. matr. Et conſequenter argumentum ceſſat.

Tertium argumentum eſt, quia dictio *Pro*, non importat conditionem, ſed cauſam ſignificat, c. cum olim, de cenſib cap. in noſtra, de iniur. vel denotat modum, l. Lucius, § peto, de leg. 2. l. ſi quis pro redemptione, C. de donationibus.

Reſpondeo, non ex vi dictionis illius conditionem induci in hoc legato dotis, ſed ex natura eius; quia dos ſine matrimonio eſſe non poteſt, vt dictum eſt, & ideo dos relicta ita debetur, ſi matrimonium fuerit ſecutum, quod nihil eſt aliud, quam ſub conditione deberi ipſius matrimonij futuri.

Quartum argumentum eſt ex d. l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de condit. & demonſtr. in illis verbis *Sed cum ante nuptias (quia purum legatum eſt) peti poteſt*. &c. Quibus verbis patet eiuſmodi legatum purum eſſe.

Reſpondeo, non eum eſſe illorum verborum ſenſum, quod legatum nomine dotis, de quo in principio §. fit mentio, purum ſit: id enim purum non eſſe, ſed ſub condition, ſatis ex eo probatur, quod textus poſtea dixit, *ante nuptias Titio uel muliere defunctis legatum apud hæredem manere*; ſed ſenſus eſt, ſi legatum ſit purum, hoc eſt, ſine mentione dotis & nuptiarum, tunc cautionem neceſſariam eſſe. Itaque in illis verbis non agit Iuriſconſultus de ea ipſa ſpecie, de qua in principio agit, ſed ponit aliam ſpeciem, cum uidelicet legatum purum eſt, & tunc reſpondit circa cautionem, vtrum ſit neceſſaria.

CAPVT XLIX.

Si legetur puellæ ſub conditione, ſi fuerit matrimonio copulata Seio; vtrum legatum debeatur contractis nuptijs, ante copulam carnalem.

LEgatum in propoſita ſpecie non deberi ante copulam carnalem, reſpondit Baldus in conſilio 200. In cauſa iſta conſiderandum eſt. libro 3. quem ſecutus eſt Rolanda Valle, de lucro dotis, quæſt. 108. nu. 3. eo argumento, quod teſtator videatur de matrimonio intellexiſſe, quod perfectum, & conſummatum fuerit, & ſic de matrimonio, quod effectum habuit, quod ex carnis coniunctione potiſſimum euenit, argumento text. in ca. vlt de conuerſ. infidelium. ibi: *Ac ex hoc legitima coniunctio maris & fœmina magis matrimonium, quam patrimonium nuncupetur.*

Cæterum, contrarium reſpondit Vlpianus, in l. cum fuerit, 25. ff de cond. & demonſtr. ſic dicens: *Cum fuerit ſub hac conditione legatum; ſi in familia nupſiſſet, videtur impleta conditio ſtatim atque ducta eſt uxor, quam-*

A *uis nondum in cubiculum mariti uenerit: Nuptias enim non concubitus, ſed conſenſus facit.*

Sed dices, non hæc eſt ſpecies Baldi, quia teſtator alijs verbis vſus eſt in ſpecie Baldi, nempe, *ſi per matrimoniũ copulabitur Seio*. Sed quid aliud eſt per matrimonium copulari, quàm nubere, matrimonium inire, contrahere cum Seio? Itaque ſumma ratione Baldi reſponſum improbatum eſt a multis, quos Menochius refert, & ſequitur, de præſumpt lib 4. in 2. par præſumpt. 148. num 9 & ſequen. niſi apparuerit eam fuiſſe mentem teſtatoris, vt matrimonium concubitu etiam conſummatum eſſet.

CAPVT L.

In legato vſusfructus habeatnè locum ius accreſcendi inter coniunctos uerbis tantum?

B SI Titio & Mænio æquis portionibus vſusfructus legetur, iuri accreſcendi inter eos locum non eſſe exiſtimo, autoritate nixus Papiniani, in l. penul. ff. de vſuſfructu accreſc *Cum ſingulis ab hęredibus ſingulis eiuſdem rei vſusfructus legatur, fructuarij ſeparati uidentur non minus, quam ſi æquis portionibus duobus eiuſdem rei fructus legatus fuiſſet unde fit, ut inter eos ius accreſcendi non ſit.* Hactenus ille. Rationem hanc adfert Duarenus, libro primo, de iure accreſcen. capitulo decimo, in fine quia cum vnaquæque vſusfructus pars hæreat perſonæ, cui adſcripta eſt a teſtatore, deficiente perſona, finitur, & ad proprietatem redit, §. finitur, in Inſtitut. de vſufructu.

Atque ita reſponderunt præter Duarenum loco annotato, Petrus Belatius, ad l. re coniuncti, de leg. 3 nume. 33. Crotus ibidem, numero 44. Politus, numero 46. Ripa, num. 69. Vaſquius de ſucceſſionum creatione, libro 1. §. 10 num. 128.

C Sed contrarium reſponderunt multi alij, quos iſti referunt, quibus accedant & alij, quos refert & ſequitur Menochius de præſumpt. lib. 4. in ſecunda parte, præſumpt. 159. nu. 7. Fundamentum ponunt in l. 1. ff de vſufructu accreſcendo Vlpianus: *Quoties vſusfructus legatus eſt, inter fructuarios eſt ius adcreſcendi, ſi coniunctim ſit vſufructus relictus. Cęterum, ſi ſeparatim vnicuique partis rei vſusfructus ſit relictus, ſine dubio ius adcreſcendi ceſſat.*

Si locus eſt iuri accreſcendi, quoties coniunctim vſusfructus legatus eſt, igitur inter eos locus erit, qui verbis coniuncti ſunt. Reſpondeo, Vlpiani verba eſſe accipienda de coniunctis re, & verbis, aut re tantum, cum ſcilicet totus vſusfructus ſingulis relictus eſt, partes autem concurſu fiunt. Interpretationem iſtam probo primò ex l coniunctim, de leg. 3. *Coniunctim hæredis inſtitui aut cõiunctim legari* (inquit Celſus) *hoc eſt, totam hæreditatẽ, et tota legata eſſe ſingulis data, partes autem concurſu fieri.* Secundò ex eodem Vlpiano, in l. 4. ff eod. tit. illis verbis
D *Toties ius adſcribendi eſſe, quoties in duobus, qui in ſolidũ habuerunt, concurſu diuiſus eſt.* Hoc autem accidit inter eos, qui re, & verbis, aut re tantum, ſunt coniuncti; non autem inter eos, qui verbis tantum.

Rurſus probo ex d. l pen vbi diſertè. Papinianus indicat, non eſſe locum iuri accreſcendi inter eos, quibus vſusfructus æquis portionibus eſt relictus.

Reſpondet Menochius poſt Ripam hoc modo: *Cęterum reſpondet Ripa, in d l re coniuncti, nu 68 ibi nullo modo fuiſſe coniũctos: non verbis, quia erant ſeparatim vocati Non etiam re; quia partes cenſentur ab initio facta pro portionibus ipſis hęreditatis ipſorum hæredũ, à quibus erat relictũ, iuxta l. cui fundus, ff de cond. & dem* Hactenus ille.

Hæc reſponſio mihi non probatur, quia textus loquitur de his, qui uerbis ſunt coniuncti. Sic enim ait: *Non minus, quam ſi æquis portionibus duobus eiuſdem rei fructus legatus fuiſſet* Iſti aut dicuntur verbis coniuncti, vt notum eſt, inter quos ius accreſcẽdi locum habere in

vſufructu manifeſtè Papinianus indicat; & huic coniun A ctioni illã æquiparat, de qua nominatim quærebatur, cũ videlicet ſingulis ab hæredibus ſingulis eiuſdẽ rei vſus fructus legatur. Nam quia relictus cenſetur pro portionibus hæreditarijs ſingulorum hæredum, idcirco ait ius accreſcendi ceſſare, quia fructuarij ſeparati ſunt non minus, quàm ſi æquis portionibus duobus eiuſdem rei fructus legatus eſſet: tunc enim quilibet diuerſam ac ſeparatam portionem haberet, ſiue in oratione ſeparata relinquatur, ſiue in eadem oratione, vt patet.

CAPVT LI.

Si tutori vel adminiſtratori legetur; quicquid apparebit eum debere ob tutelam, vel aliam adminiſtrationem, vtrum eo legato comprehendatur etiam id, quod debet ex doloſa adminiſtratione.

VLpianus: *Si quis rationes exigere vetetur (vt eſt ſæpiſſimè reſcriptum) non impeditur reliquas exigere,* B *quas quis ipſe reliquauit; etſi quid dolo fecerit, qui ratione geſſit. Quod ſi quis & hac velit remittere, ita debet legare. Damnas eſto hæres meus quicquid ab eo exigerit hac vel illa ratione, id eſt reſtituere, vel actionem ei remittere,* l. ſi quis 19 ff. de lib legata

Iulianus: *Quidam decedens filijs ſuis dederat tutores, & adiecerat, eosq; alogiſtas eſſe volo. Et ait Iulianus, tutores niſi bonam fidem in adminiſtratione præſtiterint, damnari debere; quamuis teſtamento comprehenſum ſit, vt alogiſtæ eſſent: nec eo nomine ex cauſa fideicommiſſi, quicquã conſequi debebunt, vt ait Iulianus & eſt vera iſta ſententia Nemo enim in publicum remittere poteſt huiuſmodi cautionibus, aut mutare formam antiquitus conſtitutam: Damnum verè quodcunque ex tutela quis ſenſerit, & legari, & per fideicommiſſum ei relinqui poteſt,* l. quidam decedens, ff. de admin. tutor.

Harum legum autoritate controuerſia oritur; an tu- C tor, ſeu alius adminiſtrator ex doloſa adminiſtratione poſſit conueniri, quoties ei legatur quicquid ex adminiſtratione futura eum debere conſtiterit. Autores diligenter commemorat Menochius, de præſumpt lib. 4. in 2 par. præſumpt. 164. num. 7. & 8. Et qui affirmant adminiſtratorem nihilominus teneri, primam partem dictarum legum perpendunt, qua cauetur dolum futurum remitti non poſſe tutori ſeu adminiſtratori, ne ſcilicet occaſio delinquendi præbeatur.

Qui vero negant, adminiſtratorem teneri, & conueniri poſſe, verba poſteriora conſiderãt, quibus dicitur legari poſſe damnum, quod ex tutela quis ſenſerit, vel damnari hæredem poſſe ad reſtituendum id, quod *hac vel illa ratione* (ſcilicet doloſam ob adminiſtrationem) exegerit, aut ad actionem remittendam adminiſtratori.

Sed hoc poſtremum argumentum nullius mihi videtur eſſe momenti; quia exiſtimo in vtraque lege Iuriſ- D conſultum loqui de legato eius, quod debetur ex præterita adminiſtratione, non ex futura, vt ea ſit ſententia; non poſſe quidem ita tutorem a rationibus liberari, vt non teneatur, ſi dolo egerit, & bonam fidem in adminiſtratione non præſtiterit; ſed tamen poſſe ei damnum legari, vel per fideicommiſſum relinqui, quod iam quis ſenſit, ex adminiſtratione facta: vel, ſi aliquid exactum ab eo eſt, eam ob cauſam, vt reſtituatur, mandari, aut etiam actionem ipſam in teſtamento remitti. Dolus enim præteritus remitti poteſt, non autem futurus, l. ſi vnus, § pacta, ff. de pactis.

Vt, inquam, huius ſim ſententiæ, duo faciunt argumenta. Primum eſt, quia Iuriſconſultus dicit in d. leg. quidam decedens, *neminem ius publicum remittere poſſe huiuſmodi cautionibus*: Videretur autem remittere poſſe, ſi tutores liberare poſſet ab omni ratione adminiſtrationis, etiam non bona fide geſta, quia occaſio delinquẽdi præberetur. Sed eadem occaſio delinquendi præbe- A retur, atque adeo ius publicum læderetur, ſi legari poſſet futuro adminiſtratori, quicquid ex mala & doloſa adminiſtratione deberet: ſic enim eſſet idem, ac ſi a dolo futuro liberatus eſſet, atque ab omni ratione adminiſtrationis, licet dolo factæ Ergo non poſſunt dictæ leges intelligi de legato eius, quod debetur ex futura adminiſtratione, ſed intelligi debent de eo, quod debetur ex præterita adminiſtratione.

Alterum eſt argumentum ex l. iuriſgentium, § ſi paciſcar. ff. de pactis, in illis verbis: *Et generaliter quoties pactum a iure communi remotum eſt, ſeruari hoc non oportet, nec legatum, nec iuſiurandum de hoc adactum, ne quis agat, ſeruandum.* Sic enim habent omnes Codices, & hanc lectionem retinendam eſſe probat Cuiacius lib. 4. Obſeruat. cap. 24.

Si igitur legatum non ualet contra ius commune, veluti, ne quis furti agat; vel iniuriarum, ſi fecerit: non ualebit etiam legatum, de quo agitur, ne quis agat aduerſus tutorem, neque ab eo quidquam exigat, etiam ſi do- B lo fecerit. Id enim eſt contra ius commune, vt patet.

Atque eò pertinent hæc argumenta, vt demõſtretur legatum, ſi fiat in eum modum, non ualere. Sed in propoſita ſpecie illud etiam amplius accedit argumentum, quod generali oratione illa teſtatoris, non uidetur dolus adminiſtratoris includi, argum l. creditor, §. Lucius, ff. mandati, & l. ſi pater, ff. quæ in fraudem credit.

CAPVT LII.

Si teſtator ita dixerit, lego Sempronio, quod Caio legaui vtrum uideatur Caio adimere legatum.

CElebris eſt controuerſia inter Bartolum, & Dynum, de qua poſt ueteres Interpretes in l. re coniuncti, de leg. 3. nouiſſimè diſputant prolixè accuratèque Mantica, de Coniecturis vltimar. uolunt. lib. 12. tit. 4. Menoch. de præſumpt lib. 4. in 2. par. præſumpt. 175 C num. 9. Si teſtator ita dixerit: *quod Caio legaui, Sempronio lego.* vtrum videatur Caio legatum adimere: an verò ſimul ad illud inuitare Caium & Sempronium, eoſque ſaltem coniungere eadem re legata, vt ſic vnuſquiſque concurſu partem dimidiam conſequatur. Affirmat Bartolus coniungi, non autem adimi legatum Caio Negat Dynus, & docet legatum prorſus Caio adimi, atque in Sempronium transferri. Vterque magni nominis. Interpres multos habet adſtipulatores, tam veteres, quàm recentiores. Ego me Dyno ſuffragatorem paro, a quo ſtare Caium, Iuſtinianumque animaduerti. Caius in l. 4. ff. de adimen. legat. *Sicut adimi legatum poteſt, ita & ad alium transferri, veluti hoc modo: Quod Titio legaui id Seio do, lego. Quæ res in perſonam Titij tacitã ademptionem continet.*

Iuſtinianus de adempt. legator. in Inſtit. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium poteſt: veluti ſi quis ita dixerit: Hominem Stichum, quem Titio legaui, Seio do, lego* D *ſiue in eodem teſtamento, ſiue in Codicillis hoc fecerit: quo caſu ſimul & Titio adimi uidetur, & Seio dari.*

His teſtimonijs quid clarius, firmius, illuſtrius? Mitto nugas recenſere, quæ pro reſponſione adſeruntur. Refelluntur a Menoch. nullo negocio, nec ſunt relatu digna.

Pro ſentẽtia Bartoli adfertur primò l. ſi pluribus. de legatis 1. in illis verbis: *Quod ſi ſeparatim ſi quidem euidentiſſime apparuit ademptione a priore legatario facta, ad ſecundum legatarium teſtatorem conuolaſſe, ſolum poſteriorem ad legatum peruenire placet: Sin autem hoc minimè apparere poteſt, pro uirili portione ad legatum omnes uenire.* ſcilicet, &c.

Reſpõdeo, in ſpecie nobis propoſita euidentiſſimè apparere, ademptione a priore legatario facta, ad ſecundũ legatarium teſtatorem conuolaſſe. Atteſtantur id Caius, & Iuſtinianus, dum dicunt: *Simul & Titio adimi, & Seio dari: & in perſonam Titij* (prioris legatarij) *tacitam ademptionem continere.*

Secundò

Secundò adfertur textus in l. quod ſi alij, ff. de adim. legatis. Vlpianus: *Quod ſi alij legetur ſub conditione, quod alij purè legatum eſt, non plenè receſſum videtur à primo; ſed ita demum, ſi conditio ſequentis extiterit.*

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Nam cum vni legatur ſub conditione id, quod alteri purè legatum eſt, in vtroque legatum conſiſtit: quia niſi conditio eueniat, non videtur priori legatario ademptum. Quod ſi conditio extiterit, ademptum videtur. Ergo idem, quando nulla conditio adijcitur, & ſic quod vni purè legatur, alteri ſimiliter purè legatur; tunc enim priori videtur ademptum.

Tertiò adfertur textus in §. ſi eadem, Inſtitut. de legatis: *Si eadem,* inquit, *res duobus legata ſit, ſiue coniunctim ſiue diſiunctim, ſi ambo perueniant ad legatum, ſcinditur inter eos legatum; ſi alter deficiat, quia aut ſpreuerit legatum, aut viuo teſtatore deceſſerit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti ſi quis dicat: Titio & Seio hominem Stichũ do, lego. Diſiunctim ita: Titio hominem Stichum do, lego. Seio hominem Stichum do, lego.*

Reſpondeo, hęc eſſe diſſimilia. Aliud enim eſt dicere: *Titio hominem Stichum do, lego Seio hominem Stichum do, lego.* Aliud vero, quod Titio legaui Caio lego: ſiue Stichum, quem Titio legaui, Seio lego. Priore caſu dicuntur eſſe re coniuncti legatarij, & ambo ad ſolidum vocari, & ſic concurſu partes faciunt; Poſteriori autem non ſunt coniuncti, ſed tacitè vni ademptum legatum eſt, & in alterum tranſlatum.

Quartò, adfertur l. Iulianus, ff. de hæred. inſtit. Vlpianus: *Iulianus quoque libro 30. refert: ſi quis ita heredes ſcripſerit, Titius ex parte dimidia heres eſto, Seius ex parte dimidia: Ex qua parte Seium inſtitui, ex eadem parte Sempronius heres eſto: dubitari poſſe vtrum in tres ſemiſſes diuidere voluerit hereditatem, an verò in unum ſemiſſem Seium & Sempronium coniungere, quod eſt verius. & ideo coniunctim eos videri conſtitutos ſic fiet ut Titius, ſemiſſem, hi duo, quadrantes ferant*

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Nam cum dicit teſtator; *quod Titio legaui, Caio do, lego*, verba referuntur ad rem ipſam legatam, quæ ſecundum communem vſum loquendi ademptionem ſignificant. At cum dicit; *Ex qua parte Seium inſtitui, ex eadem parte Caius heres eſto*, verba referuntur ad partis aſſignationem; Vult enim teſtator ambos eſſe hæredes, vt ſcilicet concurrant ſinguli pro dimidia. Atq; idem eſſet dicendũ, ſi teſtator diceret; *Titio dimidiam lego, quam partem Seio legaui*, hic enim concurrerent, cum verba referantur ad partis aſſignationem. quæ reſponſio eſt Duareni, in dict. l. ſi pluribus, de leg. 1.

CAPVT LIII.

Ad interpretationem Nouellæ Iuſtiniani de reſtitutionibus.

CVm quis rogatus eſt, per fideicommiſſum reſtituere, quicquid ex hæreditate ſupererit, poteſtatem habet bona fide, non autem animo interuertendi fideicommiſſum, omnia alienandi, ſi prudentum reſponſa ſpectentur, l. Titius, ff. ad Trebellian. Cæterum, à Iuſtiniano in Nouella, de Reſtitutionibus, aliter eſt conſtitutum: Sic enim ſtatuit, vt quartam partem hæres grauatus fideicommiſſario reſtituere teneatur, reliquo autem dodrante, ſicut voluerit, vti poſſit. Sed controuerſia eſt, quomodo id accipiendum ſit; vtrum dodrantem hæres abſq; vlla cauſa alienare poſſit. Aliquibus enim viſum eſt interpretibus poſſe, aliquibus non poſſe: alijs diſtinguendum, vtrum alienatio dolo fiat, ſcilicet cauſa euertendi fideicommiſſum, & id conſtet, & tunc non valeat; an verò dubium id ſit, nec appareat factam fuiſſe alienationem cauſa euertendi fideicommiſſum, & tunc valeat, & promiſſa ſit. Vide Menochium in conſilio 334. nume. 60. A lib. 1. & de præſumptio. lib. 4. in ſecunda parte præſumpt. 186. num. 12.

Ego vero omnem hanc diſputationem definiri à Iuſtiniano ſatis diſertè in eadem Nouella affirmare nõ dubito. Sic enim ait; *Sancimus uſque ad Falcidiam ſolum ſuę inſtitutionis neceſſitatem habere ſeruare eum, qui oneratus eſt fideicommiſſi reſtitutione: & non poſſe aliquid penitus ex illa minuere ſufficiens exiſtens: ſed hęredi quidem ſuperſint tres partes, illi autem quartę ſoluti relinquatur ratio. Non enim concedimus ei, qui grauatus eſt etiam donationibus uti aliquibus & forſan ex ſtudio, quod Papinianus dicebat interuertendi fideicommiſſi cauſa, ut etiã quarta minuatur inſtitutionis eius ſed hoc omnino relinquere fideicommiſſum alijs omnibus in eius poſitis poteſtate, & licẽtiam habere cum iis, ſicut voluerit uti quemadmodum perfectis dominis competit.*

His verbis Iuſtinianus mandat quartam partem integram reſtitui fideicommiſſario, prohibetque eam minui, vel donationibus, vel alijs cauſis, præſertum ex ſtudio B euertendi fideicommiſſum. Deinde reliquas tres partes hæredi grauato libertè aſſignat, vt ſicut voluerit, eis vti poſſit, tanquam perfectus dominus. Igitur donarę poſſit tres illas partes grauatus hæres, eiſque vti, ſicut voluerit, etiam animo ſeu ſtudio fideicommiſſum interuertendi. Hoc enim diſcrimen eſt conſtitutum ab Imperatore inter ipſam quartam fideicommiſſario reſtituendam, & cæteras partes, vt illa minui non poſſit donationibus, vel alijs modis ſtudio euertendi fideicommiſſum, cæteræ autem partes poſſint. Itaque non de ſingulis verbis diſputare oportet, ſed tota orationis ſeries contemplanda eſt illius conſtitutionis: ſic enim apparebit controuerſiam iſtam planè definitam eſſe. Atque ita mihi videtur.

CAPVT LIV.

C *Si teſtator legauerit puellæ, ſi nupſerit, mille, ſin autem Monaſterium fuerit ingreſſa, ducenta; an ſi Monaſterium ingreſſa fuerit, mille conſequi valeat.*

ANtiqua, & peruulgata hæc eſt controuerſia. Si teſtator puellæ, ſi nupſerit, mille legauerit; ſi autem Monaſterium ingrediatur, ducenta; vtrum ſi Monaſterium ingreſſa fuerit, mille poſſit conſequi: affirmaut Bartol. ad l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nomi. Negat Bald. in Authent. Niſi rogati, C. ad Trebellian. Alios vtriuſque ſententiæ ſectatores collegit Antonius Gabrielius, libro quarto, commu. concluſ. tit. de legatis, concluſ. 2. Negantis ſententiæ fundamentum eſt in voluntate clara teſtatoris. Affirmantis illud eſt, ne puella à voto Religionis, & vitæ contemplatiuæ remoueatur, argumento textus in § Sed & hoc præſenti, in Authent. de Sanctiſſ. Epiſcop. Reſpondent contrariæ ſententiæ autores, illud argumentum locum habere, quoties teſtator nihil puellę D legat, ſi Monaſterium ingrediatur: tunc enim, etſi ſub cõditione nuptiarum, uel dotis cauſa leget, nihilominus legatum debetur, etſi non nubat, ſed Monaſterium ingrediatur, vt conſtituit Imperator Iuſtinianus in dict. § ſed & hoc præſenti. Cæterum in præſenti ſpecie teſtator leget puellæ ducenta, ſi Monaſterium ingrediatur, quare & voluntas teſtatoris eſt certa, & ſimul declaratur, quid, & quantum puellæ debeatur, ſi Monaſterium ingredi velit: quam ſpeciem Imperator non attingit in dicta Conſtitutione. Reſponderi poſſet, ſi cum nihil eſt legatum puellæ Monaſterium ingredienti, totum habere debet: quod ſub conditione nuptiarum ei eſt relictum, vt in ea conſtitutione cauetur. Ergo, ſi aliquid ſit ei relictum, multo magis illud petere, & præterea ſupplementum vſque ad quantitatem ſub conditione nuptiarum relictam conſequi debebit. Non videtur enim eſſe ratio differentiæ. Immò maior ratio pro legatario. Sed noſtrum non eſt officium, ita leges interpretatione extendere, ut ſpeciem

ciem diſſimilem contineant. Eſt enim hoc nouam potius legem condere. Diuerſitatis ratio illa eſt; quod in propoſita ſpecie, puella peteret repugnante teſtatoris voluntate, duplicem ob cauſam; Prima, quia mille legauit, ſi nuberet. Secunda, quia ducenta legauit, ſi Monaſterium ingrederetur. Quod vero Iuſtinianus ſtatuit, in eo duntaxat teſtantis voluntatem offendit, quod nuptiarum conditioni non ſatisfacit. Sed religionis fauor, & caſtitatis merito facit, vt inſuper haberi conditio debeat.

CAPVT LV.

Ad l. filia legatorum, C de legatis, diſcutitur controuerſia inter Oldradum, & Dynum de patre, qui filiæ ſuæ pro dote legauit CCCC. deinde eam elocauit viuens dote conſtituta, & numerata ducentorum aureorum, vtrum filia reſiduum ex legato petere poſſit.

IMperator Alexander in l. 11. C. de legatis: *Filia legatorum*, inquit, *non habet actionem, ſi ea, quæ ei in teſtamento reliquit, viuus pater poſtea in dotem dedit.* Sed vetus eſt controuerſia inter Oldradum, & Dynum. Pater quadringenta dotis nomine reliquit, Poſtea viuus ducenta in dotem dedit; vtrum filiæ ad reſiduum petendum actio competat.

Oldradus competere affirmabat, Dynus id negabat. Bartolus vero diſtinguebat, vt ſi pro dote, ſeu dotis nomine relicta ſint in teſtamento quadringenta, tunc reſiduum petere poſſit filia: ſecus ſi pro ea maritanda pater relinquat, quia ſi minori quantitate in dote data, matrimonio tradita ſit, legati reſiduum petere non poteſt. Cæterum Baldus, Caſtrenſis, Iaſon, Corneus, & cæteri communiter in Commentarijs dict. l. filia legatorum, ſententiam Oldradi amplexi ſunt, ſed Dyni ſententiam defendit Campegius, de Dote, par. 1. q. 36.

Ego probabiliorem eſſe puto Oldradi ſentẽtiam duabus potiſſimum rationibus. Prima, quia fundata eſt intentio filiæ in teſtamento, in quo legatum continetur, ad quod petendum, & conſequendum actionem dari palam eſt; Ergo, ſi filia egerit, & opponatur exceptio illa: Patrem inter viuos ei dotem dediſſe; Et ideo non poſſe eam petere legatum, replicabit illa, ſe non accepiſſe à patre totam quantitatem Teſtamento relictam. Altera eſt ratio quia cur legatum peti non poſſit, ſi pater ea, quæ legauit, viuens in dotem dederit, illud in cauſa eſſe intelligitur, quoniam legatum tacitè ademptum videtur ex defuncti patris voluntate. Nam legata ex coniectura voluntatis tacitè adimi poſſunt, l. 4. ff. de adim. leg. Hæc autem eſt fortis coniectura voluntatis, quia pater dedit filiæ id, quod ei legauerat. Ergo, ſi partem duntaxat dederit, & non totum, quod teſtamento reliquit; deinde non mutato teſtamento decedat, certè nec reuocatum pro illa parte, quæ ſoluta non eſt, intelligi poteſt. & magna eſt coniectura, & præſumptio patrem voluiſſe, vt præter dotem datam reſiduum quoque, quod legato continetur, filia conſequatur.

CAPVT LVI.

Ad l. cum filiofam. de leg 1. controuerſia circa vltimæ voluntatis patris ſententiam.

PApinianus ita ſcribit in l. 11. de legat. 1. *Cum filiofamilias, vel ſeruo alieno legatum, vel hęreditas datur, fideicommitti patri, vel domino poteſt, ac tum demũ ex perſona ipſorum fideicommiſſum vires capit, cum ipſis, per quos commodum hereditatis vel legati, patri, dominovè quęritur, fideicommiſſum hereditatis relinquitur. Denique*

A *Iulianus non inſubtili ratione motus, patrem, cuius filius hęres inſtitutus eſſet, extero quidem, habita ratione legis Falcidiæ reſtituere hęreditatem reſpondit, quoniam ex perſona filij teneretur: Ipſi uerè filio non admiſſa Falcidia: quia ex perſona ſua ſibi filius obligari non poſſet, ac pater non vt hęres, ſed vt pater rogari videretur. Et ideo, ſi filio rogatus ſit pater poſt mortem ſuam, quod ad ſe peruenit ex legato, vel hęreditate filio relictũ, reſtituere; iſq; viuo patre decedat, omnino patrem id retenturum, quoniam fideicommiſſum ex perſona patris vires acceperit.*

Poſterioris partis ſententia admodum obſcura videtur, & dubia, quoniam verba textus e contrario ſenſu indicant, ſi extraneo rogatus ſit pater reſtituere, & extraneus interim moriatur, patrem non retenturum fideicommiſſum, quod falſum eſt; quia eiuſmodi fideicommiſſum eſt conditionale, ideoque moriente ante hæredem grauatum eo, cui relinquitur, euaneſcit, nec tranſmittitur ad hæredem ipſius, cui relinquitur, l. 4. ff quan-
B do dies legat. cedat, l. hæres meus, ff. de cond & demon. Conſequenter apud ipſum grauatum, à quo relictum eſt, manet, l. pater, §. Tuſculanus, de leg. 3. l. Iulianus, de leg. 2. l. vna, § ſin autem ſub conditione, C. de cadu. tollend. Si dicatur idem eſſe iuris, cum extraneo rogatus eſt pater reſtituere, illud obſtat, quia textus conſtituere videtur diſcrimen inter vtramque ſpeciem, quod ſi nullum ſit diſcrimen prorſus indubitabile ſit reſponſum Iuriſconſulti.

Quid Gloſ. quid Bartolus, & alij in medium attulerint apud Iaſonem, qui refert & refellit, legi poteſt. & qui Pauli Caſtrenſis ſententiam ſecutus eſt, quam rectè refellit Alciatus lib. 5. Paradox. cap. 14. Vtinam ſic ille probabile aliquid dixiſſet: Sed ita ferè accidit, vt facilius ſit aliorum dicta reprehendere, quam non reprehendenda dicere.

Ego probabilem exiſtimo Iacobi Cuiacij ſententiam, eamque amplector lib. 10. Obſeru. cap. 38. cuius ſumma
C hæc eſt; Non idem eſſe reſpondendum, cum extraneo, pater reſtituere rogatus eſt, & extraneus viuo patre decedit; tunc enim hæreditas quidem fit caduca, ut conſtat ex legibus ſupra citatis. Sed pater eam non retinet, quia tranſit ad fiſcum. Neque enim eo tempore, quo Papinianus reſpondit, caduca erant ſublata, vt poſtea ſublata sũt ex l. vna, C. de cadu. tollend. & ideo ad fiſcum pertinebant, vt patet ex Fragmentis Vlpiani, titu. 17. Cur autem eo in caſu, quo pater extraneo reſtituere rogatus eſt in ea ſpecie, de qua Papinianus loquitur, ad fiſcum hæreditas tanquam caduca pertineret, & non in altero caſu, cum pater filio reſtituere rogatus eſt, illa eſt ratio: quia cum extraneo reſtituere rogatus eſt pater, tunc nõ vt pater, ſed vt hæres rogatus eſſe intelligitur: Cum autem filio rogatus eſt reſtituere, intelligitur rogatus, vt pater, non ut hæres. Id patet ex uerbis præcedentibus eiuſdem legis, ibi: *Extero quidem habita ratione legis Falcidiæ re-*
D *ſtituere hæreditatem reſpondit; quoniam ex perſona filij teneretur; ipſi vero filio non admiſſa Falcidia; quia ex perſona ſua ſibi filius obligari non poſſet, ac pater, non vt hęres, ſed ut pater rogari uideretur.* Cum igitur non intelligatur rogatus vt hæres, ſed vt pater, ſi filius viuo patre moriatur, hæreditas ad fiſcum tranſire non poteſt, & ideo pater eam retinet. Non tranſit autem ad fiſcum, quia ſoli hæredi onus caduci irrogamt, non ei, qui non eſt hæres, & ideo cum in priori caſu, quo extraneo rogatus eſt reſtituere, vt hæres intelligatur rogatus, onus caduci locum habet, & fiſco hæreditas defertur. Onus autem caduci ad hæredes ſolos pertinere certum eſt: quia ſic erat conſtitutum lege Papia, vt fiſcus ea vindicaret, quæ apud hæredem remanſura erant. Hoc patet: nam ſi apud alium, quam hæredem, puta legatarium remanſura eſſent caduca, fiſcus ea vindicare non poterat, ſed legatarius ea retinebat, l. Iulian. de leg. 2. Sic igitur, & quæ apud patrem, non ut hæredem, remanſura eſſent, fiſcus uindicare non poterat. Erat enim odioſa lex illa, adeoque Iuriſconſultis diſplicebat, vt interpretationibus ſuis, quoad eius fieri

poſſ:t,

A poſſet, eam ſemper coercerent, & contra fiſcum facilè reſponderent, ſi vel minima ſubeſſet dubitandi materia, vt patet ex l. intercidit, ff. de condi. & demonſt. l. quęret, ff. de verbo. ſignific l. vlt. ff. de his quibus vt indig l. Dini, §. vlti. ff. de iure codicill. l. ſecunda, ff. de auro & argent. leg. & teſtatur Iuſtinianus in dicta l. vna, poſt principiũ, C. de caduc. tollend. Quare & in ea ſpecie, qua pater non vt hæres rogatus videri poterat reſtituere, merito eum hæreditatem vel legatum retenturum reſpondit Papinianus; quod ſanè in altero caſu locum habere non poterat, quo pater hęres reſtituere tenebatur. Nullus enim iuſtus color, ac prætextus erat fiſcum excludēdi: & ideo nec pater retinere eo in caſu caducam hæreditatem potuiſſet; quæ ratio effecit, vt de eo tãtum caſu loqueretur Papinianus, quo filio pater reſtituere rogatus eſſet.

B

CAPVT LVII.

Innocentij III. Pontificis Maximi reſponſum in c. cum tibi, de teſtam ſitne iuris ciuilis regulis conſentaneum?

INnocentius III. Pontifex Maximus ſcribit in hæc verba: *Cum tibi de benignitate.* Et infra: *In ſecunda quaſtione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius diſpoſitionem committit, non videtur decedere inteſtatus.*

Controuerſia eſt, vtrum hoc reſponſum ſit iuri ciuili conſentaneum, & dubitationem facit, quod ſecundum iuris ciuilis regulas teſtamentorum iura per ſe firma eſſe oportet, non ex alieno arbitrio pendere, l. illa inſtitutio, ff. de hæred. inſtitut. Nõ placet Gloſſæ interpretatio aliud eſſe iure Ciuili conſtitutum, aliud ex Canonum æquitate; quia quoties Summus Pontifex à iuris Ciuilis rigore recedit, id prolixè & diſertè ſolitus eſt exprimere. C Alij dixerunt Innocentium loqui, quãdo in alterius voluntatem non confertur principalis teſtamenti diſpoſitio; ſed tantum alteri committitur electio hæredis incerti ex certis. Non rectè; tum, quia id iure ciuili permiſſum eſſe non ſatis probatur, tum quia Innocentius diſertè loquitur de eo, qui extremam voluntatem ſimpliciter & abſolute committit in alterius diſpoſitionem, non autem de eo, qui tantum committit electionem. Illa nec mihi placet interpretatio, quæ communiter recepta eſt, vt declarat Couuar. in relectione illius Capituli, Innocentium loqui de eo, qui ſuam vltimam voluntatem alterius diſpoſitioni cõmittit, vt ſcilicet ad pias cauſas bona ſua diſtribuat, argumento l. nulli, & l. ſi quis ad declinandam, C. de Epiſc. & Cler.

Nam Innocentius loquitur eo in caſu, quo is, qui in alterius diſpoſitionem ſuam committit vltimam voluntatem, nihil per ſe prorſus ordinat, vel determinat, quid, cui loco, vel perſonæ conferri debeat. D Id patet ex integra ipſius Innocentij epiſtola, quæ habetur libro 3. epiſtolar. eius epiſt. 38. Antiſidorenſi Epiſcopo, cuius verba hæc ſunt: *Cum tibi de benignitate Sedis Apoſtolicæ ſit indultum, quod ordinatio rerum clericorum ab inteſtato decedentium liberè in tua poteſtate ac diſpoſitione permaneat; volens omnem materiam ſcandali ſemouere, quod aliquando inter te, & tuos Canonicos eſt ſubortum, ſuper duobus nos conſulere voluiſti. Primo, an appellatio vocabuli Clericorũ, tam ad Canonicos, quam ad non Canonicos extendatur. Secundò, an illi, qui in diſpoſitione & voluntate alterius ſuam committunt vltimam voluntatẽ, nihil per ſe penitus ore ius ordinantes, nec determinantes quid, cui loco, vel perſona cõferri debeat, dicãtur decedere inteſtati: Primæ igitur Conſultationis tuæ duximus reſpondendum, quod appellatio Clericorum non ſolum alios, ſed etiam Canonicos comprehendat: In ſecundo verò dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius diſpoſitionem committit, non uidetur decere inteſtatus.*

Prior pars epiſtolæ continetur in cap. cum tibi, de verbor. ſignif. Ex qua interpretari debemus & poſteriorem, vt nimirum inteſtatus non dicatur is decedere, qui ſuam vltimam voluntatem in alterius diſpoſitionem committit, quantum ad effectum, de quo ibi quæritur, nempe, ad hoc, vt ceſſet indultum Epiſcopo priuilegium de reb. Clericor. diſponendi, qui ab inteſtato decedunt. Nam cum clericus decedens, alterius arbitrio ſuam vltimam volunt. committit, ſatis dicitur teſtati, ac declarare, ſe nolle, vt ea poteſtas ſit penes Epiſcopum, verum penes aliũ, cuius prudentiæ & arbitrio totum committit. Huius in arbitrium alterius commiſſionis circa legata, textum habemus in l. prima, de legat. ſecundo, in l. fideicommiſſa, 46. de fideicommiſſ. liber. Circa vero diſtributionem in pios vſus, textum in l. ſi quis ad declinandam, C. de Epiſcop. & Cleric. Vt minimè mirandum ſit, ſi & in ea ſpecie admittatur ad Excludendum Epiſcopum. Non igitur illud erit propriè teſtamentum, non Codicillus, ſed mentis teſtatio & declaratio morientis, cui rerum ſuarum diſpoſitionem mandarit, vt proinde non dicatur eſſe inteſtatus, ita vt ius diſponendi ad Epiſcopum pertineat.

CAPVT LVIII.

An legatum conferri in alienam voluntatem poſſit?

TRia ſunt hæc de re certa & explorata: Vnum autem dubium & controuerſum eſt. Primo certũ eſt, legatum conferri poſſe in voluntatem legatarij, l. ſi ita expreſſum, ff. de condi. & demonſtr. l. ſi ita, § illi ſi volet, de leg. 1. Secundò certum eſt conferri non poſſe in liberam hæredis voluntatem, l. Senatus, §. legatum, de leg. 1. Tertiò conferri poſſe in hæredis voluntatem, ſi non libera ſit, ſed quaſi boni viri arbitrium accipiatur, l. fideicommiſſaria, 46. ff. de fideicommiſſ. liber. Illud autem dubium & controuerſum eſt, vtrum in voluntatem extranei conferri poſſit. Nam pugnare videtur, l. nonnunquam, ff. de condi. & demonſtr. cum l. 1. de legat. 2. Modeſtinus ſcribit in dicta l. nonnunquam: *Nõ poſſe utiliter his uerbis legari: Si Mænius uoluerit, Titio decem dato. Nam in alienam uoluntatẽ conferri legatũ non poteſt, licet utiliter ita legari poſſit Titio decem do, lego, ſi Manius Capitolium aſcenderit, quamuis in arbitrio Titij ſit, an Capitolium aſcendat & uelit efficere, ut Titio legatum debeatur.* At contra Vlpianus in d. l. 1. *In arbitrio alterius conferri legatum ueluti conditio poteſt quid enim intereſt: Si Titius in Capitoliũ aſcenderit mihi legetur, an ſi uoluerit?* Vlpianus in d. l. fideicommiſſaria, 46. ff de fideicommiſſ. libert. *Sed ſi ita adſcriptum ſit,* inquit, *ſi Seius uoluerit, Stichum liberum eſſe uolo. Mihi uidetur poſſe dici ualere libertatem: quia conditio potius eſt, quemadmodum ſi mihi legatum eſſet; ſi Titiũ Capitolium aſcenderit.*

Communis eſt interpretum ſententia, legatum poſſe in extranei arbitrium conferri, tanquam boni viri, non autem in liberam voluntatem, ſicuti explicat Couuar. repudiata cuiuſdam Luſitani contraria ſententia, in relectione cap. cum tibi, numero ſeptimo, de teſtamen. Sed non hinc tollitur repugnantia, quæ eſt inter Vlpianum & Modeſtinum, dum ille negat legatum in alienam voluntatem expreſſe conferri poſſe, tacitè autem veluti, ſi Titius Capitolium aſcenderit, poſſe. Vlpianus autem affirmat conferri poſſe, nec vllum ſtatuit diſcrimen, an dicatur, ſi Titius voluerit, vel ſi Titius in Capitolium aſcenderet. Certè nodus difficillimus eſt adeo, vt hanc eſſe antinomiam inſolubilem dixerit Sarmientus, poſt Emanuelem Coſtam, quem refert libro ſecundo, Selectar. Interpretat. cap. 6. numero 29. Si quid probabiliter adferri poteſt, id mihi videtur attuliſſe Iacobus Cuiacius libro ſecundo, Obſeruat. c. ſecundo. *Sed omiſſis,* inquit, *Interpretum traditionibus, ut hæc uerba: Si Titius uoluerit, dupliciter accipiam, inclinat animus. Aut enim his uerbis totum teſtator in uolũtate Titij poſuit, ut is arbiter,*

& quaſi

& quaſi dator legati ſit: & hoc ſit inutiliter, dicta l. nonnunquam. Aut hæc uerba pro conditione accepit, in hunc ſenſum, ſi fortè accidere aliquando, vt Titius uelit, & hoc non ſit inutiliter; Aequè enim ualet legatum, atque ſi obſcurioris ratione ſit res collocata in volũtatem Titio, vt puta; ſi Titius Capitolium aſcenderit, & hoc ita Vlpianus tradit in l. 1. de legat ſecundo. In arbitrium, inquit, *alterius conferri legatum veluti conditio poteſt: quid enim intereſt, ſi Titius Capitolium aſcenderit, mihi legetur, an ſi uoluerit, veluti conditio, id eſt, quaſi conditio, ſed malim legere ueluti conditionem. Et ex eo quidem loco, quod Vlpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate poni poſſe, ſic accipiendum eſſe reor, vt in aliena uoluntate, quaſi conditione legatum poni poſſit, l. Senatus, §. legatum. Nam in l fideicommiſſaria, 3. ff. de fideicommiſſar. libert. Idem auctor ideo libertatem ita relictam. ſi Titius voluerit, deberi ait, quod conditio potius ſit, ſcilicet, quàm legati dandi merum arbitrium, & huic conditioni eo etiam loco illam, ſi Titius in Capitolium aſcẽderit, parem facit omnimodò,* Hactenus egreg è Cuiacius.

CAPVT LIX.

Legatum an in voluntatem hæredis conferri poſſit ad interpretationem l. fideicommiſſaria, 46. ff. de fideicommiſſ. libert.

VLpianus ita ſcribit: *Fideicommiſſaria libertas ita dari poteſt: Hæres ſi uolueris, fidei tua committo, vt Stichum manumittas, quamuis nihil aliud in teſtamento poteſt valere ex nutu hæredis.* Et paulo poſt: *Quod ſi ita ſcriptum ſit,* inquit, *ſi hęres uoluerit: non ualebit Sed ita demum, ſi totum in uoluntate fecit hæredis, ſi ei libuerit. Cæterum ſi arbitrium illi, quaſi bono viro, dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur.*

Hic difficultas oritur primo, quia legatum in voluntatem hæredis conferri non poteſt, l Senatus, §. legatum, de leg. 1. Vlpianus autem reſpondit poſſe. Secundò, quia poſtquam Vlpianus reſpondit poſſe, quaſi mutata ſententia reſpondit non poſſe, ſi de libera uoluntate intelligatur. Et tamen ſupra in principio de libera uoluntate locutus eſt, dum dixit: *Hęres ſi volueris,* quia innuit ibi nihil aliud ualere arbitrio hæredis ita relictum, recepta libertate, conſequenter de libera voluntate locutus eſt; quia conſtat arbitrio hæredis tanquam viri boni non ſolum legatum libertatis, ſed & alterius rei ualere.

Veteres Interpretes dixerunt, Vlpiani uerbis poſterioribus priora corrigi, quod nequaquam videtur veriſimile. Ricardus autem de Salyceto dicebat, in prioribus verbis Vlpianum loqui de hæredis arbitrio non libero, ſed tanquam boni viri, propter illa verba: *Fides tua committo,* ſed fruſtra, quia non ſolum libertas: ſed & alia committi poſſunt hæredis arbitrio tanquam boni viri, l. ſi ſic, de lega. primo, l. prima, de leg. ſecundo. Et tamen Vlpianus indicat nihil aliud ita relictum poſſe valere. Præterea, Vlpianus loquitur de ea conditione, ſi hæres voluerit, ſimpliciter & abſolutè, non autem de illa: *arbitrio tuo, ſi tibi uidebitur,* de quibus poſtea inferius loquitur.

Raphael Cumanus ad l. illa inſtitutio, ff. de hæred. inſtit. dicebat fideicommiſſariam libertatem ita relictam, *ſi hæres uoluerit,* valere non autem directam. Initio autem legis loquitur Vlpianus de fideicommiſſaria. Id patet ex illis verbis: *Fides tua committo,* ſequentibus autem verbis de directa loquitur libertate recta. Sed non probatur mihi hæc ſententia, vti neque Decio, ad l. captatorias, C. de milit. teſtamen. quia nec fideicommiſſaria libertas debetur, ſi in liberam hæredis voluntatem conferatur: ſed opus eſt, ut boni uiri arbitrio relicta ſit. Sic enim ſubiungit Vlpianus: *Nam & eam libertatem deberi placuit, ſi tibi videbitur peto manumittas; Ita enim hoc accipiendum, ſi tibi quaſi uiro bono videbitur.*

Emanuel Coſta, libro primò, Select. Interpret. ca. 22.

A dicebat, aliud eſſe valere libertatem, prout principium legis loquitur, aliud libertatem deberi, prout inferius Vlpianus in verſ. Cęterum, ſed refutatur a Sarmiento, lib. ſecundo. Select Interpret. cap 6. nume. 55. ipſe verò Sarmientus docet verba illa: *hæres ſi volueris, fidei tua committo, vt Stichum manumittas,* ad boni viri arbitrium fauore libertatis trahenda eſſe, multiſque legibus adductis, probat fauore libertatis interpretationem alio modo fieri, quam alias fieri ſoleat, ſed non rectè reſpondet ad argumentum Decij, quod non id in libertate ſingulariter conſtitutum ſit, vt valeat legatum arbitrio hæredis commiſſum: nam & alia etiam legata, & fideicommiſſa ſimili modo relicta valent, l. ſi ſic, de legat. 1. cum tamen textus innuat id tantum in libertate locum habere.

Iacobus Cuiacius lib. 2. Obſeruat. cap. 2. idem ferè dixit, ſed clarius; *In arbitrium hæredis,* inquit, *quaſi boni viri legatum conferri poteſt In plenum hæredis arbitrium conferri legatum non poteſt, vt puta, ſi voluerit; ne ſit in eius arbitrio, quem teſtator obligare cogitat, an ſit obligatus; atque*
B *ideo hæc etiam verba pro conditione non accipiuntur, niſi fauore libertatis, quemadmodum in initio l fideicommiſſaria, 3. ff de fideicom libert apertè demonſtratur; namque ſi libertas ita relicta fuerit, veluti ſub conditione, non eo animo, vt autor dandæ libertatis hæres ipſe ſolus exiſteret, ſi hæres voluerit, libertas debebitur ſtatim, ut hęres annuerit. Cæterũ, ita relictum legatũ ſi hæres uoluerit, nec ſi poſt annuerit hęrès, debebitur: quoniam inutilis prorſus ea Scriptura eſt. Sub alia cõditione licet obſcure, ſi legatum in hęredis arbitrium conferatur, vt puta. ſi hæres Capitolium aſcenderit. Niſi hęres uoluerit, vtilis ſcriptura eſt, l 3. de leg. 2 l fideicommiſſa, § ſic fideicommiſſum. de leg. 3. At niſi fauore libertatis hęc verba, ſi voluerit, ad hęredem relata per ſpeciem conditionis, nunquam certè defendemus.* Hactenus ille.

Sed vnum obſtare videtur huic ſententiæ, quod ſi ſpecialiter in libertatis legato conſtitutum eſt, ut ualeat ex nutu hæredis, nempe, ſub ea conditione: *ſi hęres voluerit,* quæ liberum arbitrium ſignificat, cue poſtea ſequen-
C tibus verbis: Id valere negat Vlpianus dicens: *Quod ſi ita ſcriptum ſit; ſi hęres voluerit, non valebit; ſed ita demum, ſi totum in voluntate fecit hęredis, ſi ei libuerit; Cęterum, ſi arbitrium illi, quaſi uiro bono dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur.*

Ego puto hanc eſſe ſententiam Iuriſconſulti, ut libertas ſub ea conditione relicta: *ſi hęres uoluerit,* valeat; & hoc libertatis fauore ſpecialiter ſit conſtitutum, quia licet verba ſignificare uideantur liberum, & plenum arbitrium hæredis, poſſunt tamen trahi etiam ad arbitrium boni viri, & licet in alijs legatis, & fideicommiſſis non ea interpretatio fieret, tamen libertatis fauore recipitur: Quod vero infra Vlpianus ſubdit: *Quod ſi ita ſcriptum ſit, ſi hęres uoluerit, non ualebit,* priori huic ſententiæ non aduerſari, propter verba ſequentia: *Sed ita demum, ſi totũ in uoluntate fecit hęredis.* Ex his enim uerbis duo indicat Vlpianus, primum illa uerba, *ſi hęres uoluerit,* in libertatis fideicommiſſo trahi poſſe ad arbitrium boni ui-
D ri, quia ſi trahi non poſſent, non erat opus, vt diceret *Sed ita demum, ſi totum in uoluntate hęredis fecit.* Alterum eſt, ita demum non ualere libertatis legatum, ſi ex verbis manifeſtum erit, teſtatorem totum poſuiſſe in uoluntate libera hæredis, puta dicendo, *ſi libuerit.* Ergo poſterius reſponſum priori non aduerſatur; quia in priori dicitur ualere fideicommiſſum ſub ea conditione, *Si hæres uoluerit.* In poſteriori interpretatio ſit hoc modo, ut ualeat, niſi totum legatum teſtator poſuerit in plena, & libera voluntate hæredis. quod vero ſubdit textus: *Cęterum ſi arbitrium illi quaſi uiro bono dedit, nõ dubitabimus, quin libertas debeatur,* id arguit hoc in caſu nullam eſſe difficultatem, quin legatum debeatur, quia deberetur etiam, ſi aliud ſit, quam libertas, l. ſi ſic, de leg 1. Ergo multo magis libertas. Sed in priore caſu cum dixit, *Si hęres uoluerit,* dubitari poteſt ex eo, quod cætera legata non valent ita relicta. Veruntamen reſpondit ualere legatum libertatis, quia non ita accipienda ſint illa verba, vt

ſigni-

ſignificent liberam hæredis voluntatem, ſed conditionem inducant, & arbitrium boni viri ſignificent: licet hæc interpretatio in alijs legatis non ita facilè reciperetur.

CAPVT LX.

Donare mortis cauſa poſſit ne mulier, quæ non poteſt contractum facere abſque conſenſu duorum propinquorum, ita diſponente Municipij lege.

HIc ſubijciam alias controuerſias in materia donationis cauſa mortis, quæ ſuperioribus cómodius adiungi potuiſſent Prima eſt: Municipali lege cauetur, vt nullum contractum mulier facere poſſit abſq; conſenſu duorum propinquorum; Vtrum omiſſa hac ſolennitate, donare mortis cauſa poſſit? Affirmant Ludouicus Romanus ad l. 2. de leg. 1. Iaſon ibidem num. 13 alios duos, nempe, Alciatum, & Socinum citat Tiraquellus de legibus Connubialibus, Gloſ. 5. num. 74. ſed non fideliter: debuit enim eos citare in Commentarijs ad l. 2. ff. de verbor. oblig. Citat præterea Socinum in aliquibus conſilijs, & alios, qui de hoc nihil dicunt. Eandem ſententiam ſecutus eſt Ruinus ad d. l. nu. 43. de leg 1. Negant verò Ancharanus in conſil. 384. Dubium in iſta quæſtione. Alexand in l. 2. col. vlt. de leg 1. & in l. 2. vbi etiam Aretinus, ff de verb. oblig. Ripa ad d. l. 2. de leg it. 1. num. 10. & ibid. Socinus, & alij, quos commemorat Tiraquellus loco proximè citato, nu. 78.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt primò, quia donatio cauſa mortis naturam habet vltimæ voluntatis, non autem contractus inter viuos. l. vlt. C. de donat. cau. mort. ibi: *Omnes effectus ſortietur, quos vltimæ habent liberalitates, neque ex quacunque parte abſimilis eſſe intelligatur.* Secundò, quia certum eſt, mulierem poſſe teſtamentum facere abſque ſolennitate ſtatuti: neque enim de teſtamento loquitur, ſed de contractu, l. verba geſſerunt, ff de verbor. ſign. ergo multo magis donare poterit mortis cauſa: Et præſertim, quia eadem eſt ratio, ſicut enim teſtamentum reuocari poteſt, ita etiam donatio cauſa mortis, vt in Iuſtit. de donat. Tertiò, quia minor adultus curatorem habens, non poteſt contractum facere, ſine curatoris autoritate, l. ſi curatorem habens, C. de in integ. reſtit. minor. & tamen poteſt teſtamentum facere, l. Aurelio, §. Caius, ff. de liber. legat. Ergo multo magis etiam poterit mortis cauſa donare.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, quia donatio cauſa mortis, dum fit, & celebratur, videtur habere naturam contractus inter viuos, non autem vltimæ voluntatis. Nam requirit præſentiam eius, cui donatur. Item, traditionem, vel ſtipulationem, ſeu nudum pactum, vt docent Bartol. Alexand. Caſtrenſ. & alij, in d. l. 2 de leg. 1.

Sed mihi prior ſententia probabilior videtur: Pro cuius confirmatione conſidero, Statutum eſſe contrarium Iuri, quo mulier liberè poteſt abſque proximiorum præſentia, & conſenſu contractus facere, ideo locum habere debet in contractibus propriè ſumptis, non autem in donatione cauſa mortis, quæ re vera non eſt contractus. Secundò animaduerto, donationem ipſam cauſa mortis reuocari poſſe, l. vbi ita donatur, ff. de donatio. cauſa mortis. Conſequenter non viget in ea ratio Statuti, quæ viget in contractibus, illa nempe, ne mulier decipiatur, ne lædatur ex contractu. Poterit enim donationem reuocare, non ſic alium contractum, l. ſicut, C. de actio. & obligat.

Reſpondet Ripa, ſi donatio a traditione incipiat, mulierem lædi poſſe, ſaltem in fructibus, & dicit mori poſſe antequam ſe deceptam eſſe intelligat. (loquitur autem Ripa de minore, ſed eadem ratio eſt in muliere.) Ad primum argumentum reſpondet, donationem magis naturam contractus participare, quam vltimæ vo-

A luntatis, ſaltem quatenus fit, & in eſſe producitur. Ad ſecundum argumentum reſpondet, illud non valere, quia teſtamentum, & donatio mortis cauſa, differunt. Ad tertium, negat minorem adultum donare mortis cauſa poſſe.

Replicari poteſt ad ſingula. In primis, quod dicit de læſione circa fructus, illam allegari non poſſe, quia donatio ſtatim reuocari poteſt a donatore, antequam fructus percipiantur.

Quod vero dicit fieri poſſe, ut moriatur donans ante reuocationem, nihil eſt; quia ſatis eſt reuocari poſſe quandocunque, ſi non reuocauerit donator, ſibi imputet. Nam fieri etiam poteſt, ut & contractus ſine propinquorum conſenſu factus, non irritetur, & tamen ſit damnoſus; & tamen huius rei ratio non habetur. Sufficit enim legi remedium proponere, non etiam ut quis eo uti uelit, ſolicita eſſe debet.

Dum autem inſtat atque contendit donationem cauſa mortis, quatenus in eſſe, vt ipſe loquitur, deducitur, B participare naturam contractus, loquitur contra l. vlti. C. de donat. cauſ mort. ibi; *Neque ex quacunque parte abſimilis eſſe intelligatur.*

Denique quod negat, adultum donare mortis cauſa poſſe perperam negari oſtendimus capite ſequenti, ſicut & perperam negatur illa conſequentia; Teſtamentum facere poteſt, ergo & donare mortis cauſa poteſt: Probatur enim ex l. cum hic ſtatus, §. ſi miles, ff de donatio. inter vir. & vxor. *Nam & mortis cauſa donare poterit*, inquit textus, *cui teſtari permiſſum eſt.*

CAPVT LXI.

Adultus minor 25. annis curatorem habens, poſſitne mortis cauſa donare abſq; eius conſenſu, & autoritate?

C QVæſtio igitur eſt controuerſa: Vtrum adultus curatorem habens donare poſſit mortis cauſa abſq; conſenſu & autoritate curatoris. Et donare poſſe affirmant Bald. in l. 1. ff. de Tute. & ratio. diſtrah. Alexan. in l. ſi curatorem habens, C. de in integ reſtitu. min. Iaſon in l. 2. de leg. 1. Alciatus in l. 2. num. 2. ff. de verb. oblig. & alij, quos refert, & ſequitur Tiraquellus ad l. ſi vnquam, in uerbo, donatione largitus, nu. 253. C. de reuoc. donat. quibus & ipſe aſſentior.

Fundamentum illud eſt ſolidum, quia citra omnem controuerſiam adultus teſtamentum facere poteſt ſine conſenſu curatoris: Tantum enim impuberibus prohibita eſt teſtamenti factio. Igitur, & donare mortis cauſa poterit. Hanc conſequentiam probat textus in l. cum hic ſtatus, § ſi miles, ff. de donat. inter uir. & uxor. *Nam & mortis cauſa donare poterit* (inquit textus) *cui teſtari permiſſum eſt*. Et in l. Marcellus, ff. eod. titu. & in l. filiusfam. ad fi. ff. de donat.

D Pro contraria ſententia allegantur Baldus in cap. primo, § item ſacramenta, num. 16. de pace iuram. firmand. quatenus ibi dicit, iuramentum requiri in donatione ab adulto facta. Alexand. in l. ſecunda, nu. 15. de leg. primo, & ibid. Ripa, nume. 10 clarè hanc ſententiam amplexus eſt, licet non bene allegat Baldum in cap. primo, de prohibita feudi alien. per Frider. Eandem ſententiam ſecutus eſt Aretinus, in l. ſi curatorem habens, nume. 3. C. de in integ reſtit min. Allegatur etiam Franciſcus Cremenſis, ſing. 118. Hæres minoris. ſed mihi uidetur potius contrariam ſententiam amplecti.

Fundamentum illud eſt; quoniam iure cautum non reperitur, adultum donare mortis cauſa poſſe ſine conſenſu curatoris. Nec obſtat, quod poſſit teſtari, quia ratio diuerſitatis eſt inter factionem teſtamenti, & donationem Primò, quia teſtamenti factio non poteſt ex alieno arbitrio pendere, l. illa inſtitutio, ff. de hæred. inſtit. at donatio cauſa mortis poteſt, quod patet: nam filiusfam.

donare

donare poteſt cauſa mortis patre conſentiente, l. tam is, §. 1. ff. de donat. cauſ. mortis. Secundò, quia teſtamento hæres inſtituitur, & ſucceſſor defuncti, quod eſt fauorabile valde, quæ ratio ceſſat in donatione mortis cauſa.

Addit Ripa aliam rationem ex l. filiusfamil §. Pari ratione, ff. de donat. quatenus ibi dicitur, eadem ratione, qua filiusfamil. inter viuos donare prohibetur, prohiberi etiam mortis cauſa donare. Sic enim argumentatur: Adultus inter viuos donare prohibetur ſine conſenſu curatoris, l. ſi curatorem habens, C. de in integr. reſtit. Ergo, & donare mortis cauſa.

Reſpondeo, quod attinet ad primum, ſatis cautum eſſe legibus noſtris, adultum donare poſſe cauſa mortis, cum teſtari poſſit: & is, qui teſtari poſſit, etiam donare mortis cauſa valeat. Neque enim omnes iuris articuli ſigillatim legibus comprehendi poterunt, l. non poſſunt, ff. de legibus.

Ad rationem diuerſitatis inter teſtamentum, & donationem mortis cauſa, reſpondeo, licet in aliquibus differant, tamen regulam eſſe firmam, & argumentum regulariter ſumi poſſe, vt qui teſtari poſſit, etiam mortis cauſa donare poſſit.

Ad rationem Ripæ reſpondeo, filiumfam. donare non poſſe inter viuos; quia permiſſa ei non eſt libera peculij adminiſtratio: & eadem ratione nec donare mortis cauſa poſſe. Hæc eſt ſententia Iuriſconſulti in dict. l. filiumfamil. §. pari ratione, ff. de donat. Sed non inde generalis regula rectè ſumitur. Qui donare inter viuos non poteſt, nec mortis cauſa donare poterit. Adde differentiæ rationem eſſe inter donationem inter viuos, & mortis cauſa, illa enim reuocari non poteſt, hæc autem poteſt, effectum habet, niſi morte donatoris ſecuta.

CAPVT LXII.

Vtrum vſurarius manifeſtus, qui teſtari prohibetur, etiam mortis cauſa donare prohibeatur, ante præſtitam cautionem de reſtituendis vſuris?

VSurarius manifeſtus teſtamentum facere non poteſt ante præſtitam cautionem de reſtituendis vſuris, cap. quanquam, de vſuris, lib. 6. Sed controuerſia eſt, an donare mortis cauſa poſſit: Affirmant Bal. in l. executiorem, numer. 11. C. de execut. rei iudi. & in conſil. 298. lib. 2 Caſtrenſis in conſil. 160. lib. 1. Imola in l. tam is, ff. de donation. cauſ. mortis. Decius in conſil. 196. Probus in dict. cap. quanquam, num. 15. de vſuris, lib. 6. Eandem ſententiam ſecutus eſt Couuar. in rubr. de teſtamen. in 3. parte, numero 11. Niſi donatio in fraudem fiat, quod præſumitur, quando eſt omnium bonorum. Item, niſi in teſtamento fiat, quia ſicut teſtamentum non ualet, nec ualere poteſt mortis cauſa donatio in eo facta; quod tamen non procedit, quoties interponitur ſtipulatio: tunc enim videtur eſſe contractus: quanquam in hoc vltimo contrarium docuerit Ripa in l. 2. num. 9. de leg. 1.

Fundamentum huius ſententiæ eſt, quia donatio cauſa mortis non eſt teſtamentum. Atqui Summus Pontifex in dicto cap quanquam, de teſtamento loquitur, ergo non prohibetur donatio cauſa mortis. Præſertim, quia donatio cauſa mortis, videtur potius participare naturam contractus, quàm vltimæ voluntatis, dum fit, & celebratur iuxta communem diſtinctionem Doctorum in l 2. de leg. 1. de qua per Couuar. in rubr. de Teſtamen. in 3 parte, & per Gomeſium Variar. reſolut. tit. de Contractib. cap. 3. nu. 16.

Sed contrariam ſententiam probabiliorem eſſe iudico, quam amplexi ſunt Gloſ. in dict. cap. quanquam, quatenus dixit, eam conſtitutionem procedere in qualibet vltima voluntate. Conſtat enim donationem cauſa mor-

A tis, ſpeciem eſſe vltimæ voluntatis, l. vlt. C de donat. cauſa mort. Bald. in conſi. 294. lib. 2. Lapus Allegatione 125. Laurent. de Rodulphis, de vſuris, quæſt. 100. Ioannes de Anania in cap. quia in omnibus, colum. 16. de vſuris Philip. Francus ad Rubr. de teſtam. lib. 6. num. 34. Socinus ad l. ſecundam, nume. ſexto, de legat. primo, & ibid. Ripa nu. 7. qui ambo non eſſe ab hac ſententia recedendum, monent.

Fundamentum eſt primò, quia Pontificis Maximi Conſtitutio, fauorem animæ concernit, ideo facilè extendi poteſt, ac debet. Secũdo, quia ſi permiſſa eſſet mortis cauſa donatio, facile eluderetur ea Conſtitutio Nam vſurarius donaret mortis cauſa omnia ſua bona. Tertiò, quia ſi vſurarius manifeſtus teſtamentum facere non poteſt, ſequitur, vt nec codicillos facere poſſit, l. Diui, § codicillos, ff de iure codicillor. nec legata relinquere Nam is legare poteſt, qui teſtamẽtum facere poteſt, l. 2. de leg.

B 1. Conſeqnenter, nec donare mortis cauſa. quod enim iuris eſt in legatis, idem & in mortis cauſa donationibus accipiendum eſt, teſte Iuriſconſulto in l. illud, ff de dona. cauſa mortis.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, negari non poſſe, quin aliud ſit teſtamentum, aliud donatio mortis cauſa, ſed tamen per conſequentiam quandam Summi Pontificis Conſtitutio, quæ de teſtamentis loquitur, trahi debet etiam ad mortis cauſa donationem vt dictum eſt.

Non obſtat, quod dicitur, vbi fraus ſit, donationem infirmari poſſe, quia conſultius eſt fraudis occaſionem euitare. Et cum hæc interpretatio fiat contra manifeſtos vſurarios, quamuis lata ſit, iuſta tamen videtur ad crimen vſurarum compeſcendum, quod ſummo ſtudio in ea conſtitutione conatus eſt Põtifex Maximus efficere.

C

CAPVT LXIII.

Donatio mortis cauſa poſſitne reuocari ex pœnitentia donatoris abſque hærede decedentis.

EXiſtimo reuocari poſſe Hæc eſt enim natura donat. cauſa mor. ut pęnitentia donatoris reuocetur, l. vbi ita donatur, ff. de mortis cauſ. donat. §. 1. Inſtit. de donat. Nec contrarium eo in caſu, quo donator abſq; hærede deceſſerit, conſtitutum reperitur. Ita docent Iaſon ad l. qui Romæ, §. Flauius, nu. 31. ff. de verb obli. Decius ad l. non omnis, col. 3. ff. ſi cert. pet. Ripa in l. 2 de leg 1. Corn. in conſ. 68. lib. 3. Couuar ad Rub. de teſtam. par 3. nu. 24.

Contrarium reſponderunt Angelus, Imola, Aretin & Alexan. nu. 10 in d. §. Flauius. Socin. in l. non omnes, ff. ſi cert. pet. Marſil. Sing 63.

Fundamentum eſt in l. t. ff. qui ſine manumiſſione ad libert. perueniunt. Paulus: *Si ſeruus venditus eſt, vt intra*

D *certum tempus manumittatur, etiamſi ſine hærede deceſſiſſet, & venditor & emptor, ſeruo libertas competit, & hoc Diuus Marcus Reſcripſit. Sed etſi mutauerit voluntatem venditor, nihilominus libertas competit.*

Reſpondeo, nullum uerbum hic de donatione cauſa mortis, ſed de libertate agitur, cuius cauſa multa ſunt contra Regulas Iuris conſtituta.

CAPVT LXIV.

Si filiusfam. teſtamentum faciat cum conſenſu patris adiecta clauſula codicillari: Si non ualet iure teſtamenti, ualeat iure codicillorum, & cuiuſcunq; ultimæ uoluntatis, utrum in eum donat. cauſa mortis ualere poſſit.

FIlium famil. teſtamentum facere non poſſe, etiam cum conſenſu patris, certum eſt, l. qui in poteſtate, ff. de teſtamen. ſed controuerſia eſt, an ſi fiat patre conſentiente, adiecta clauſula codicillari; Si non ualet iure teſtamenti, ualeat iure codicillorum,

lorum,& cuiuſcunque vltimæ voluntatis: Vtrum valere A
poſſit in vim donationis cauſa mortis? Conſtat enim filiumfam. donare cauſa mortis poſſe patre conſentiente, l.filiusfam.§ pari ratione,ff de donat.

Et quidem non valere,autores ſunt Speculat.in tit.de fide Inſtrumentorum,§.compēdioſè,verſ. quid ſi filius, & multi alij, quos refert, & ſequitur Socinus ſenior, in conſ. 152.num.7. verſ. ſed contrariam ſententiam, lib.1. Fundamentum eſt; quia requiritur patris conſenſus expreſſus, vt in d.l.filiusfamil.§. pari ratione, ff. de donat. Hac in ſpecie autem expreſſus non videtur: Ergo non valet donatio.

Cæterum, contrariam ſententiam, & veriorem, & cōmuniorem eſſe non dubito, quam amplexi ſunt Paulus Caſtrenſis in l.qui in poteſtate,num 6 ff de Teſtam. Alexand.in l Senium,num.8.C.qui Teſtam.facere poſſ. Clarus alios citans,§.donatio,quæſtio.6.verſ.ſed quæro, tu ſcis. Viglius in § qui alieno, nume 10. in Inſtitut. qui- B
bus non eſt permiſſum facere Teſtam. Roland. à Valle, conſil.68.num.9.lib.4. Anton. Teſſaurus deciſ. Pedem. 150.num.12.

Fundamentum eſt,quia certum eſt illa verba: *Et cuiuslibet alterius vltimæ voluntatis*, Quæ continentur in Clauſula Codicillari non poſſe in alia ſpecie vltimæ voluntatis verificari,præterquam in donatione cauſa mortis,quia teſtator dicit: *Si non valet iure Teſtamenti, valeat iure Codicillorum, & cuiuſcunque vltimę voluntatis.* Præter Teſtamentum autem & Codicillum eſt donatio cauſa mortis, & ſic de ea teſtator intellexit, argumen. l. 2.ff de lib. & poſtum.& l. fundus qui locatus, ff. de fundo inſtruc.

Quod autem patris cōſenſus hic accedat, ex eo patet, quod nos præſupponere oportet filium patre præſente, aut certè conſentiente Teſtam facere, in eoque Clauſulam illam Codicillarem adijcere Non obſtat id,quod di-
cebatur eiuſmodi conſenſum debere eſſe expreſſum,& C
tacitum non ſufficere, l.filiusfamil.§ pari ratione,ff. de donat.quia non eſt hęc ſententia tex.in d §.pari ratione. Sed alia,nimirum,patris cōſenſum generalem filio præſtitum,vt donare poſſit,non ſufficere; ſed ſpecialem requiri,vt mortis cauſa donare poſſit; quia ſcilicet conſenſus ita generalis, de donatione inter viuos erit accipiendus. Verba tex. hæc ſunt: *Sed enim meminiſſe oportebit, & ſi cui donare quoque permiſſum eſt, niſi ſpecialiter etiam mortis cauſa donare fuerit permiſſum,non poſſe mortis cauſa donare.*

CAPVT LXV.

Legato Caſtro cum pertinentijs, an etiam bona particularia & prædia contineantur.

CElebris eſt controuerſia,legato Caſtro cum perti-
nentijs, an prædia, & ſimilia bona particularia, D
quæ ibi poſſidentur à teſtatore, legato contineantur; Qua de re,atque in vniuerſum,an conceſſo Caſtro, cenſeantur etiam prædia, & alia bona particularia conceſſa,multa extant Doctorum reſponſa, alijs affirmantibus,alijs verò negantibus. Vide Imolam, Alexand.& Aretinum,ad l.3 ff de adquiren.poſſeſſ.eundem Alexandrum in conſil.21. in fine, libro 3. & in conſil. 14.circa finem,libro ſeptimo, Aretinum in conſil. 15. Baldum & Afflict & alios,in titu.de Capitaneo,qui curiam vendidit. Iaſonem in l. vlt ff. de conſtitu. Princip. & in l. quo minus, in 20. quæſtio. ff. de Flumin. Ruinum in conſil. 45.libro primo, Socin. iun. in conſilio 160.numero 32. libro ſecundo,& in conſil 106. num. 3. eodem lib Curt. iun.in conſil.158.Alciatum in conſil.33.num.5 in 3.Tomo.Albam in conſ.78.num 12.Natam in conſ.313. Bo-roum in conſil 51.lib.2.Domin.meum Cephalū in conſil.3.nu.45.in conſ.144 lib.1.& in conſ.150.nu. 15.lib.2. Rolandum à Valle in conſ.33.lib.4.Andream Siculum in conſ.57.col.10.lib.4.Hippolytum Riminaldū in conſ.

A 19.lib.1.Cranettam in conſ.480.nu.3 lib.3.conſ.345.nu.10.eod.lib & 895.nume 4.lib 5.Antonium Gabrielum com.concl.lib.6 tit.de verb.ſig.conclu.10 Manticam de coniect.vltimar.volunt.lib.9 tit.2 nu.34.Simonem Pretum de interpret vltimar volunt.lib 4 dubitatione 7.nume 45.Menochium in conſ. 140 lib.2. & de Præſumpt. lib.3.præſumpt.99.

Qui affirmarunt etiam prædia contineri, adducti in eam ſententiam fuere;quoniam verbum,(pertinere) latiſſimam habet ſignificationem,l.verbum illud pertinere,ff.de verb.ſign.& ideo pertinentiarum nomine contineri videntur,quæ quoquo modo Caſtro accedunt, & ad illud ſpectant, qualia ſunt prædia, molendina, & alia bona,quæ dominus caſtri habet in eodem loco.

Cæterum,negantes celebri illa, & communiter recepta Innocentij traditione nituntur, in c. cum ad ſedem, de reſti.ſpoliat.vbi docet,pertinentias eas dici,quę Lege
B vel ſtatuto, vel conſuetudine deputatæ ſunt: caſtro autē nihil corporale deputatum eſſe,quod ſit eius pertinens; ſed tamen ab hominibus,& eorum ſtatutis certum territorium aſſignari ſolitum, quod illi in iuriſdictione, & dote debeat reſpondere.

Ego in duobus caſibus exiſtimauerim Caſtro legato, contineri etiam prædia, & alia id genus bona particularia. Primus eſt,quando vno eodemque tempore, titulo & precio ſimul cum Caſtro comparata fuere, argumēto l.prædijs,§ qui domum,de leg. 3 vbi Papinianus ſcribit appellatione domus,inſulam quoque iunctam domui videri legatam, *Si vno precio cum domo comparata fuiſſet.* Secundus caſus eſt; quando conſtat patremfamil vſum fuiſſe prædijs tanquam pertinentibus ad ipſum Caſtrū. Noſtra enim deſtinatione & vſu pertinentiæ conſtitui dicuntur,argum.l.quod in rerum,§ ſi quis poſt, de lega. 1.l.prædijs,§.qui domum,de leg.3.l.Caius, § 1. de leg.2. l.ſi cui ædes,de leg.3.tradunt Tiraquellus de retractu cō
C ſang.§.36.Gloſ.3.nu.4 Ruin.in conſ 71.lib 2.D Cephalus in d.conſ. 144.num.17.lib.1.Menochius d.conſ 140. nu.24.Burſatus in conſ.2.nu.49 lib.1. Sim. Pretus de interpretatione vltimar.volunt.lib.4.dubitatione 7.num. 39.Andreas Geyll,lib.2.Obſeru.62.nu 4.

Extra duos hoſce caſus nullum video argumentum pro affirmante ſententia. Nec me mouet verbum, Pertinere: quia latiſſima eius ſignificatio in hoc conſiſtit, quod refertur ad res, quæ dominij noſtri ſunt, & quæ iure aliquo poſſidemus,vel poſſidere poſſumus,aut acquirere.Sed non hoc pertinet ad quæſtionem,an pertinentiæ Caſtri dicantur prædia,& ſimilia. Vt enim ad teſtatorem maximè pertineant, non tamen efficitur eadem ad Caſtrum pertinere; ſicut dicere ſolemus, alia eſſe inſtrumenta domus vel fundi, alia patrisfamilias, l. quæſitum,§ ſi domus,ff.de fundo inſtru.Paulus Caſtrenſis in conſ.377.num.1.lib.1.

D

CAPVT LXVI.

Fideicommiſſum in dubio,vtrum præſumatur relictum a filio impubere, an verò ab herede eius?

PAter filium impuberē hæredem inſtituit, & ſi in pupillari ætate deceſſerit,bona ſua ad Titiū peruenire iubet, alijſvè vtitur verbis imperſonalibus, quibus neque impuberem filium rogat,neque eius hæredē legitimū ab inteſtato venientem; ſed tamen expreſſe conſtituit fideicommiſſum,quo bona ſua Titio reſtituātur. Controuerſia eſt;vtrum in obſcura voluntate teſtatoris ea adhibenda ſit interpretatio, vt videatur ipſe filius impubes rogatus reſtituere;an verò hęres legitimus ipſius filij impuberis.Quæ quidem inueſtigatio non modici momēti eſt; quoniam ſi filius rogatus eſſe intelligatūr,tūc locus erit detractioni legitimę, quæ illa excipiēda

eſt de reſtitutione, & detractione etiam Trebellianicæ: Cæterum, ſi hæres filij rogatus eſſe intelligatur, ceſſabit legitimæ detractio. Nam hæres non poteſt eam ſuo nomine detrahere; quoniam illi non debetur. Non filij nomine eam detrahere poteſt; quia is rogatus per fideicõmiſſum reſtituere non intelligitur.

Fideicommiſſum ergo in dubio videri à filio ipſo impubere relictum, Bar. reſpondit in l. cohæredi, §. quod ſi hæredem, ff. de vulg. num 2 *Secundò nota, inquit, & perpetuò tene menti, quod in dubio fideicommiſſum videtur relictum ab ipſo filio inſtituto impubere. licet relinquatur poſt mortem ſuam, vt hic dicit textus, ibi Vt ab impubere*, &c. Idem reſpondit Paulus Caſtrenſ. in conſil. 341. num 4. verſ. Tertiò oppono, lib. 1. & in conſil 67. in fine, libro 2. Curtius ſenior, in conſil 42. num. 19 Socinus iunior in conſ. 131 num. 76. lib. 1. Galiaula ad l. Centurio, nu. 188. ff. de vulg. Marcſilanus Notabili 162 Ruinus in conſ. 52. num. 1 & 96. num. 7. lib. 2. Rubeus in conſ. 157. nu. 6. Socinus ſen. conſ. 140. nu. 4

Cæterum, contrariam ſententiam, nempe, ab hærede filij relictum cenſeri, ſecuti ſunt Imola in d. l. cohæredi, §. cum filiæ, num. 7. ff. de vulg Fulgoſius in l. ex tribus, nu. 3. C. de inoffic. teſtam. & ibid. Paulus Caſtrenſ num. 4. 5. Alexand in d. § cum filiæ, nu 6. & in l. 1. §. vlt. nu 3. ff eod tit & in conſ. 12. nu. 24. lib. 3. Iaſon in l. precibus, nu. 15. C. de impub. & alij, quos refert, & ſequitur Franciſcus Mantica de coniecturis vltimar. voluntatum, lib. 8. tit. 3. poſt num. 5.

Cæterum, inter huius ſententiæ autores Bart. etiam tanquam ſibi contrarius recenſetur, ſed, vt mihi videtur, iniuria, in l. qui duos, ff de vulg. verba eius hęc ſunt: *Vltimò quæro, qualiter fuerunt concepta verba, quando legata fuerunt à ſubſtituto relicta. Dicit Gloſ quod dicit, ſi talis intra pupillarem ætatem deceſſerit, lego tibi centum, quod tene menti, & ſic non dicit lego à ſubſtituto, ſed ſimpliciter dicit, lego tibi centum & tamẽ Gloſ. dicit, quod ex iſtis verbis videtur relictum à ſubſtituto. Cõtra hoc videtur textus ſupra, l. proxima, §. cum filiæ, verſ Quod ſi hęredem, Sol. Poſſumus dicere, quod ibi verba fuerunt prolata ad ipſum impuberem; quoniam ipſum impuberem grauauit, ſed hic ſimpliciter fuerunt prolata; vnde cum referantur poſt mortẽ, videntur relinqui à ſubſtituto, argum. l. Codicillis, in princip. de uſufructu leg. Et hoc puto verum in ſubſtitutione directa: In ſubſtitutione verò fideicommiſſaria, an videantur legata relicta ab hærede, vel fideicommiſſario, dic plenè, vt dixi in l. Marcellus, infra ad Trebell.* &c.

Hoc in loco Bartolus locutus eſt, quando filio impuberi pater dedit ſubſtitutum, & quæſtio eſt; an legata videantur relicta à ſubſtituto; an vero ab impubere. Et dicit videri relicta à ſubſtituto. At ſuprà in l. cohæredi, §. quod ſi hæredem, ff de vulg locutus non eſt Bartolus de filio impubere, cui datus eſt ſubſtitutus; ſed quæſtionem poſuit, vtrum à filio ipſo impubere fideicommiſſum relictum videatur; an verò ab hærede eius. Quæ ſpecies longè differt ab ea, de qua loquitur in d. l. qui duos.

Vnum tantum dixit, & verè Bartolus in d. l. qui duos, quod videtur fundamentum tollere eius ſententiæ, quã aduotauit in d. l cohæredi, § quod ſi hæredem; Nam et d. § quod ſi hæredem, notauit, fideicommiſſum in dubio relictum cẽſeri à filio impubere. At in d l qui duos, obſeruauit textum in d § quod ſi hæredem, loqui eo in caſu, quo verba fideicommiſſi diriguntur ad ipſum filium, & ſic filius ipſe rogatus eſt. Et verum eſt hoc, quia textus in d. §. quod ſi hæredem, ita loquitur. Sic enim ait: *Quod ſi hęredem filium pater rogauerit, ſi impubes diem ſuum obierit, Titio hęreditatem ſuã reſtituere*, &c.

Tertiam opinionem colligit Iacobus Menochius ex diſtinctione Aretini in l. 1. § vlt. nume 20. ff. de vulg. quam ſecutus eſt in conſil. 144. num 25. verſic. Quintus eſt caſus, libro 2. & latius de præſumpt. libro 4. præſumptio. 72. nume. 14. Sed quoniam in primo caſu Aretinus loquitur, quando filio impubere datus eſt ſubſtitutus, poſt cuius mortem hæreditas reſtituenda eſt, & tunc

A onus reſtitutionis dicit iniunctum eſſe ſubſtituto; Ideo hic caſus ad rem noſtram non pertinet; quia nos loquimur, quando dubitatur, vtrum ab impubere filio, an autem ab hærede eius relictum ſit fideicommiſſum; non autem vtrum ab impubere, vel eius ſubſtituto, ſeu hæredibus ipſius ſubſtituti. Et conſequenter diſtinctio illa tertiam opinionem conſtituere non debet.

Huius igitur ſententiæ poſterioris, quę docet fideicõmiſſum ab hærede filij impuberis relictum videri, illud eſt fundamentum, quod legata & fideicommiſſa ab hærede legitimo filij impuberis relinqui poſſint, l. ſi Titio, 95. §. 1. cum l. ſeq. de leg 1. *Sicuti conceditur*, inquit Iulianus, *vnicuique ab eo, ad quem legitima eius hereditas, vel bonorum poſſeſſio peruentura eſt, fideicommiſſum dare: ita ab eo, ad quem impuberis filij legitima hereditas, vel bonorum poſſeſſio peruentura eſt, fideicommiſſa rectè dabuntur.*

Cum igitur fideicommiſſa ita relinqui poſſint ab hærede filij impuberis, ſicut ab ipſo filio impubere, in dubio videtur ea præſumptio magis veriſimilis, vt ab hærede
B relicta cenſeantur, ne filius grauatus eſſe præſumatur, ſed potius hæres eius: præſertim, quia fideicommiſſum, ſiue reſtitutio poſt mortem filij confertur. Et hæc præſumptio magis fauet voluntati teſtatoris, vt tota hæreditas reſtituatur abſque detractione legitimæ.

Fundamentum verò prioris ſententiæ, quæ à filio impubere docet relictum cenſeri fideicommiſſum, primò ponitur in d. l. cohæredi, §. cum filiæ, verſ. Quod ſi hæredem, ff. de vulg ibi: *Vt ab impubere fideicommiſſo poſt mortem eius dato*, &c. Secundò, in c. ſi pater, de Teſtam. in 6. ſumpto argumento à contrario ſenſu. Nam ibi pauperes poſt mortem filiorum fuerant ſubſtituti, & dicitur, legitimam & Trebellianicã detrahi non poſſe, quia illa ſubſtitutio cenſetur directa pupillaris: Ergò innuit à contrario ſenſu textus, ſi fideicommiſſaria eſſet, locum fore deductioni legitimæ.

Sed valde infirmum eſt hoc fundamentum. Nam quod attinet ad textum in d § cum filiæ, verſ. Quod ſi hære-
C dem, verba teſtatoris in ea ſpecie directa ſunt ad filium, & ille rogatus eſt reſtituere. Quapropter, loquitur ibi Iuriſconſultus in caſu certo, non autem in dubio, vti nos loquimur. *Quod ſi hæredem filium pater rogauerit*, &c. inquit textus Quòd verò attinet ad cap. ſi pater, nihil vrget argumentum à contrario ſenſu: quia contrarius ſenſus in eo poteſt verificari, quod ſi fideicommiſſaria ſubſtitutio facta eſſet ipſis filijs, & ſic grauati eſſent ipſi filij onere reſtitutionis, tunc locus eſſet detractioni legitimæ. Nulla enim neceſſitas nos cogit argumentum à contrario ſenſu ſumere, quando non filij eſſent grauati, ſed hæredes eorum; quia non loquitur Summus Pontifex, cum verba fideicommiſſi ſiue reſtitutionis ſunt impersonalia, nec intelligi poteſt ad quem referantur. Ponit enim caſum in directa ſubſtitutione facta, verbis illis; *Chriſti pauperes inſtituendo hęredes*, &c.

Sed licet hoc fundamentum non ſit ſolidum, hæc tamen ſententia mihi probabilior videtur, hoc argumen-
D to. Nam ratio, cur legata & fideicommiſſa relinqui poſſint ab hærede impuberis filij, ſicut relinqui poſſunt ab hærede ipſius teſtatoris, illa eſt; quia cenſentur tacitè vocati ab ipſo teſtatore, dum pupillariter filio impuberi alios non ſubſtituit: Videtur enim velle, vt filius impubes inteſtatus decedat, & conſequenter vocare tacitè ipſos hæredes legitimos ab inteſtato venientes, l. conficiuntur, ff. de iure Codicillor quamob rem & eos grauare poteſt legatis, & fideicommiſſis. Sed quando talis ex facto Proponitur facti ſpecies, in qua poſt impuberis mortem alteri reſtituenda ſit hæreditas, certè non videtur eſſe probabilis cõiectura, vt eos grauare teſtator velle credatur, quibus nihil reliquit, nec tacitè, nec expreſſè; ſiquidem, hæreditas tunc poſt mortem impuberis ad alios pertinet, ex voluntate teſtatoris expreſſa. Duæ igitur hoc in caſu neceſſariæ ſunt præſumptiones. Prima, quod teſtator tacitè voluerit impuberis hæreditatem ad

hæredes

hæredes eius legitimo peruenire, & huic præſumptioni aduerſatur expreſſa aliorum vocatio, ac fideicommiſſaria ſubſtitutio. Secunda, quod hæredes legitimi ipſius impuberis videantur rogo restituere alteri hæreditatem. Et huic præſumptioni obſtat illa ratio, quod ipſi nõ ſunt vocati, nec ſunt honorati: Et ideo nec onerari præſumendi ſint, l. ab eo, C. de fideicom. cum ſimilibus.

CAPVT LXVII.

Bonorum appellatione in legatis, verum venalia contineantur.

NEgari non poteſt, quin aliqua ſit controuerſia Doctorum hac in re, ex notatis a Pinello ad Rubr. C de bonis maternis in 1. parte, num. 38. Menochio lib. 4 de præſumpt. cap. 137 nu. 6. Sed tamen vera & recepta eſt diſtinctio, quam Bartolus indicauit in l. generali, § vxori, ff. de auro, & arg. legato. Aut aliquis legat omnia ſua bona ſimpliciter ſine alicuius loci adiectione, & tũc legato continentur etiam res venales; quia ipſa verborum ſignificatio omnia includit, argum. l. Iulianus, de leg. 3. l. Pediculis, §. Labeo, ff. de auro, & arg. legato. Aut verò quis legat omnia ſua bona cum adiectione loci, vt puta; lego omnia bona, quæ domi habeo, & tunc res venales legato non continentur, l. generali, § vxori, ff. de vſufr. leg. Scæuola: *Vxori vſumfructum domum, & omnium rerum, quę in his domibus erant, excepto argento, legauerat.* Et paulo infrà: *Respondi excepto argento, & his quæ mercis cauſa comparata ſunt, cæterorum omniũ vſumfructum habere legatarium.* Qua in re illud omittendum non eſt, iniuriam a Pinello factam videri Decio, quaſi non bene hanc rem percepiſſet, nec illum textum, nec Bartolum rectè allegaſſet. Nam in l. 1. num. 24. de reg. iuris, ita ſcribit Decius: *Nam in legato generali eorum, quæ in domo ſunt, non veniunt venalia, l. generali, §. idem quęſiuit,* &c. Et alibi etiam ſemper allegauit Bartolum in § vxori. Sed facit aliquam difficultatem, quod etiam ſi nulla ſit mentio adiecta loci, non videntur tamen legato generali venalia contineri, l. pediculis, §. item cum quæreretur, ff. de auro, & arg. leg. Paulus. Item cum quæreretur de tali legato. *Hoc amplius filia mea dulciſſima è medio ſumito, tibique habeto ornamentum omne meum muliebre cum auro, & ſi qua alia muliebria apparuerint. Cum teſtatrix negotiatrix fuerit, an non ſolum argentum, quod in domo, vel intra horreum uſibus eius fuit, legato cedat: ſed etiam quod in baſilica fuit muliebre: Reſpondi, ſi teſtatrix habuit proprium argentum ad uſum ſuum paratum, non videri id legatum, quod negociandi cauſa venale proponi ſoleret, niſi de eo quoque ſenſiſſe, is qui petit, probet.*

Idem probatur in l. ſeruos, de leg. 3. Vlpianus: *Eum, qui venalitiam vitam exerceat, puto non facilè contineri velle eiuſmodi mancipia: niſi euidens uoluntas fuerit etiam de his ſententiæ. Nam quos quis ideo comparauit, vt illico diſtraheret, mercis magis loco, quam ſuorum habuiſſe credendum eſt.*

Non probatur Ario Pinello ſolutio Accurſij in d. §. Item cum quæreretur, in verbo, *non videri*, teſtatorem videri legatum reſtrinxiſſe, cum dixerit *meum*, quia tacitè intelligitur illud verbum *meum*, nec enim exemplum aliquod legató rerum teſtatoris fingi poteſt ſine pronomine illo. Ideo reſpondet ipſe. in dictis legibus, non agi de legato generali rerum vel bonorum; ſed potius certæ cuiuſdam ſpeciei bonorum, vt patet. Sed non mihi probatur hæc ſolutio Pinelli. Primò, quia Doctores non diſtinguunt inter legatum generale bonorum, vel legató generale certorum bonorum. Secundò, quia nulla eſt ratio diuerſitatis. Tertiò, quia vera, & plana ſolutio colligitur ex circunſtantia particulari, quam in dictis legibus conſiderant Iuriſconſulti, nempe, perſonæ ipſius teſtatoris ſiue teſtatricis legantis; ex qua eius uoluntatem conijciunt. Nam Paulus loquitur de teſtatrice, quæ erat negociatrix, & in eo fundat ſuam deciſionem; *Cum teſtatrix fuerit negotiatrix*, inquit, &c. Rationem Vlpianus adſert, ſimiliter ſupponens teſtatorem venalitiam artem exercuiſſe: *Eum qui venalitiam vitam exerceat*, inquit, *puto non facilè contineri uelle eiuſmodi mancipia. Nã quos quis ideo comparauit, ut illico diſtraheret, mercis magis loco, quàm ſuorum habuiſſe credendum eſt.*

Cum igitur teſtator eſt mercator, & generaliter legat certa quædam bona ſua, intelligitur ea legare, quibus ipſe vtitur, non autem ea, quæ mercis cauſa habet. Hæc enim non videtur habere in numero ſuarum rerum; ſed ea tantum, quæ habet, vt ipſe vtatur, non vt diſtrahat. Non igitur verba legati reſtrictionem inducunt in caſibus prædictis, ſed uoluntas teſtantis, quæ colligitur ex qualitate perſonæ.

CAPVT LXVIII.

De dictione (ſeu) in legatis appoſita, utrum vim habeat ampliandi legati, ad interpret. l. ſi quis ita, ff. de auro, & argento leg.

PAulus ita ſcribit: *Si quis ita legauerit, vxori meę mundum, ornamenta, ſeu quę eius cauſa parauit, do, lego, placet omnia deberi, ſicut cum ita legatur: Titio vina, quę in vrbe habeo, ſeu in portu, do, lego: hec enim verbum ſcilicet (ſeu) ampliandi legati gratia poſitum eſt*, l. ſi quis ita, ff de auro, & arg leg.

Huius autoritate reſponſi Alexand. ab Alex dierum Genialium lib. 2. cap. 3. reſpondit, cùm ita quidam legaſſet: Fundum ſuburbanum, ſeu ædes meas, quæ in via lata ſunt Titio lego. vtrumque Titio deberi, atque ita a iudicibus ſententiam latam fuiſſe. Atque ita dictionem iſtam (*ſeu*) in legatis ampliandi gratia poſitam cenſent, ipſumque legatum ampliare docuerunt in expoſitione eius legis Bartolus, & Albericus, Antonius Cutrius, in cap. Inter cæteras, de Reſcript. Cynus, Baldus, Caſtrenſis, & Iaſ. ad l. cum quidam, C. de verb. ſig. Alex. in conſ. 193. li. 2. Cremenſis ſing. 56 Alc. ad l. ſępè, ff de verb. ſig.

Sed contrarium, & melius docuerũt Baldus, Decius, Socinus & Ripa, num. 44. in d. c. inter cæteras, de Reſcriptis, & quidam alij, quos refert, & ſequitur Couuar. Variar. reſolut. lib. 2. cap. 5. num. 10 nempe, dictionem (*ſeu*) etiam in legatis ſuam naturam obtinere; & ſic diſiunctiuè accipiendam eſſe, ut alias accipitur, l. 1. §. ſublata, ff ad Trebell. generali, C. de Sacroſanct. Eccleſ. quandoquidem illud reſponſum Pauli nihil obſtet. Nam illud, quod Paulus reſpondit, locum habet, cum dictio (*ſeu*) appoſita eſt inter ea, quorum vnum ſub altero cõtinetur; tunc enim vim habet coniungendi, & ampliandi electa ea parte, quę vtrumque complectitur. Declaro. Teſtator dixit: *Vxori meæ lego mundum, ornamenta, ſeu, quæ eius cauſa parani.* Hic mundus, & ornamenta continentur ſub ijs, quæ uxoris cauſa parata ſunt. Nam hæc proculdubio uxoris cauſa parari ſolent, l argumento, § ornamenta, ff. de auro, & argento leg. Conſequenter omnia debentur legatariæ. quia dictio (*ſeu*) eſt poſita inter genus & ſpeciem, ideo ſub genere continetur ſpecies. Sic & cum teſtator legat vina, quæ in vrbe habet, *ſeu*) in portu, omnia debentur, quia ſub nomine eorum, quæ ſunt in vrbe, continentur etiam, quæ ſunt in portu, l Cæſar, ff. de publican. ibi: *Reſpondit, tametſi portus quoque, qui in inſula eſſent, omnes eius Inſulæ eſſe uiderentur*, &c. Iuuat hanc ſententiam quod latè ſcribit Felyn. in c. Rodulphus, nu. 7. de Reſcriptis. Ciuitatis appellatione etiam portum contineri, & mare illi adiacẽs, quod ibi latè proſequitur.

CAPVT LXXI.

Si filius ſub conditione caſuali, vel mixta fuerit hæres inſtitutus, vtrum hodierno iure valeat teſtamentum, & in hoc correcta ſit l. ſi pater, C. de inſtitutio & ſubſtitutio.

ALexander Imperatori *Si pater filium, quem in poteſtate habebas, ſub conditione, quæ in ipſius poteſtate non erat, hæredem ſcripſit, nec in defectum eius exhæredauit, iure teſtatus non videtur*, l. 4. C. de inſtitu. & ſubſtit.

Iam controuerſia eſt; ſitne idem reſpondendum nouiſſimo iure inſpecto. Negat enim Bartolus in Commētarijs dictæ legis, & cum eo alij multi, quos refert, & ſequitur Clarus in §. Teſtamentum, q. 39. verſ. Sed quæro. quibus adde Vaſquium de Succeſſionum creatione, libro 3. §. 30. parte 2. lim. 34. nu. 111. Cæterum, affirmant multi alij, quos refert & ſequitur Socinus ſenior in conſil. 97. nu. 3. lib. 3.

Pro huius quæſtionis deciſione notandum eſt, Iuſtinianum multas edidiſſe Conſtitutiones in fauorem teſtamenti, ne ſcilicet actione mota de inofficioſo teſtamēto reſcinderetur. Et in primis ſtatuit, vt filio minus legitima portione relinqueretur, non ideo tamen reſcindi poſſet teſtamentum; ſed actio concederetur ad replendam ipſam legitimam portionem, vulgò dicimus ad ſupplementum legitimæ, l. omnimodò, C. de inoffic. teſtam. Sed quoniam euenire poterat, vt legitima quidem portio tota filio relinqueretur, ſed tamen adiectis aliquibus conditionibus, vel dilationibus, ſtatuit, vt purè, & abſque omni conditione, onere & grauamine relinquatur, & conditio ipſa, onus & grauamen pro non ſcriptis habeantur, l. quoniam in prioribus, C. eod. tit.

C Tertiò & illud etiam proſpexit, ſi plus quàm legitima portio filio relinqueretur, puta tota hæreditas per fideicommiſſum ſub conditione, vt quantum ad legitimam portionem attinet, illam filius ſtatim & abſque omni dilatione, & mora conſequeretur; quantum verò ad reſiduum hæreditatis, illud reſtitueretur, quemadmodum teſtator diſpoſuiſſet, l. Scimus, §. cum autem, C. eod. tit. Verba ſunt iſta: *Cum autem quis extraneo hærede inſtituto, filio ſuo hæreditatem ſuam reſtituere cum moriatur, diſpoſuerit, vel in tempus certum reſtitutionem diſtulerit: quia noſtra Conſtitutio, quæ antea compoſita eſt, omnem dilationem, omnemque moram cenſuit eſſe ſubtrahendam, vt quarta pura, & mox, filio reſtituatur: in huiuſmodi ſpecie quid faciendum ſit dubitatur. Sancimus itaque quartæ quidem partis reſtitutionem iam nunc celebrari, non expectata nec morte hæredis, nec temporis interuallo, reliquum autem, quod poſt legitimam portionem reſtat, tunc reſtitui, quando teſtator diſpoſuit.*

D Poſtremo, Nouella ſua Iuſtinianus ſtatuit, vt filius inſtitui deberet, vel ex iuſta cauſa exhæredari, & honorabili titulo inſtitutionis legitimam eſſe relinquendam, vt in Authen. Vt cum de appellatione cognoſc. §. aliud quoque capitulum.

Omnis ergò difficultas in hoc conſiſtit; an cum filius hæres inſtitutus eſt, ſub conditione caſuali, vel mixta, ſuſtineri poſſit teſtamentum, aliqua ratione ex dictis Iuſtiniani Conſtitutionibus.

Et quidem conſtat inter omnes, iuuari non poſſe ex l. omnimodò, quia illa loquitur, cum minus legitima portione relictum eſt. Bartolus igitur exiſtimauit iuuari poſſe ex d. l. quoniam in prioribus, & d. l. Scimus, §. cum autem, in hunc modum, vt quantum ad legitimam attinet portionem, filij inſtitutio facta intelligatur eſſe pura, & conditio pro non ſcripta habeatur. Si dicatur textum in § cum autem, locum non habere hodierno iure, quoniā filio legitima relinqui debet inſtitutionis titulo, reſpondit Bart. id non obſtare, quia licet in eo ſit correcta; in alijs tamen ſeruari debet,

A Sed mihi certè hanc rem diligenter contemplanti, contraria ſententia verior videtur. Principiò enim ſatis conſtat, nullam eſſe Iuſtiniani legem aut Nouellam Cōſtitutionem, qua expreſsè derogatum ſit Conſtitutioni, quæ eſt in l. ſi pater, C. de inſtit. & ſubſtit. Deinde, ſatis durum videtur, cum hodierno iure neceſſariò ſit legitima filio relinquenda titulo inſtitutionis; antiquo autem iure ſufficeret eam relinquere quocunque titulo: antiquis legibus eſſe conſtitutum, vt teſtamentum iure non valeret, in quo filius ſub conditione caſuali, vel mixta inſtitutus eſſet, vt in d. l. ſi pater; iam verò contrarium ſit dicendum, hoc inquam tempore, quo filiorum inſtitutioni plus honoris tributum eſt, quàm olim.

Tertiò, non videtur ad hanc rem pertinere Conſtitutio d. l. quoniam in prioribus, nec Conſtitutio d. §. cum autem, illa enim loquitur in eo caſu, quo teſtamentum valet, ſed reſcindi poteſt per querelam, vt patet ex illis verbis: *Illud ſtatuimus, vt ſi quid minus legitima portione eis relictum ſit, qui ex antiquis legibus de inofficioſo teſtamento*

B *actionem mouere poterant, hoc repleatur*, &c. Item loquitur, quādo ſola legitima filio eſt relicta, adiecta conditione, vel grauamine. Id patet ex illis verbis: *Hoc in præſenti addendum eſſe cenſemus, vt ſi conditionibus quibuſdam*, &c.

Conſtitutio verò de qua in §. cum autem, loquitur eo in caſu, quo teſtamentum valet; quia extraneo inſtituto, filio aliquid relictum eſt, immò tota hæreditas per fideicommiſſum conditionale relicta eſt, qui caſus longè differt ab hoc noſtro. Nam ſublata conditione, quantum ad legitimam filij, reliquum hæreditatis manet apud extraneum hæredem inſtitutum, tunc præſtandum, quando teſtator diſpoſuit. Sed vbi filius ipſe ſolus hæres inſtitutus eſt, ſub tali conditione, non poteſt hoc modo legitima ſeparari à reliqua hæreditate. Nam ſi illa ſeparetur, quantum ad reſiduum hæreditatis, impleri non poterit teſtatoris diſpoſitio: quoniam etiamſi cōditio defecerit, ſemper filius obtinebit etiam reliquum hæreditatis. Id probatur: Nam ſi conditio deficiat, nihilominus filio totum reſiduum accreſcet, quia eſt perinde, ac ſi purè in legitima inſtitutus eſſet: quo caſu cum nullus alius hæres inſtitutus ſit, tota ad eum ſpectat hæreditas, l. 1. § ſi hæres ex fundo, ff. de hæred. inſtit. Neque enim cætera pars hæreditatis conditione deficiente pertinere poteſt ad legitimos hæredes teſtatoris; quia ius noſtrum non patitur, ût pro parte quis teſtatus, & pro parte inteſtatus decedat. Ergò contra voluntatem teſtatoris totam hæreditatem filius obtineret, etiam conditione deficiente, quæ ratio non habet locum in ſpecie, de qua loquitur textus in d. §. cum autem, quoniam ibi alius fuit hæres inſtitutus, ad quem deficiente conditione ſpectabat hæreditas.

CAPVT LXXII.

Cur Prætor hæredem facere non poſſit, ad interpretationem, §. quos autem, in Inſtit. de bonor. poſſeſſ.

IMperator ſic ait: *Quos autem ſolus vocat Prætor ad hæreditatem, hæredes quidem ipſo iure non fiunt: nam Prætor hæredem facere non poteſt. Per legem enim tantum vel ſimilem iuris Conſtitutionem hæredes fiunt, veluti per Senatuſconſulta, & Conſtitutiones Principales. Sed cū eis Prætor dat bonorum poſſeſſionem, loco hæredum conſtituuntur, & vocantur bonorum poſſeſſores.*

Controuerſia eſt, cur Prætor hæredem facere non poſſit. Prima eſt ſententia Alberici, ad Rubr. C. qui admitti ad bonorum poſſeſſ. cauſam eſſe, quia iure ciuili alius iam factus erat hæres, ſcilicet fiſcus, deficientibus ſuis, & agnatis, quare, is non poterat deſinere hæres eſſe, l. etſi ſine, §. ſed quod Papinianus, in fine, ff. de minoribus.

Sed obſtat huic ſententiæ, quod licet ius ciuile deferat alijs hæreditatem, non tamen ij neceſſariò hæredes

efficiebantur, idem potuiſſet Prætor alios interea hæredes facere. Huc accedat, quod per legem fieri poteſt, vt qui ſemel eſt hæres, deſinat hæres eſſe, vt declarat Decius, in l. poſt aditam, poſt principium, C. de impub. & alijs ſubſtitut.

Secunda eſt ſententia Pauli Caſtrenſis in d. Rubr. C. qui admitti. cauſam eſſe; quia Prætor non habet poteſtatem legis condendę, licet eius edicta vim legis obtineãt, §. Prætorum quoque, in Inſtitut. de iure natur. gent. & ciuil.

Sed obſtat ſecundum Decium, quod ſi Prætorum edicta vim legis obtinent, nulla ratio videtur prohibere, quo minus hæredem facere poſſint, ſicut per legem conſtat fieri poſſe hæredem.

Tertia eſt ſententia ipſius Decij, in eadem Rubr. Prętorem hæredẽ facere poſſe, ſed non ſolum: ſic enim Iuſtinianus: *Quos autem ſolus vocat Prætor*, &c. Quare ſimul cum lege poterit Prætor hæredem facere.

Sed aduerſatur huic ſententiæ, quod non ſolum Imperator dicit, Prætorem hæredem facere non poſſe, ſed nec etiam Prætorem abſolutè facere poſſe hæredem. *Per legem enim tantum*, inquit, *vel ſimilem iuris Conſtitutionem, hæredes fiunt*. Et ſi legis condendæ Prætor habuit poteſtatem, vt Decius exiſtimat, nulla eſt ratio, cur & ipſe hæredem facere etiam ſolus non potuerit.

Quarta eſt ſententia Alciati, lib. 3. Parergon, cap. 3. Is dicit, Prætorem non habuiſſe poteſtatem legis condendæ, ea legibus 12. Tabular. Sic enim lex dicebat. *Iuris diſceptator, qui priuata iudicet, iudicariue iubeat, Prætor eſto. Is Iuris Ciuilis cuſtos eſto.* Aut ergò, inquit Alciatus, Prætor concedit bonorum poſſeſſionẽ ei, qui à Iure quoque Ciuili hæres eſt factus, & tunc iſte fit hæres ex lege, non autem ex edicto Prætoris. Aut Prætor concedit bonorum poſſeſſionem ei, quem Ius Ciuile non agnoſcebat; & tunc, quia ius hæreditarium delatum erat alteri ea lege Ciuili, ipſe hæredem facere non poterat; quoniã ius directum alteri, erat delatum à lege, ipſe vero legis condendæ poteſtatem non habebat.

Sed hæc ſententia non videtur tuta; quia Prætorem habuiſſe poteſtatem legis condendæ, colligi videtur ex Feneſtella, de Magiſtratibus Romanorum, cap. 19 quem locum citat Zaſius in Commentarijs ad tit. de off. Prætoris. Ioan. Stichard. in Rubr. qui admitti. & alia in eandem ſententiam citat Conradus Lancellotus de officio Prætoris, cap. 1.

Quinta eſt ſententia Belloni, lib. 1. Supputationum iuris, cap. in Prætorem iuri dicendo præpoſitum fuiſſe, propter quod edicta proponebat ad id pertinentia, & ſe ad iudicia referebat, dicens: *Pacta ſeruabo, iudicium dabo*, &c. Quare, ſi v. g. filius emancipatus admitti ſe ad ſucceſſionem patris defuncti cupiebat, Prætorem adire cogebatur, & ab eo bonorum poſſeſſionem accipere, quare id quod dicitur, Prætorem hærédem facère non poſſe, hunc ſenſum habet: eum, qui ea Prætoris edicto ad defuncti ſucceſſionem vocatur, non poſſe *ipſo iure*; id eſt, per ſe ipſum, hæredem fieri; ſed Prætoris decretum requiritur: licet is, qui à lege ad hæreditatem vocatus eſt per ſe hęreditatem adire, & hæres fieri poſſit.

Sed repugnat huic ſententiæ, quod ea admiſſa ſequeretur, ſi Prętor aditus ab huiuſmodi filio emancipato, & ſimilibus voluiſſet eos hæredes facere, eum potuiſſe, atque id Bellonus fatetur: ſed repugnat textus Iuſtiniani. *Prætor*, inquit, *hæredem facere poteſt*.

Sexta eſt ſententia Iacobi Cuiacij in notis ad Inſtit. Prætorem hæredem facere non poſſe; quia nec dominũ facere poteſt: hæres enim eſt dominus, & idem dixit VVeſembecius in eundem locum, & latè eandem ſententiam proſequitur Raynaldus Corſus, lib. 3. Indagationum iuris, cap 4.

Sed oppono huic ſententiæ textum in l. 2. ff. de bono. poſſeſſ. ibi: *Dominus ergo ſit bonorum poſſeſſor*.

Cogitabam dici poſſe hanc eſſe Iuſtiniani ſentẽtiam, eos, quos Prætor vocat ad hęreditatem, non fieri hære-

A des *ipſo iure* id eſt. iure ciuili, ſicut in Inſtit. de perpetuis, & tempor. actio § non autem, ait idem Imperator, *omnes actiones, quæ in aliquem aut ipſo iure competunt, aut à Prætore dantur*, &c. illa verba, *ipſo iure*, intelliguntur, id eſt, iure ciuili. Non poteſt igitur Prætor hæredem facere in hunc modum, vt iure ciuili hæres ſit: quia per legem tantum vel ſimilem iuris conſtitutionem hæredes fiunt iure ciuili. Sed loco hæredis erit, ſic in l. 1. §. idem Pomponius, ff. quod falſo tutor. autor dicit textus: *Tunc enim valebit per Prætoris tuitionem, non ipſo iure* Ius enim Prætorium, adiuuandi, uel ſupplendi, vel corrigendi iuris ciuilis gratia introductum eſt, Ius autem ciuile. §. ius Prętorium, ff. de iuſt. & iure, & viua vox iuris ciuilis eſt, l. nam ipſum, ff. eo. ſed non dicitur ius ciuile, ita, vt idem ſit iure ciuili aliquid conſtitutum eſſe, vel iure Prętorio; ſiue per Prætorem. Differũt enim hæc, vt patet. Et idem dicit Imperator, eos non ipſo iure hæredes eſſe; quia Prętor non poteſt facere; vt aliquis ſit hæres ipſo iure, ſcilicet ciuili: ſed decreto tamen ipſius Prætoris pro hærede habebitur. Sed de Scholaſtica quæſtione liberum cuique iudicium eſto. B

CAPVT LXXIIII.

Quæ ſit edictalis, & decretalis bonorum poſſeſſio?

NOn eſt exploratum apud iuris autores, quę ſit edictalis, & quæ decretalis bonorũ poſſeſſio, quam ob rẽ inter noſtros interpretes eſt controuerſia. Accurſius in l. prima, § decretalis, ff. de ſucceſſor. edicto, & in l 3. § cauſa cognita, ff. de bonor. poſſeſſ. & cum eo Bart. ibi, § à municipibus. Decius in Rubr. C. qui admitti, numero 17 Stichard. ibid. nu. 14. & ante eos Aretinus, & alij, quorum ſententiæ Zaſius ſubſcribit, in l. quicum, nu. 6. ff de except. docent edictalem eſſe, quæ datur ex edicto Prætoris mortui; Decretalem verò, quæ ex edicto Prætoris viui. Edictalis, reſpicit ius quærendum, Decretalis, ius quæſitum. Per edictalem ius conſequimur petendi Decretalem. Per Decretalem acquirimus C actionem, quæ uocatur bonorum poſſeſſoria hæreditatis petitio.

Sed obſtat huic ſententiæ, quòd ea admiſſa, nulla poſſet dari perfecta bonorũ poſſeſſio ſine Iudicis decreto, ſiquidem edictalis indiget Decretali, & per eam peruenitur ad Decretalem. At contra hoc eſt textus in l 2. §. dies, ff. quis ordo in bonor. poſſeſſ ſeruet. *Dies*, ait Iuriſconſultus, *bonorum poſſeſſionis vtiles eſſe palam eſt, ſed non ſeſſionum numerabuntur, ſi modò ea ſit bonorum poſſeſſio, quę de plano peti poteſt, quod ſi ea, quę cauſę cognitionem deſiderat, aut quæ decretum expoſcit*, &c. Quibus verbis apparet, aliquam eſſe bonorum poſſeſſionem, quæ Decretum non requirit.

Alciatus ad l. delata, ff. de verbor. ſignif. exiſtimat Decretales eſſe bonorum poſſeſſiones extraordinarias, quæ ius non tribuunt, ut eſt illa, quæ ex Carboniano edicto, quæ ventris nomine, & quæ litis agnoſcendæ gratia da- D tur. quoniam hæ potiſſimum à Decreto Prætoris pendent, ab eoque ſubſtantiam accipiunt. Edictales autem eſſe eas, quæ ordinariè dantur, & ius tribuunt, vt bonorum poſſeſſio Vnde liberi, Vnde legitimi, & ſimiles.

Hęc ſententia quatenus docet, edictales eſſe bonorũ poſſeſſiones ordinarias, probatur ea l. filium, § ſi quis cõtra, ff. de legatis præſtand. quem textum citat Cuiacius in notis ad Inſtit. tit. de bonor. poſſeſſ. Sed quatenus docet Decretales eſſe extraordinarias, quæ ius nõ tribuũt, vera non videtur, arg l. 1. §. Decretalis, ff. de ſucceſſor. edicto, quem textum urget Cagnol. in Rubr. C. qui admitti, nume. 115. Nam ibi expreſſa fit mentio bonorum poſſeſſionis Decretalis, quam tamen extraordinariã non eſſe ex eo conſtat, quod in illo titulo ſemper agitur de ordinarijs bonorum poſſeſſionibus, quæ ius tribuunt, & nullum fit de extraordinarijs verbum, vt latè Cagnolus deducit.

Iacobus

Iacobus Menoch de adipiſcenda poſſeſſ. Rem. 1. nu. 16. dicit, Edictalem eſſe, quæ datur ex Prætoris edicto, competitque illis perſonis, quæ uerbis ipſius edicti comprehenſæ ſunt. Et ordinaria dicitur, cauſaque cognita aliquando datur, aliquãdo ſine cauſę cognitione, l. 2. §. dies, ff. quis ordo in bonor. poſſeſſ. ſeruet. Decretalem uero, quæ datur ei, qui uerbis quidem edicti non eſt comprehenſus, ſed Prætor æquitate motus eam concedit. Exemplum eſt in l. ex duob. § filius, ff. de bonor. poſſeſs. contra Tab. in l. 1. §. nepos, ff. ſi quis a parente fuerit manumiſs. Vel, ſi edicti verbis eſt comprehenſus, res tamen eget declaratione, & decreto Iudicis, propter controuerſiam illi ab aduerſario motam, ut in l. 1 §. ſi ea, ff. de uentre in poſſeſſ. mitt. Vel quando edictum moderatione indiget, ut in l. Saluius Ariſto. ff. de leg. præſtan. vel quando alterius nomine bonorum poſſeſſio petebatur, ut in l. 1. ff. de bonor. poſſeſſ. infant. furioſ. &c. in l. 1. § furioſo, ff. de ſucceſſor. edicto, in l. 2. §. ſi quis ex liber. ff. ad Tertyll. in l. penult. ff. de bonorum poſſeſſ. in l. ſi infanti, C. de iure deliber.

Ego in tanta obſcuritate, poſtremæ huic ſententiæ calculum præbeo meum, quod enim uiro præſtantiſſimo opponam, nihil habeo.

CAPVT LXXIV.

In obtinenda bonorum poſſeſſione ſitne, iure nouiſſimo inſpecto, decretum Prętoris neceſſarium.

HVic controuerſiæ cauſam attulit Alciat. lib. 2. Paradoxorum, c. 13. Nam cum aliorum ſit communis ſententia, decretum neceſſarium non eſſe, ex ult. C. qui admitti, ipſe contrarium docet. Videamus, rectè, an perperam. Ait Cõſtantinus in d. l. vlt. *Vt uerborum inanium excludimus captiones, ita hoc obſeruari decernimus, vt apud quemlibet iudicem, vel etiam apud Duumuiros qualiſcunque teſtatio complectendæ hæreditatis oſtendatur: ſtatutis priſco iure temporibus coarctanda*, &c.

Alciatus reſpondet, nullum verbum in ea lege de Decreto Iudicis, quod ſit ſublata eius neceſſitas, ſed ſublatas eſſe dicit inanes verborum captiones, ſcilicet petitionis bonorum poſſeſſionis. Quamobrem, & Iuſtinianus in l. vlt. § nos itaque, C. de curat. furioſ. dicit, petitionem bonorum poſſeſſionis ſublatam fuiſſe à Cõſtantino, ibi: *Cum petitio bonorum poſſeſſionis Conſtantiniana lege ſublata ſit*. Aliud eſt autem petitio, quàm Decretum, vt patet. Adde, quod Iuſtinianus in loco citato, æquiparat illam bonorum poſſeſſionem, ei, quæ furioſo decerni ſolet; ſed furiſo non datur bonorum poſſeſsio abſque Decreto: Igitur Decretum neceſſarium eſt.

Sed videamus an non ita ſit. Nam ſi petitio ſolennis eſt ſublata, & ſufficit quælibet teſtatio voluntatis, quod ſcilicet amplecti quis velit hæreditatem; Ergo non eſt opus aliquo Decreto Iudicis. Non eſt neceſſe illud petere, ergo nec impetrare; quia non petenti non datur, argum. l. 4. §. Hoc autem iudicium, ff. de damno infecto. Ad hæc, Conſtantinus vult eiuſmodi atteſtationem amplectẽdæ hæreditatis apud quemlibet Iudicem ſufficere. Conſtat autem non omnes Iudices Decretum interponere poſſe, l. ea quæ, §. Magiſtratibus, ff. ad municipalem.

Amplius, quid ſibi volunt illa Iuſtiniani verba in dicta l. vlt. §. nos autem, C. de curator. furioſ. *Licentiam damus, eam bonorum poſſeſſionem agnoſcere, quę antea ex Decreto dabatur*; Si etiam nunc neceſſarium eſſet Decretum, cur dixiſſet *antea ex Decreto dabatur*?

Non itaque hac in re Alciato aſſentior, ſed potius eum refellenti Bellono lib. quarto, Supputationum iuris, cap. 1.

A

CAPVT LXXV.

Vtrum filiusfamilias, cui bonorum poſſeſſio delata eſt, eam agnoſcendo, & petendo, aliquid adquirat ſibiipſi?

SI filiofamilias delata ſit bonorum poſſeſſio, vtrum eã petendo, & agnoſcendo, ſibiipſi adquirat emolumentũ, controuerſia eſt inter Doctores, ſi ad antiquas leges reſpiciamus, non autem, ſi ad poſteriores. Vtrumque caput huius quæſtionis ordine explicabimus.

Quod attinet ad leges veteres, filiumfamilias ſibi bonorum proprietatem acquirere Lancellotus Politus docuit, tract. de vulgari ſubſtit. nu. 43. & Alciat. lib. 4. Paradoxorum, cap. 3. qui tamen de bonis maternis tantũ loquitur; ſed ſatis eſt ad controuerſiam inducendam, quoniam cæteri Doctores contrarium docuerunt, nempe,

B patri, non autem filio in poteſtate, acquiri proprietatem bonorum. Vide interpretes in l. 1. C. qui admitti ad bonorum poſſ. & Pinellum ad l. 1. C. de bonis maternis, in 1. parte.

Argumenta prioris ſentẽtiæ ſunt iſta. Primum, ex l. 1. C. qui admitti, ibi: *Emolumentum etiam patri allatura*. Illa dictio, *etiam*, implicare dicitur, & arguere etiã filio aliquod emolumentum adquiri, nempe, proprietatem; Patri verò vſumfructum, quod ſignificare videtur etiã ipſum verbũ, *Emolumentum* enim ſignificat vtilitatem, quam ſanè ex reb. afferre ſolet vſusfructus, vt notum eſt.

Secundum eſt, ex l. cum oportet, C. de bonis quæ lib. vbi text. ita dicit: *In veteris iuris obſeruatione, multas res eſſe animaduertimus, quæ extrinſecus ad filiofamilias veniunt, & minimè patribus adquiruntur, quemadmodum in maternis bonis.*

Hęc poſtrema verba indicant, bona materna patri non acquiri ſecundum leges veteres.

C Tertium eſt, ex l. penultima, ff. ad Tertyll. vbi dicitur: *Sacratiſſimi Imperatoris noſtri oratione cauetur, vt inteſtatæ matris, hęreditas ad filiumfamilias pertineat.*

Si ad filiumfamilias tũc matris pertinebat hęreditas; Ergò filio adquirebatur, & non patri. Pertinere enim ad nos id dicitur, quod noſtram vtilitatem cõtinet. l. ſi quis ex argentarijs § pertinere, ff. de edendo.

Quartum, ex l. filius, ff. de inoff. teſtam. vbi habetur, patrem poſſe filij nomine inofficioſum dicere matris teſtamentum, & ſi in eo iudicio vincat, commodum victoriæ filio ſuo parare.

Quibus argumentis nil morantibus, contrariam ſententiam veriorem eſſe puto. Nam ſecundum leges veteres, quicquid filius acquirebat, patri acquirebatur, exceptis Caſtrenſibus, & quaſi, l. 1. ff. ſi quis à parente fuerit manumiſſus, vbi textus: *Quippe, ſi filiusfamilias eſſet, quodcunque ſibi adquireret, eius emolumentum patri quæreret*, l. adquiritur, ff. de adquir. rer. dom. ibi:

D *Non ſolum autem proprietas per eos, quos in poteſtate habemus, adquiritur nobis, ſed etiam poſſeſſio. Cuiuſcunque enim rei poſſeſſionem adepti fuerimus, id nos poſſidere videmur*, &c. l. 2. C. de patria poteſtate, vbi Antoninus: *Eius, quod in poteſtate patris agens habuiſti, dominium ad patrem tuũ pertinuit, extra ea, quę non requiruntur.* Idem habetur in § 2. in Inſtit. per quas perſonas nobis adquiritur, vbi Iuſtinianus: *Igitur liberi noſtri, quos in poteſtate habemus olim quidem, quicquid ad eos peruenerat, exceptis videlicet Caſtrenſibus peculijs, hoc parentibus ſuis adquirebant ſine vlla diſtinctione.*

Ad primum argumentum reſpondeo, dictionem, *Etiam*, in l. 1. C. qui admitti, non implicare in eum ſenſum, quaſi videatur etiam filio emolumentum adquiri, ſed in hunc modum implicare: Bonórum poſſeſſionem peti à filiofam. poſse, ignorante patre, & etiam emolumentum allaturam eſse patri, ſi ratum habuerit; quod magis placet, quàm quod ſcribit Bellonus, lib. 1. Supputationum iuris, cap. 1.

Et

A Et verbum illud, (*Emolumentum*) ſignificat totũ, ac plenũ dominium, l. Papinianus, §. meminiſſe, ff. de inoffic. teſtam. l. bonorum, C. qui admitti.

Ad ſecundum, ex l. cum oportet, reſpondet Bellonus lib. quarto, Supputationum iuris, cap. 5. Iuſtinianum ibi appellare ius uetus, ſcilicet Conſtantini, l. 1. C. de bonis maternis.

Sed hæc reſponſio non eſt bona, quia Conſtantini lex non poteſt antiqua dici, ſed potius noua, qua corrigitur ex parte ius antiquum.

Pinellus rectè illa uerba: *Quemadmodum in bonis maternis*, referenda eſſe ad ea, quæ ſequuntur, non ad præcedentia, hoc modo: *Inuenimus autem in veteris iuris obſeruatione multas eſſe res, quę extrinſecus ad filios familiarum veniunt, & minimè patribus adquirũtur*. Hic eſt pũctum. Iam pergit Iuſtinianus: *Quemadmodum in maternis bonis, vel quę ex maritali lucro ad eos peruenerint, ita & in ijs, quę ex alijs cauſis filijsfamilias adquiruntur, certam introducimus definitionem.* B

Ex quo patet, non hunc ſenſum colligi ex ueteri iure, bona materna parentibus non adquiri; ſed certam definitionem introductam fuiſſe, ut in maternis bonis, & in lucris nuptialibus, ita & in alijs rebus.

Ad tertium rectè etiam Pinellus, & clarius Bellonus lib. 4. Supputat. iuris, c. 5. non eſſe bonam conſequentiã: Bona inteſtatæ matris ad filios pertinent; Ergo patri non adquiruntur. Succedit enim filius, ſed patri adquirit eo iure.

Et verbum illud, (*pertinere*) latiſſimam habet ſignificationem, l. verbum illud, de verb. ſign. Ideo ad aliũ pertinere dicuntur, propter ſpem probabilem, quam habet ea bona conſequendi per mortem patris, vel emancipationem.

Alciatus replicat hanc interpretationem nõ poſſe defendi; quia Senatuſconſulto Orphitiano iam erat conſtitutum, vt filius inteſtatæ matri ſuccederet, quare non C rectè diceretur, oratione Sacratiſſimi Principis id fuiſſe introductum.

Reſpondeo, Sacratiſſimum illum Principem fuiſſe Diuum Marcum, cuius tempore factum eſt Orphitianum Senatuſcõſultum, vt merito dici potuerit eius oratione id cautum eſſe, quod Senatuſconſulto cauebatur, ſicuti pluribus exemplis allatis docet Bellonus loco annotato, & Hieronymus Cagnol. ad l. 1. nume 58. C. qui admitti.

Ad quartum, ex l. filius, reſpondeo, victoriæ commodum parari filio, propter honorem eius, ne videretur matris hæreditate indignus. Nam commodum noſtrum dicitur etiam id, quod ad noſtram dignitatem pertinet, l. nepos Proculo, ff. de verb. ſign.

Dices, ſi omnia, quæ filius adquirebat, patri ſuo adquirebũtur, cur filiusfamilias proprio nomine agere poteſt actione, quod ſi vi, aut clam; item Depoſiti & Commodati, l. filiusfamilias, 8. ff. de act. & oblig. D

Reſpondeo, eſſe difficilem quæſtionem, ita, vt Bar. dixerit in d. l. filiusfamilias, ſe cauſam neſcire. Si quid tamẽ hac in re, quod ſit probabile, adferri poteſt, exiſtimo id Alciatum attuliſſe, in l. cum filiofam. ff. ſi certũ pet. Cauſam hanc eſſe, quoniam in depoſito & commodato agitur de ſolius detentationis reſtitutione, quod patet: quia etiam fur, & prædo, agere poſſunt ex Depoſito & Commodato, l. 1. §. ſi prædo, ff depoſ. l. ita, ff commod. Huius autem detentationis filiusfam capax eſt; quia etiam ſeruus eſt capax, l. ſtipulatio iſta, §. hæc quoque, ff de verborum oblig.

Dixi in principio capitis, iure nouiſſimo controuerſiam non eſſe in propoſita ſpecie; quia patri bona adquiruntur quantum ad uſumfructum; filijsfam. quoad dominium, l. 1. C. de bon. matern. Conſtantini, l. 2. C. eodẽ Arcadij, l. 1. C. de bonis, quæ lib. Theodoſij, l. cum oportet, C. de bonis, quæ lib. Iuſtiniani.

CAPVT LXXV.

Rurſus de bonorum poſſeſſione filiofam. delata, ſi is abſque conſenſu patris eam agnouerit, & pater non ratificauerit; an filio adquiratur, isq; creditoribus ac legatarijs ſatisfacere teneatur.

SEcundum leges veteres exiſtimo, bonorum poſſeſſionem filiofamilias non adquiri, ſi eam agnouerit abſque conſenſu patris, & pater agnitionem ratam nõ habuerit, ex l. vlt. ff quis ordo in bonor. poſſeſ. ſeruet. Marcellus: *Quęri poteſt: ſi cum poſſet filius petere bonorum poſſeſſionem patre ita abſente, ut certiorare eum non poſſit, vel etiam furente: petere neglexerit, an peti amplius non* B *poſſit. Sed ut quid noceat non petitam bonorum poſſeſſionem, quę ſi petita eſſet, tamen non ante adquireretur, quam pater comprobaſſet?* Secundum leges nouas contrarium ſentio, ex l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. vbi Iuſtinianus ſtatuit, hæreditatem filiofam. adquiri patre recuſante: *Sin e contrario*, inquit, *patre recuſante filius adire hęreditatem uoluerit, nullam adquiſitionem, nec vſumfructum patri offerri, ſed ipſum filium ſibi imputare, ſi quid ex hoc contigerit.*

Et in hoc ferè omnes conueniunt. Cæterum, controuerſia eſt in ſpecie, qua filiusfam. patre non ratificante bonorum poſſeſſionem agnouerit, vtrum legatarijs, & creditoribus hæreditarijs ſatisfacere teneatur. Nam filiusfam ex omnibus contractibus obligatur, l. filiusfam. ff. de act. & oblig. Agnoſcendo autem bonorum poſſeſſionem, videtur quaſi contrahere cum legatarijs, & creditoribus, argum. §. hæres quoque, in Inſtit. de obl. quæ ex quaſi contractu naſcuntur.

C Bart. ad l. qui in aliena, ff. de adquir. hæred. reſpondit filiumfa. hoc in caſu non obligari, ſicut nec uoto obligatur, l. ſi quis rem, §. uoto, ff de pollicitat. Videtur enim bonorum poſſeſſio ſimilis eſſe voto; quia illa, ſicut votum, conſiſtit in animo agnoſcentis.

Sed reprehenditur hæc ſententia a Caſtrenſi, Alexandro, Aretino, & Iaſone, in d. l. qui in aliena, quoniam bonorum poſſeſſio non eſt uoto ſimilis. Nam olim Decretum Prætoris requirebat, & nunc ſaltem coram Iudice declarationem animi requirit, iuxta l. ult. C. qui admitti, quod votum non requirit.

Et licet Alciatus lib. 4. Paradoxorum, c. 2. conetur Bartolum tueri, quem Alciatum refert, & refellit Cagnolus, in l. 1. num. 26. C. qui admitti, fatetur tamen, ſimilitudinem voti non eſſe aptam, & omnes contractus ab animo pendere demonſtrat.

Secunda eſt ſolutio Alexandri, in d. l. qui in aliena, filiumfam. non obligari hoc in caſu creditoribus, & legatarijs, quia nec emolumentum adquirit bonorum poſſeſſionis, l. ſecundum naturam, ff. de reg. iur. D

Sed hęc ſententia non probatur Dec. in dict. l. 1. C. qui admitti, nec Alciat. loco ſupra citato, quia filiusfam. obligatur ex contractibus, quos ipſe facit, dict. l. filiusfamil. ff. de actio. & oblig. cum tamen contractus commodum patri acquiratur, l. ſeruus uetante, ff. de verborum obligat. qui teneatur, quatenus eſt in peculio, l. 3. §. ſi filio, ff. commod.

Tertia eſt ſolutio Aretini, in d. l. qui in aliena, filiumfam. non obligari agnoſcendo bonorum poſſeſſionem; quia ius eam agnoſcendi non competit filio, ſed patri, licet filius de facto agnoſcat, l. adquiritur, §. 1. ff. de adquir. rer. domin.

Sed hanc ſententiam refellit optimè Decius, in d. l. 1. C. qui admitti, nume. 34. & Alciatus lib 4. Paradox. c. 2. quia ius agnoſcendi uerè competit filio, non patri, ſed patri iubenti, uel ratificanti emolumentum adquirit. Et ideo dicit tex. in d. l. adquiritur, §. 1. *Etſi iubentibus nobis adierit, hæreditas nobis adquiritur, perinde, ac ſi nos i ſi*

hære-

hæredes inſtituti eſſemus. Non autem dicit, ius adeundi A adquiri patri.

Quarta eſt ſolutio Iaſonis, In l. 1. C. qui admitti, hæreditatem eſſe indiuiduam, l. pen. ff. de adquir. hæred. & cõſequẽter etiam bonorum poſſeſſionem; ac proinde cum eius commoda filius non conſequatur, nec ad eum etiã incommoda pertinere.

Refellitur a Decio & Alciato, locis annotatis, eam ob cauſam, quod etiam contractus ſunt indiuidui, l. ſi quis aliam, ff de ſolut. & tamen filiusfam. contrahendo obligatur, & patri emolumentum quæritur.

Quinta ſolutio eſt Decij, in d. l. prima, C. qui admitti, filiumfam. agnoſcentem bonorum poſſeſſionem, animum habere adquirendi patri; & conſequenter, etiam obligandi ipſum patrem; proinde filium nequaquam obligari, ne actus eius contra intentionem operetur. Poſtea idem Decius videtur ab hac ſolutione recedere, & in ea eſſe ſententia, vt filius obligetur, & etiam ſibi commodum adquirat bonorum poſſeſſionis, aliter explicans l. vlt. ff. quis ordo in bonorum poſſeſſione ſeruet. B Sed vtrumque malè: Nam quod ait de filij agnoſcentis animo, Alciatus loco ſuperius annotato refutat: *Verum te appello Deci* (inquit Alciatus) *cur non & in contractibus idem præſumimus, cum eorum commoditas ad patrem deuoluatur?*

Quod autem ſecundo dicit, repugnat l. vlt. Nam ſi patre non ratificante, filio commodum adquireretur, poſſet ab eo peti bonorum poſſeſſio patre abſente, & furente. Tunc enim pater certiorari non poſſet: Et tamen contrarium docet tex. in d. l vlt.

Sexta eſt ſolutio Alciati, loco ſuperius allegato filium bonorum poſſeſſionem agnoſcentem creditoribus non obligari; quia nullum in eo agnitionis actu creditorum factum interuenit. Cęterum, in alijs contractibus filium obligari; quia aliquod factum creditorum intercedit: Factum enim, in quo quis verſatur, longè eſt efficacius, quàm id, quod per alium nil agenti quæritur.

Refellitur a Bellono lib. 3. Supputationum iuris, ca. 2. C Nam is, cuius negotia geruntur, actionem habet, vt in § 1. & ſeq. in Inſtit. de oblig quæ ex quaſi contractu, &c. & tamen eius factum nullum interuenit.

Septima eſt ſolutio Belloni loco ſupra citato, quæ eadem eſt cum ſolutione Iaſonis. Eam vero confirmat, quia in hæreditate, & bonorum poſſeſſione commoda non ſeparantur ab incommodis, immò tranſeunt in bonorum poſſeſſorem, l. prima, ff. de bonorum poſſeſſ. At in contractibus, quandoque commoda ab incommodis ſeparantur: nam pupillus contrahendo non obligatur, & tamen alios obligat, §. primo, in Inſtitut. de autoritate tutorum.

Sed reſponderi poteſt, ita ſpecialiter in pupillo conſtitutum eſſe, verum in alijs æqualem eſſe contrahentium conditionem.

Ego cogitabam, dici poſſe, filiumfamil. non obligari, quia nullius eſt momenti bonorum poſſeſſio agnita ſine iuſſu vel ratificatione patris; quod enim nullum eſt, nul- D lum operatur iuris effectum, l. 4. § condemnatum, ff. de re iudic. cap. non præſtat, de reg. iur. lib. 6. l. 2. ff. de excuſ. tutor. l. vlt. C. arbit. tutelæ. Quod autem nulla ſit agnitio facta à filiofam. probatur ex d. l. vlt ff. quis ordo in bonorum poſſeſſ. ſeru. Nam, ſi valeret, & efficax eſſet agnitio à filiofam. facta ſine conſenſu patris, ratificari a patre poſſet, etiam poſt tempus, intra quod actus expediri poterat, ex doctrina Bartoli, in dict. l. 1. C. qui admitti, & Decij ibidem, num 83. Cagnoli, num. 107. Non poſſe autem ratificari, niſi intra tempus, quo poteſt agnoſci, probat text. in d. l. vlt. ff. quis ordo in bonor. poſſeſſ. ſeruet. ibi: *Prçteritis autem centum diebus fruſtra ratum habebit.*

A

CAPVT LXXVII.

Explicatur collationis materia, controuerſiæq́; ad eam pertinentes diſcutiuntur.

SEptem capitibus collationis materiam, propoſitis aliquot concluſionibus, explicabo, & controuerſias ad eam pertinentes expediam, quibus expediendis nõ parum lucis concluſiones adferent.

Prima concluſio; filius emancipatus, omnia bona exceptis caſtrenſibus, & quaſi caſtrenſibus, conferre tenetur filio in poteſtate, mortis tempore exiſtenti, ut inter eos diuidantur una cum bonis patri defuncti, pro portionibus hæreditarijs.

Probatur ex l. ſi emancipati, C. de collatio. ex l. 1. iuncto, § nec caſtrenſe, ff. de collat. bonor. eamque omnes admittunt, & nulla eſt controuerſia.

Secunda Concluſio. Collationi, de qua proximè di- B ctum eſt, locus eſt, ſiue ſuus, & emancipatus eodem iure ſuccedant, ſiue diuerſo iure, puta, ſi alter ex teſtamento ſuccederet, alter contra teſtamentum. Ita poſt Bartolum, Caſtrenſem, Alexandrum, & Iaſonem, Cagnolus docet, in d l ſi emancipati, nu. 138. C. de collat. Vitalis in tract. de collationib. quæſt. 38. & probatur ex l ſi filius, ff. de collat. bonor. & ex alijs, quas iſti adferunt.

Tertia Concluſio. Filia in poteſtate exiſtens, tenetur emancipato dotem conferre, l. 1. ff. de collat. dot. l. filię dotem, C. de collation.

Quarta Concluſio. Liberi omnes, tam emancipati, quam in poteſtate exiſtentes, conferre inuicem tenentur dotem, & donationem propter nuptias, quas habuerunt à patre, vel matre, auo, vel auia, proauo, vel proauia paterno, uel materno, paterna, uel materna, quoties de ſucceſſione eius agitur, qui illis dotem dedit, uel donationem propter nuptias.

Probatur ex l. ut liberis, C. de collat. & quoniam Im- C perator Leo ibi dicit, emancipatos conferre debere pro tenore præcedentium legum, ea, quæ à parentibus emancipationis tempore, vel poſt emancipationẽ conſequuntur, controuerſia oritur, quomodo id accipiendum ſit, Vtrum ſcilicet emancipati ea, quæ à patre conſequuntur tempore emancipationis, vel poſt emancipationem conferre teneantur, tam ſuis, quàm emancipatis, an uerò ſuis tantum.

Etenim, Bart. Alexand. & multi alij, ut per Cagnolũ, in d. l. ſi emancipati, nu. 157. C. de collatio. Vitalis, de collationibus, c. 2. nu. 4. exiſtimarunt, textum eſſe generaliter accipiendum, vt ſcilicet emancipati conferre debeant tam ſuis, quàm emancipatis.

Sed contrarium reſponderunt Paulus Caſtrenſ. Aretin. Roman. Corn. & Dec. in d. l. ſi emancipati, & idem Dec. in conſ. 59 quibus & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex d. l. ut liberis, C. de collat. ubi Imperator Leo dicit: *Emancipatis pro tenore pręce-* D *dentium legum collaturis.* Tenor autem præcedentium legum eſt, vt emancipati conferant ſuis, non autẽ emancipatis, d. l. ſi emancipati, C. de collation.

Non obſtat, ſi dicatur ex hoc ſequi, Leonem nihil noui ſtatuiſſe in d. l. ut liberis. Quia reſpondeo, in hac parte eum noluiſſe aliquid noui ſtatuere, cum ſe ad antiquas leges referat. Cæterùm, in alijs vtilis eſt eius conſtitutio, quoad dotem ſcilicet, & donationem propter nuptias. Sed quoniam dubitari poterat, ex eo, quod dos, & donatio propter nuptias, conferri debent tam à ſuis, quàm ab emancipatis, & tam ſuis, quàm emancipatis, an idem eſſet de alijs bonis, quæ à patre donantur emancipatis, ut ſimiliter conferenda eſſent tam ſuis, quàm emancipatis, ait Leo eiuſmodi bona ab emancipatis eſſe conferenda, iuxta tenorem legum præcedentium, & conſequenter non emancipatis, ſed ſuis: ſic enim leges præcedentes ſtatuunt, vt dictum eſt.

CAPVT LXXVIII.

De eadem materia Collationis.

QVinta Concluſio. Quod ante emancipationem filio donatum eſt a patre, conferendum eſt, quaſi donatum videatur emãcipationis tempore: quoniam donatio ante emancipationem non valet, & emancipatione ſecuta confirmatur. Ita Aretin. docet in d.l. ſi emancipati, C. de collat. Vitalis, tracta. de collationibus, cap. 2. num. 4.

Sexta concluſio. Dos, & donatio propter nuptias, conferri à nepotibus debet, dum ſuccedunt vna cum ſuis patruis, dos, inquam, & donatio data eorum patri, vel matri, l. illam, C. de collat. Dos autem neptibus ipſis data ab auo, an, & quando conferenda ſit, declarant Bartol. & Caſtr. in d. l. ſi emancipati, Alex. Iaſ. & Dec. in d. l. illam. Vitalis, d. tract. quæſt. 23. & pendet ex l. 1. § ſi ſit nepos, ff. de collat. dotis.

Septima concluſio. Conferre debent etiam ij, qui nec ſui ſunt, nec emancipati, vt ſunt nepotes ex filio emãcipato, l. ſi nepotes, ff de collat. bonor. Item filij adoptiui, qui patri naturali ſuccedunt, l. 1. §. is quoque, ff. eo. Bar. in l. pater filium, nu 4 ff de collat. dotis. Et idem quando patri adoptiuo ſuccedunt, vt declarat Corneus, in d. l. ſi emancipati, nu. 89. C. de collat.

Octaua concluſio. Conferre etiam tenentur, qui patria poteſtate liberati ſunt per oblationem precum, vel Principis Reſcriptum, ad ſimilitudinẽ emancipatorum, l. liberos, C. de collat.

Nona concluſio. Liberatus patria poteſtate propter patriciatus honorem, iuxta l. vlt. C. de decurion. lib. decimo, conferre non tenetur. Ita docet Vitalis de collatio. quæſt. 21. quæ ſententia mihi non probatur. Nam tales filij non dicuntur ſui, cum ſint liberati patria poteſtate, §. inteſtatorum, & §. emancipati. in Inſtitut. de hæredib. quæ ab inteſt. & conſequenter in eis locum habet eadem ratio, quæ in emancipatis, l. 1. §. toties, ff. de collat. bonor. Et cum ij, qui per oblationem Curiæ, vel Reſcriptũ Principis liberati ſunt patria poteſtate, cõferre teneantur, nulla eſſe videtur ratio, cur & iſti non teneantur, qui non ſunt illis abſimiles.

Decima concluſio. Collatio fieri debet, licet dolo, vel errore facta diuiſione hæreditatis, fuerit omiſſa, l. ſi ſoror, C. de collat.

Vndecima concluſio. Collatio locum habet, etiam teſtamento condito, tex. in Nouella, de Triente, & Semiſſe, §. illud, ex quo ſumpta eſt Authen. ex teſtamento, C. de collationibus.

Hic oritur controuerſia. Si pater vni ex filijs minorem hæreditatis portionem relinquat, vtrum is conferre teneatur. Alexander in l. ſi emancipati, nume. 12. C. de collation. poſt Romanum, & Fulgoſium quos citat, in hac videtur eſſe ſententia, vt ſi quidem pater dixerit in teſtamento, ſe idcirco filiæ, verbi gratia, minorem portionem dediſſe; quia dotem illi dederat, dos non ſit conferenda, ex l. ex parte, §. inteſtato, ff. fam. herciſc. Si verò hoc non dixerit, tunc conferenda ſit, & filiæ imputandum, quod dote contenta non abſtinuerit ab hæreditate. Idem reſponderunt Corneus, in d. l. ſi emancipati, nu. 64 Cagn. ibid num. 200. Dec. in Auth ex teſtamento, nu. 9. C. eod. ti & in conſ. 59. col. 2. D. meus Cephalus, in conſi. 486. in fi. lib. 4.

Contrarium autem Aretinus docuit, in d. l. ſi emancipati, col. 2. nempe abſolutè locum non eſſe collationi hoc in caſu, cuius ſententiam ſatis æquam eſſe dicit Vitalis, de collationibus, q. 33.

Et huic ſententiæ magis eſt, vt aſſentiar. Moueor primo ex l. ex parte, §. inteſtato, ff. famil. herciſc. Scæuola: *Inteſtato moriens, Codicillis prædia ſua omnia, & patrimonium inter liberos diuiſit, ita, vt longe amplius filio, quam filia reliquerit. Quæſitum eſt, an ſoror fratri dotem confer-*
A *re deberet? Reſpondi, ſecundum ea, quæ proponerentur, ſi nihil indiuiſum reliquiſſet, rectius dici ex voluntate defuncti collationem dotis ceſſare.*

Secundo moueor ex §. illud, in verſ. *æqualitatem*. in Authen. de Triente, & Semiſſe, vbi patet, præcipuam cauſæ collationis inducendæ, eſſe rationem æqualitatis inter liberos ſeruandæ: At in propoſita ſpecie, ex collatione oritur inæqualitas; igitur collatio ceſſare debet, l. vlt. C. commu. vtriuſque iudic.

Fundamentum contrariæ ſententiæ eſt in d. § illud, in Auth. de Triente & Semiſſe. quatenus ibi dicitur, teſtamento condito, collationi locum eſſe, niſi pater eam expreſsè prohibuerit. Sed iuſta mihi ſanè videtur hæc interpretatio, vt id locum habeat regulariter, ſcilicet, quando ex collatione oritur æqualitas, non ſi inæqualitas oriretur; tunc enim voluntatis eſt coniectura prohibitam collationem uideri, argum. d. l ex parte, §. inteſtato, ff famil. herciſc. Et ad collationem impediendam coniectu-
B ram ſufficere voluntatis defuncti, rectè ex eo textu docuere Bald. & Albericus ibi, quos citat, & ſequitur Dec. in d. conſ. 59. Idem ſcribit Crauetta, in conſ. 85. & in conſil. 125. Alc. in conſ. 584 num. 1. Io Petrus Surdus, in conſil. 143. num. 18. & 19.

CAPVT LXXIX.

Alia controuerſia de eadem collationis materia.

EST, & alia controuerſia, ſi teſtamentum pro parte valeat, & pro parte ſit ruptum, vt in ea ſpecie, de qua loquitur l. pater filium, ff. de collat. dot. an inter filios collationi ſit locum, quorum alter ex teſtamento hæ-
C reditatem petit, alter verò contra teſtamentum. Pugnantes ſunt Doctorum ſententię, ut uidere licet ex Aretino, & Alexan. nu. 9. Corn. nu. 26. Cagnol. nu. 148. & 143. in l. ſi emancipati, C. de collat. Vitalis, dict. Tract. de collatio. c. 1. nu. 9. & nu. 13. & q. 32.

Mihi verior eorum ſententia uidetur, qui collationi locum eſſe affirmant, hoc argumento. Nam aut collatio ceſſare debet in ea ſpecie, quia filij diuerſo iure ſuccedũt, aut quia ex teſtamento defertur ſucceſſio: Prior ratio impedire non poteſt collationem, l ſi filius, ff. de collat. bon. Poſterior nouo iure non impedit, §. illud, Nouella, de Triente & Semiſſe.

Si dicatur hunc caſum eſſe mixtum; quia partim ex teſtamento ſuccedìtur, partim contra teſtamentum; & ideo non contineri ſub ſimplicibus, vt Doctores dicunt. Reſpondeo, ex mente legum poſteriorum, etiam hunc caſum decidi poſſe: quia ratio ceſſat propter quam ſic erat ſtatutum, in d. l. pater filium, ceſſante enim ratione legis, ceſſat lex, l 1. ff. de legitim. tutoribus, l. adigere, §.
D quamuis, ff. de iure patronatus, cum ſimilibus.

Rurſus, ſi dicatur in l. ſi filius, ff. de collat. bonorum rationem eſſe poſitam in iniuria, quam emancipatus facit ſuo, & propterea Scęuola reſpondit, collationem fieri inter eos, qui diuerſo iure ſuccedunt: Ergo ceſſante iniuria, ceſſare debet collatio. Reſpondeo, hanc rationem iniuriæ nouo iure non eſſe attendendam, quia tam ſuus emancipato confert, quàm emancipatus emancipato, inter quos ratio iniuriæ ceſſat, l nt liberis, C. de colla. Inſpicitur enim magis æqualitatis ratio, ut ibi habetur, & in d. § illud, in Authen. de Triente, & Semiſſe, & in l. vlt. C. commu. utriuſque iud.

Quæritur etiam an in ſpecie l. filio, §. uideamus, ff de bonorum poſſeſſio. contra tab. locus ſit collationi? & Iacobus Butrigarius dicebat, locum eſſe, nouiſſimo iure inſpecto, quem Alexander referens in d. l ſi emancipati, colum. 2 C. de collation. dicebat ſe mirari, & neminem hoc dixiſſe. Veruntamen Butrigarium ſequitur Vitalis, de collatio. cap. 2. num. 9. Et hæc ſententia mihi placet;

placet; quia deciſio textus ind §. videamus, fundatur in ratione iniuriæ ceſſantis, quæ ratio iam non tam attendi debet, quàm ratio æqualitatis, vt dixi. Vide Corneum, in d. l. ſi emancipati, nu. 32. & 46.

CAPVT LXXX.

Proponuntur alia concluſiones in materia collationis, & controuerſia diſcutitur; an donatio ſimplex, filio facta in poteſtate ſit conferenda.

Duodecima concluſio. Collationi locus eſt etiam factis codicillis, l. a patre, l. filiâ, C. de codicillis.

Decimatertia. Ius collationis ad hæredes tranſit actiue, & paſſiue, l. 1. §. ibidem, ff. de collat. bonor. l. ſi maritus, C. de collat.

Decimaquarta. Is qui conferre tenetur, ſi non conferat, vel de conferendo non caueat, partem hæreditatis conſequi non poteſt. l. ſi maritus, C. de collat. l. 1. § iubet autem Prætor, verſ. ſi frater, ff. de collat. bonor. Et ideo bona deponuntur penes curatorem, qui ea detineat, donec conferat, vel de conferendo caueat, l. nonnunquam, ff. eodem tit.

Decimaquinta. Collatio ceſſat in bonis caſtrenſibus vel quaſi, l. 1 § nec Caſtrenſe, ff. eod.

Decimaſexta. Collatio hodie locum non habet in bonis aduentitijs, l. vlt. C. de coll. r.

Sed hic oritur controuerſia de ſimplici donatione à patre filio exiſtenti in poteſtate facta, ſitne conferenda. Nam antiqui Gloſſatores non conueniunt, aliquibus aſſirmantibus conferendam, aliquibus id negantibus. Nûc eorum ſententia magis communiter recepta eſt, qui negant conferendam. Ita Bar. in d. l. 1 § nec Caſtrenſe, ff. de collat. bonor. Alex. & Iaſ. in Auth. ex teſtamento, C. de collat. & ibi etiam Dec. Cagn. ad d. l. ſi emancipati, num. 197. C. eod. ti. Vitalis, de collat. q. 1. Saporta in tractatu ſimili, de collat. c. 5. nu. 93.

Probatur hæc ſententia ex l. illud, C. de collat. in illis verbis: *Ex eo quod ſimplex donatio non aliter confertur, niſi huiuſmodi legem donator tempore donationis ſua indulgentia impoſuerit.* Et ex l. filiæ, C. famil. hercîſc.

Niſi inæqualitas inter filios oriatur ex eo, quod alter filius dotem haberet, vel donationem propter nuptias, quas conferre deberet: tunc enim etiam alter donationem ſimplicem conferre debet, vt ibi dicitur.

Huc accedit ratio manifeſta. Nam donatio patris filio in poteſtate collata, non valet, ſed morte donatoris confirmatur, l. donationes quas, C. de donat. inter vir. & vxor. Conſequenter is, cui donatur, videtur bona donata conſequi poſt mortem patris. Conſtat autem acquiſita poſt mortem patris, non conferri, l. nec emancipati, C. de collationib.

Et licet Decius in d. l. illud, nu. 6 C. de collat. hanc rationem impugnet, eius tamen argumentis ſatisfacit Berous in conſ 54. num. 27. lib. 1.

Opponitur huic ſententiæ tex. in l. ſi donatione, C. de collat. *Si donatione, inquit tex. tibi poſt mortem patris fuit dum quæſiſti, ſoror tua portione eius vindicare non poteſt; nam ſi is filiusfamilias conſtituta tibi a patre donatus eſt, cum ſorore patris communis ſuccedens, eum præcipuum habere contra iura poſtulas.* Et huic legi aduerſatur l. filiæ, C. famil. hercîſ.

Quid Iac. Cuiacius dixerit, non ignoro, lib. 3. Obſeru. c. 30. *Equidem ſic accipio l. ſi donatione, vt ab inteſtato fuit donationem ſimplicem conferat, &c. Legem verò illud, vt ex teſtamento inſtitutus donata præcipua retineat,* illud l. le; Sed non mihi placet; nam vt maximè vera ſit interpretatio Cuiacij, quantum attinet ad l. filiæ, C. famil. herciſc. quæ lex loquitur in eo caſu, quo teſtamentum eſt conditum, & conſequenter collatio ceſſabat eo tempore; tamen non pôt illud admitti, quod ſimplex donatio conſ A feratur in ſpecie d. l. ſi donatione, licet ab inteſtato patri filiæ ſuccedant, quia id repugnat l. illud, C. de collat. Reuera abſtruſior paulò res eſt, vt Cuiacius inquit. Miror tamen eundem excellentem Criticum, non admonuiſſe manum ad emendandam l. ſi donatione, adiecta negatione, hoc modo: *Nam ſi is filiusfam non conſtituta tibi à patre donatus eſt, cum ſorore patris communis ſuccedens, eum præcipuum habere contra iura poſtulas.* Ita ſi legatur, nihil obſtabit, quia emancipatus donationem ſimplicē tenetur conferre, l. 1. ff. de collat. bonorum. Nec obſtabit l. illud, C. de collat. quia intelligitur de donatione ſimplici filiofam. collata, qui eſt in poteſtate.

CAPVT LXXXI.

Alia controuerſia de ſimplici donatione, quæ ab initio valet, an ſit conferenda.

B Sed alia eſt controuerſia, quid ſi donatio à parentibus in filium collata, qui eſt in poteſtate, ab initio valeat; Nam aliquibus in caſibus valere poſſe receptum eſt, vt per Iaſonem, ad l. fratrem fratre, ff. de condi ctio. indeb. vtrum conferenda ſit? Et conferendam reſpondit Bartolus, in l. prima, §. nec Caſtrenſe, ff. de collat. bonorum. Alexander, & Iaſon in Authen. ex teſtamento, C. de collat. Socinus ſenior in conſi. 91 lib primo, Rodus à Valle, in conſi. 44 & in conſi 70. lib. quarto, Natta, in conſil. 106.

Contrarium docuerunt Decius, In l. illud, nume. 6 C. de collation. Cagnolus in l. ſi emancipati, numero 190. C. eodem, & antea eos Corneus in dicta Authen. ex teſtamento, col. 2. C. eod. Ioan. Petrus Surdus, in conſil. 143. num. 54.

C Et hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior. Nam hæc eſt ſimplex donatio, quæ regulariter non confertur, vt in d. l. illud, circa finem, C. de collationibus De dote tantum & donatione propter nuptias cautum eſt, vt conferantur à filijs, qui in poteſtate ſunt, l. vt liberis, C. eodem tit.

Argumenta contrariæ ſententiæ non obſtant Primû eſt, quia quando donatio valet ab initio, tunc ceſſat illa ratio, de qua in præcedenti capite diximus, quod videlicet filius videtur acquiſiiſſe poſt patris mortem, quo caſu collationi locus non eſt.

Reſpondeo, illam quidem rationem aptam eſſe ad impediendam collationem, ſed non ſi illa ceſſet, ſtatim erit collationi locus: quoniam collatio principaliter inſtituta eſt propter filium emancipatum, l. 1. ff. de collat. bonor. Et licet etiam ad filios, qui ſunt in poteſtate, fuerit porrecta, tamen non fuit porrecta ad ſimplicem donationē, ſed ad dotem & donationem propter nuptias, niſi quoties oritur inæqualitas inter liberos, ut in dicta l. illud, C. de collat.

D Secundum argumentum eſt ex § illud, in Authen. de Trìente & Semiſſe, in illis verbis. *In dotem forte, uel alio modo datas:* Sed nihil obſtat; quia hęc eſt Imperatoris lex antiqua, olim facto teſtamento à patre, locum collationi non fuiſſe, nec quoad dotem, nec quoad res alio modo datas. Ex hoc autem non rectè inferri poteſt hodierno iure, quo locus eſt collationi etiam teſtamento facto, conferendam eſſe non ſolum dotem, ſed etiam res alio modo datas: Sic enim quocunque modo data conferenda eſſent, quod eſt falſum.

Tertium argumentum eſt huiuſmodi: emancipati conferre debent donationem ſimplicem, l. vt liberis, C. de collat. non alia ratione, niſi quia donatio ſtatim valet: et idem eſt iuris in donatione ſimplici facta filio in poteſtate, quando ſtatim valet.

Reſpondeo, cauſam ob quam emancipatus conferre debet, aliam eſſe, nempe, iniuriam quam inferebat ſuo, id eſt, filio in poteſtate, l. 1. ff. de collat. bonor. quod autē

luus

ſuus conferre debeat emancipato, inductum eſt ex legibus poſterioribus, quæ cum non de ſimplici donatione, ſed tantum de dote, & donatione propter nuptias loquãtur, conſequens eſt, in donatione ſimplici collationem ceſſare: Excipio ſemper caſum illum, quo inæqualitas oriretur inter filios, ſi collatio ceſſaret, vt in d. l. illud, C. de collationibus.

CAPVT LXXXII.

Proponuntur aliæ concluſiones in materia collationis, & excutitur alia controuerſia de donatione facta filio ob cauſam matrimonij, an ſit conferenda.

DEcimaſeptima concluſio. Donatio collata in filiũ a patre, propter eius benemerita, non confertur, quia videtur aduentitia, non profectitia, Barto. in l. 1. §. nec Caſtrenſe, num. 11. ff. de colla. bonorum. Corneus, in Authen. ex teſtamento, num. 12. C. de coll. & Alexander ibid num. 6. Iaſon, in l. filiæ, num. 2. C. eod. Vitalis, de collationibus, quæſt. 1.

Sed controuerſiã eſt, ſi pater filio aliquid donauerit, vt matrimonium contraheret cum muliere aliqua nobili, quæ alioquin nolebat ei nubere, vtrum conferri debeat? Negant Crauetta, in conſi. 85. & Ioan. Petrus Surdus, in conſi. 143. & huic ſententiæ fauent tradita p Burſatum, in conſi. 188. num. 11 lib 2. Affirmant Franciſcus Becius, in conſi. 20. & Rolandus a Valle, in conſi. 44. & 70. lib. 4.

Prioris ſententiæ, quam amplector, illud eſt fundamentum, quod nulla lege cautum eſt, id genus donationis collationis regulis obnoxium eſſe. Eſſe autem ita permiſſum argumentari, oſtendit l. illam, C. de collationibus.

Fundamentum autem contrariæ ſententiæ illud eſt præcipuum, quod donatio, de qua agitur; nõ ſit ſimplex, ſed ob cauſam, nempe, contrahendi matrimonij; ac proinde conferenda ſit, ſicut dos, & donatio propter nuptias cui videtur ſimiles eſſe, & id genus aliæ donationes, quæ valent ab initio, quia non habet in illis locum ratio, quæ in donatione ſimplici, quæ non confertur.

Reſpondeo, dotem, & donationem propter nuptias collationi ſubiacere, hanc verò nec donationem propter nuptias eſſe, nec ei ſimilem, quia donatio propter nuptias, eſt neceſſaria, tenetur enim pater eam pro filio ſuo conſtituere, l. vlt. C. de dotis promiſſio. ſed ad huiuſmodi donationem, vt filius vxorem inueniat nobiliorem, vel ditiorem, non eſt obligatus pater, quare vt maximè non dicatur hæc donatio ſimplex, non tamen dici poteſt ob cauſam neceſſariam, ad ſimilitudinem dotis, & donationis propter nuptiás, vt proinde conferenda ſit, ſicut, dos, & donatio propter nuptias conferri debet.

CAPVT LXXXIII.

Proponuntur omnes aliæ concluſiones, & quomodo accipienda ſit l. vlt. C. de collation. explicatur.

DEcimaoctaua concluſio. Quæ pater donauit cauſa ſtudiorum alteri ex filijs, conferenda non ſunt l. quæ pater, l. prima, ff. famil. hercisc. notant Barto. in l. prima, §. nec Caſtrenſe, num. 8. de collat. bonorũ Alexander, ad l. ſi donatione, in fine, C. eodem titu Vitalis, de collat. quæſtio. 18. Niſi filius pecuniam malè conſumpſerit, Authen. Quod locum, & ibi notat Bar. C. eod. & ibidem Decius, num 7. Item, niſi pater declarauerit ſe uelle, vt conferantur. Vide Crauettam, in conſi. 125. lic, niſi habeat pater bona propria ipſius filij, argum. l. vlt. ff. de pentio. hæred. Vide de his omnibus Hartmannum Piſtorium, lib. 1. Quæſt. iuris, cap. 19.

A Decimanona. Quod filius induſtria, & labore ſuo quæſiuit ex pecunia patris, pro dimidia parte conferendum eſt, pro altera dimidia non eſt conferendum; quia partim aduentitium iudicatur, partim profectitium, ex traditis per Glo. in l. 1. C pro ſocio. Vide Bar. in l. 1. § nec Caſtrenſe, ff. de collat. bonor. Decium, in l illud, num. 10. C eod. Crauet. in conſil. 125. num. 10. Vitalem, de collat. q. 10. & q. 27.

Sed quæritur, quo modo accipiendum ſit, quod in l. vlt. C. eodem conſtitutum eſt: *Vt nemini de cætero*, inquit Iuſtinianus, *ſuper collatione dubietas oriatur: neceſſarium duximus Conſtitutioni, quam iam fauore liberorum fecimus, hoc addere, vt res quas parentibus adquirendas eſſe prohibuimus, nec collationi poſt obitum eorum inter liberos ſubiaceant. Vt enim Caſtrenſe peculium in commune conferri in hæreditate diuidenda, & ex priſci iuris autoritate minimè cogebantur, ita & alias res, quæ minime parentibus adquiruntur, proprias liberis manere cenſemus.*

Reſpondet Saporta tract de collation cap 5 accipiendum id eſſe de filijs in poteſtate exiſtentibus. Sed communior eſt ſententia, tam de ſuis, quam de emancipatis
B accipiendum, ut notant Alexander, Iaſon, & Decius, in commentarijs illius legis, argumento ſumpto ex l. cum duobus, 52. §. idem Papinianus, ff pro ſocio, ubi Iuriſcõſultus, emancipatos filios ea ratione bona caſtrenſia, uel quaſi, non conferre deducit, quia ea non acquirerentur patri, licet in eius eſſent poteſtate. Igitur & nobis ita licebit argumentari; quia parentibus non acquirerent aduẽtitia bona filij emancipati, licet in eorum eſſent poteſtate: ideo talia bona non eſſe conferenda.

Quod autem ex d. l vlt. conſtitutũ eſt, aduentitia non eſſe conferenda, intelligendum eſt, quando parenti ipſi ſucceditur: Tunc enim filius, qui ne à matre, uel aliunde bona acquiſiuit, ea non tenetur conferre; Cæterum, ſi de matris ipſius, uel alterius ex aſcendentibus agatur ſucceſſione, dubitandum non eſt, quin dos, & donatio propter nuptias, ab eis data, conferenda ſint, ut in l. ut liberis, C. de collatio. & ibi Iaſon notat, & declarat
C optimè.

Alia de materia collationis notatu digna legi poterunt apud Beroum, conſil. 54. lib. 1. Alciatum, in conſil 663. Surdum, d. conſi. 143. Iacopinum Riminaldum, in conſi. 228 lib. 2. Hieronymum Gabr. in conſi. 96. Ruinum, in conſi. 162. num. 12. lib. 2. D. meum Cephalum, in conſil. 284. num. 20. lib. 2.

Illud non probo, quod Surdus d conſi. 143. docet, collationem ceſſare, quoties hæres inuentarium conſecit. Nulla enim lege id probari poteſt. Nec id inter inuentarij commoda a Iuſtiniano recenſetur, uel ab alijs, & quoniam collationis onus eſt annexum ipſi hæreditati & ſucceſſioni, ut dicebat Iacopinus Riminald. in dict. conſil. 228. lib. 2. propterea inuentarij confectio hæredem non liberat ab eo.

CAPVT LXXXIV.

D

Controuerſia aliqua, an hæreditas pacto dari poſſit. Et prima, quid ſi non tota hæreditas ſed pars bonorum ex pacto detur, an valeat.

CErti iuris eſt, hæreditatem pacto dari non poſſe, l. hæreditas, C. de pactis cõuentis, l. ex eo, C. de inut. ſtip. Sed controuerſiæ ſunt nonnullæ ex uarijs cauſarum circumſtantijs. Et prima eſt, quid iuris, ſi non hæreditas tota, ſed pars bonorum in pactum deducatur, an ualeat pactum? Et reſpondit Bald. valere, in l vlt. C de pact. Sequitur Alex. in conſi. 29 lib. 5. nu. 10. Dec. in conſi. 578. nu. 9. & alios in eandem ſententiam refert, & ſequitur Menoch. in conſi. 1. num. 161. lib. 1.

1 Contrarium multos reſpondiſſe teſtatur Tiraquellus,

cos

eos citans, de iure primogeniorum, q. 6. nu. 14. Sed re vera loquuntur ab eo citati, de pacto, quod fit de parte hæreditatis, non autem bonorum. In quibus tamen terminis multi ex antiquis valere putabant pactū, exiſtimātes pmiſſum eē de parte hæreditatis paciſci, licet nō de tota.

Sed quod ad pactum patris bonorum attinet. Alciatus in conſ. 114. nu. 3. exiſtimat illud non valere, quoties obuentionem bonorum continet, quod accidit, quando paciſcentes non ſe obligant ad quicquam dandum, vel faciendum, ſed verba referunt ad bonorum peruentionem: tunc enim, ſiue de certa parte bonorum agatur, ſiue de tota ſucceſſione, reſpondit pactum non valere.

Franciſcus Burſatus hanc rem copioſè adductis autoritatibus tractans, in conſ. 156. nu. 37. 38. & ſequent. lib. 2. in ea videtur eſſe ſententia, vt valeat huiuſmodi pactum partis bonorum, ſi de certis bonis intelligatur, puta partis bonorum immobilium, vel feudalium, vel huiuſmodi. Cæterum aliter dicendum, ſi pactum ſit de parte bonorum omnium.

Fundamentum prioris ſententiæ, quæ videtur magis communiter recepta, illud eſt; quia tale pactum non impedit liberam teſtandi facultatem, cum paciſcens de reliquis bonis teſtari poſſit. Et cum non contineat huiuſmodi pactum hæreditatem ac ſucceſſionem, nihil obſtat ei lex, quæ vetat pactis hæreditatem dari.

Fundamentum Alciati eſt, quoniam pactum, quo cōtinetur obuentio bonorum, non valet præterquam inter milites, l. licet, C. de pactis.

Ego puto huiuſmodi pacta non valere; Primò, quia nulla lex proferri poteſt, quæ illa iuuatur, Secūdò, quia nulla iuris ratione confirmantur. Tertiò, quia non leuis coniectura ſuppetit legibus noſtris ea non probari. Nullam extare legem pactiones iſtas iuuantem, manifeſtum eſt: Nam donatio quidem mortis cauſa legibus probatur, necnon aliæ vltimæ voluntates & contractus, per quos hæredes noſtri aliquid dandum vel faciendum obligantur, quamuis obligatio ab ipſis hæredibus incipiat, l. vni. C. vt actio. ab hæredibus & contra hæredes incip. Sed nos loquimur iam de pactis iſtis nudis, non autem in aliquem ſpecialem contractum tranſeuntibus, vel in donationem mortis cauſa.

Nullam iuris rationem ſuppetere, quia iuuari poſſint, ex eo perſpicuum videtur; quoniam cum certi ſint modi iure introducti ſolenniter, ex quibus bona poſt mortem conferantur, nempè teſtamentum, Codicillus, Donatio mortis cauſa, Legatum, fideicommiſſum, & ſimilia iuris ratio poſtulat, vt non alios nobis propria autoritate fingamus, cum ſatis multi ac ſolemnes a iure ſuppeditentur.

Denique non leuem eſſe coniecturā, eas pactiones legibus improbari, facilè colligitur ex l. licet, C. de pact. ex l. hæreditas, C. de pactis conuentis, & alijs ſimilibus.

Nec quenquam mouere debet illud argumētum, quo dicitur, ideo pacta iſta improbari, quia uidentur auferre liberam teſtādi facultatem: & ideo quoties non de tota hæreditate, ſed de parte tantum, vel bonorum, vel hæreditatis diſponunt, ſeruanda eſſe; quoniam ratio, cur ea pacta improbentur, illa eſt præcipua: quia hæreditas pacto non datur, l. hæreditas, C. de pact. conuent. & alij ſunt modi ſolennes conſtituti, quibus de bonis ſuis quis poſt mortem rectè diſponat; quos ſequi proinde nos oportet, non aūt nouos, & autoribus legum ignotos excogitare.

CAPVT LXXXV.

Secunda controuerſia, quid ſi pactum fundetur in perſona promittentis, non autem bona, ſiue bonorum obuentionem reſpiciat, an valeat?

COmmuniter recepta eſt diſtinctio in hac materia pacti de futura ſucceſſione nuncupati; vt ſiquidē fundetur in perſona paciſcentis, valeat, ſi verò bonorum obuentionem contineat, non valeat. Exemplum prioris capitis. Promitto tibi omnia bona mea præſentia poſt mortem meam valet eiuſmodi pactum. Poſterioris autem exemplum: Promitto tibi, quod poſt mortem meam bona mea ad te peruenient. Ita Bartolus, in l ſtipulatio hoc modo concepta ff. de verbor. obligat in l. vltima, numero vndecimo, C de pactis & in conſilio 204. Promitto tibi, & tu mihi. Oldradus, in conſilio 139. Curtius iunior, in conſilio decimoquinto, Decius, in conſilio 225. 236. 613. Cacheranus, deciſione Pedemont. 100. numero vigeſimoquinto, Berous, conſilio 30. numero 28. libro tertio, Celſus Vgo, in conſilio 100. Hieronymus Gabrielius, in conſilio 137. numero 16. Burſatus, in conſilio 136. num. ſeptimo, Purpuratus in conſilio 558. numero ſecundo, libro ſecundo, Simon Petrus conſilio 123. numero decimo.

Fundamentum eſt, quod attinet ad primum caput; quia iure cautum eſt, obligationes incipere poſſe ex perſona hæredis, l. prima, C. vt actiones ab hæredibus & contra hæredes incipiant. Cum ergo quis ita promittit bona ſua, vt in eius perſona fundetur promiſſio, tunc obligatio incipit eo mortuo, aduerſus hæredem, & is bona promiſſa reſtituere tenetur, niſi in pactum deducta eſſent tam bona præſentia, quam futura; tunc enim videretur pacto hæreditas dari; & ideo non valeret, & diceremus eſſe contra bonos mores, quia per illud pactum auferretur libera teſtandi facultas, ſi paciſcens nihil ſibi de quo teſtari poſſet, reſeruaret. Cæterum, quando non in perſona paciſcentis fundatur pactum, ſed ad bona refertur, videtur ex eo hæreditas ac ſucceſſio dari, ac proinde pactum non valet, l. hæreditas, C. de pactis.

Sed, vt liberè dicam id, quod ſentio, non puto veram eſſe hanc doctrinam; ac proinde controuerſiam ipſe moueo hac in re, licet nemo forſan hucuſque mouerit. Exiſtimo enim neutro caſu pactum valere. Et quoniam omnis difficultas eſt in primo capite diſtinctionis, eo dirigam argumentum meum, vt fundamentum doctrinæ communis euertam. Aiunt Doctores, ideo pactum valere: quia obligatio tunc incipit ab hærede promiſſoris, ex quo apparet promiſſorem non voluiſſe hæreditatem pacto dare, ſed ſuum hæredem obligare ad bona promiſſa tradenda, quod permiſſum eſſe indicat l. 1. C. vt actio. ab hæred.

Sed contra oſtendam legibus improbari etiam illud pactum: quo non immediatè hęreditas datur, ſed hæres promiſſoris incipit ex pacto obligari. Oſtendam hoc ex l. hæreditas, C. de pactis conuentis: Ait textus: *Hæreditas extraneis teſtamento datur. Cum igitur adfirmes dotali inſtrumento pactum interpoſitum eſſe vice teſtamenti, vt poſt mortem mulieris bona eius ad te pertinerent quæ dotis titulo tibi non ſunt obligata: intelligis nulla te actione poſſe conuenire hæredes, ſeu ſucceſſione eius, vt tibi reſtituantur, quæ nullo modo debentur.*

Hic perpendunt Doctores illa verba, *vt poſt mortem mulieris bona eius ad te pertinerent.* Et quia ad bona, ſiue ad bonorum peruentionem referuntur, ideo putant pactum non valere. Ego contra perpendo ex hoc tex. illa verba, ac totum reſponſum Diocletiani, euertere eorum traditionem: quod ita planum facio. Si pactum valeret eo caſu, quo bona quis promittit poſt mortem ſuam, ita vt promiſſio fundetur in perſona eius, obligatio autem, ſiue actio contra hæredes incipiat, deberet etiam valere in ea ſpecie, de qua loquitur Diocletianus: quia etiam in ea ſpecie obligatio & actio incepit contra hæredes. Id patet ex illis verbis textus: *Intelligis nulla te actione poſſe conuenire hęredes, ut tibi reſtituantur, quæ nullo modo debentur.* His enim verbis perſpicuum eſt, paciſcentem voluiſſe quidem ſuum hæredem obligare in ea ſpecie, & tamē pactum non valet. Si enim noluiſſet paciſcens ſuum hæredem obligare, ſed immediatè ſua bona ad eum peruenire, cui promiſerat, non erat, cur dubium eſſet, an hæres promiſſoris conueniri poſſet. Sed quia hæc erat vis pactionis, vt etiam hæredem obligaret, ideo quæſitum eſt, an hæres conueniri poſſet: & negat poſſe conueniri: quia

quæ promiſſa ſunt, non debentur, ratio eſt; quia pactum A non valet.

Et certè, ſi verum amamus, nullum videtur eſſe diſcrimen quoad rei ſubſtantiam; vtrum quis dicat, promitto tibi bona mea poſt mortem; vel promitto, quod bona mea poſt mortem meam ad te pertinebunt, vel peruenient. Vtroque enim in caſu promiſſor videtur obligaſſe ſuum hæredem ad bona ſtipulatori tradenda. Sed non valet eiuſmodi pactum; quia effectu inſpecto, nihil aliud in eo continetur, quàm ſucceſſio & hæreditas: Et notū eſt omnibus, leges verbis impoſitas non eſſe, ſed rebus, l. 2. C commu. de leg.

Tertiò inſpiciamus diligenter fundamentum communis ſententiæ. Sic ait Iuſtinianus in l. prima, C. vt actiones ab hæredibus & contra hęredes incip. *Cum ſtipulationes & legata, & alios contractus poſt mortem compoſitos, antiquitas quidem reſpuebat, nos autem pro communi omnium vtilitate recepimus: cōſentaneum erat etiam illam regulam, qua vetuſtas vtebatur, more humano emendare. Ab hæredibus enim incipere actionem, vel contra hæredes, veteres non, concedebant, contemplatione ſtipulationū* B *cęterarumque cauſarum poſt mortem conceptarum Sed nobis neceſſe eſt, ne prioris vitij materiam relinquamus, & ipſam regulam de medio tollere: vt liceat & ab hæredibus, et contra hęredes incipere actiones, & oblationes, ne propter nimiam ſubtilitatem verborum, voluntates contrahentium impediantur.*

Hac lege non hoc ſtatuit Iuſtinianus, vt generaliter & abſolutè valeat, & ſeruandum ſit ab hærede promiſſoris omne pactum, & præſertim illud, de quo noſtra eſt diſputatio; ſed hoc uoluit, vel licet olim actio, nec contra hæredem, nec ab hærede incipere poſſet, quia ſtipulationes & obligationes, & contractus poſt mortem compoſitos antiqui reſpuebant, nunc actio incipere ab hærede, & contra hæredem poſſit; quia tales contractus & obligationes recepti ſunt.

Poſt mortem ſuam nemo dari ſibi ſtipulari poterat, non magis, quàm poſt eius mortem, a quo ſtipulabatur, inquit C Imperator in §. poſt mortem, in Inſtit. de inutil. ſtipul. Hoc ergo ius antiquum eſt emendatum, quamobrē nūc licet ſtipulari ſibi dari poſt mortē ſuam, & quis promittere poteſt ſe daturum poſt mortem ſuam, & tunc actio incipiet ab hærede, & contra hæredem; Ergo non inficior cuilibet liceret, ita ſe obligare ſtipulando, contrahendo, legando, ſed nego licere extra contractus cauſam, vel donationis cauſa mortis, vel legati aliamvè ſimilem receptam cauſam, bona ſua in pactum deducere, vt ſcilicet poſt mortem promiſſoris ea quis obtineat. Eſt enim hoc pactum futuræ ſucceſſionis, pactum, quo hæreditas datur, ſi non quis ad verborum corticem attendat, ſed rem ipſam penitius contempletur.

At inquiunt, in priori caſu, cum quis promittit bona ſua poſt mortem, refert ſuam promiſſionem poſt mortē & tunc incipit obligatio & actio aduerſus hęredem, quod eſt permiſſum. Sed contra idem accidit, & in poſteriori caſu, & tamen pactum non valet, dicta l. hæredi- D tas, cum enim ſic dico: Promitto tibi, quod bona, mea peruenient ad te poſt mortem meam; nonnè obligo me ipſum ad hoc, vt bona, conſequaris poſt mortem meam? Conſequenter nonnè & meum hæredem obligo, vt hoc ipſum adimpleat? Hęres enim obſtrictus eſt omnibus obligationibus, quibus defunctus tenetur, l. 1 C. ſi certū pet. l. ex qua perſona, de reg. iur. pro hęreditarijs, C. de hæred. act.

Illam igitur diſtinctionem valere iubeo, & germanam ſolidamque traditionem amplector, eiuſmodi pactiones non valere, Eruditorumque Iuriſconſultorum iudicium ac ſententiam expecto.

A

CAAPVT LXXXVI.

Pactum de futura ſucceſſione reciprocum, an valeat.

SEquitur tertia controuerſia de pacto futuræ ſucceſſionis an valeat, ſi reciprocum ſit. Etenim multis placuit illud valere. ita Marſilius ſingulari 333. citans in hanc ſententiam Oldradum in conſil. 139 Ioan. And. ad Speculat titu de inſtrument editione, § Porrò, col. vlt. Alexand. in l. licet, C. de pact. Angelum in conſil. 179. Iaſonem in l. ſi pater puellæ, C. de inoffic. teſtam Eādem ſententiam ſequitur Mynſingerus Centur. 2. Obſerua. 33. Viuius commu. opin. in verb. Pactum, 1. nu. 12. alios refert Tiraquell. de iure primogenior. q. 6. num. 5.

Sed contrarium docuerunt Bartol. in dicta l. licet, C. de pactis. & in conſil. 212. Alexand. in conſil. 28 libro 3. Decius in conſ. 225. num. 3. Iaſon conſil. 87. num. 3. libro B 1. Pariſius in conſil. 24. num. 77. lib. 2. Curtius iunior in conſil. 15. Tiraquell. de iure primogenitorum, quæſt. 6. num. 24. Oſaſchus deciſio, Pedemont. 100. num. 22. Burſatus in conſi. 136. num. 13. Hieronymus Gabriel. in conſil 137 non procul ab initio. Petrus Pechius de Teſtamētis coniugum, lib. 1. cap. 7.

Eandem ſententiam ſequi uidetur Andreas Geyl, lib. 2. Obſer. 126. ſic enim ait: *Diſtinguendum eſſe, ne impingamus in hoc difficili articulo, vtrum fiat promiſſio mutua de ſuccedendo cauſa donationis inter viuos, an verò ſimplex promiſſio per pactum de ſucceſſione reciproca. Primò caſu valet promiſſio; quia non eſt pactum futurę ſucceſſionis: ſed obligatio deſcendens ex contractu de pręſenti inter viuos celebrato, licet effectum poſt mortem ſortiatur, ideoq́, valet, & tenet irreuocabiliter. Secundo caſu promiſſio non valet, puta, ſi duo pluresvè paciſcantur inuicem, vt alter alteri deficientibus liberis ſuccedat.* Hactenus ille.

Idem latè concludit Simon Petrus in conſil. 123.

C Ego poſteriorem hanc ſententiam abſque omni hæſitatione amplector, ſi quæſtio ſit inter priuatos; ſecus, ſi inter milites, autoritate l licet, C. de pactis, vbi Diocletianus: *Licet inter priuatos huiuſmodi ſcriptum, quo comprehenditur, vt is, qui ſuperuixerit, alterius rebus potiatur, ne donatione quidem mortis cauſa geſtę efficaciter ſpeciem oſtendat: tamen cum volūtas militum, quæ ſuper vltimo vitę ſpiritu, deque rei familiaris decreto quoquo modo contemplatione mortis in ſcripturam deducitur, vim poſtremi iudicij obtineat, proponasq́, te ac fratrem tuum ad diſcrimen prælij pergentes ob communem mortis fortunam inuicem eſſe pactos, vt ad eum, qui ſuperſtes fuiſſet, res eius, cui caſus finem vitę attuliſſet, pertinerent, exiſtente conditione intelligitur ex fratris tui iudicio, (quod Principalium Conſtitutionum prompto fauore firmatur) etiam rerum eius cōpendium ad te delatum eſſe.*

Hac lege uidetur mihi apertè deciſa hæc controuerſia, ualere quidem eam conuentionem inter milites; in- D ter priuatos autem non ualere.

Huc accedat ratio legis; pacto videlicet hæreditatem dari non poſſe, l. hæreditas, C. de pactis conuentis, locū enim habet etiam, vbi pactum eſt reciprocum.

Nec difficile eſt ad argumentum Marſilij reſpondere, qui autoritate multorum abutitur in hoc articulo: Illud enim in eo poſitum eſt, ꝙ viciſſitudo illa multa operari ſoleat, & ideo licet donatio inter virum & vxor. regulariter non valeat, tamen ualet, ſi ſit reciproca, ut tradit Iaſon in l. ſi pater puellæ, C. de inoffi. teſtam.

Item licet donatio excedens quingentos aureos non valeat abſque inſinuatione, tamen valet, ſi ſit reciproca. Angelus in conſ. 179. & alij.

Sed omnibus iſtis exemplis uno verbo reſpondetur, dato, quod uera ſint, longè eſſe diſſimilia, nec ad hāc ſpeciem rectè applicari, in qua & legis autoritas, & eius ratio apertè aduerſantur, perſpicuumq́; eſt viciſſitudinem nihil prorſus operari.

CA-

CAPVT LXXXVII.

Pactum de futura ſucceſſione in contractu matrimoniali adiectum an valeat.

COnuentiones de futura ſucceſſione pactis matrimonialibus adiectas, ut puta, quod ſolus primogenitus ex eo matrimonio ſuccedat, valere, autores ſunt plurimi. Guido Papæ, q. 267. & 505. & alij, quos refert & ſequitur Menoch. in conſ. 1. nu. 162. lib. 1. Et prætermiſſis leuib argumentis adducti in hanc ſententiam ſunt ex l. Diui Conſtantini, C. de naturalibus liber. in illis verbis: *Pactis, quæ matrimonij tempore ſuper dotibus, vel ante nuptias donationis rebus, ſubſecuta fuerint, etiam ad ipſorum perſonas pertinentibus: vt vna cum fratribus ſuis poſtea ex eiſdem parentibus forte progenitis, aut ſoli (ſi nullus alius ſit procreatus) dotis & ante nuptias donationis pro tenore, legum, nec minus pactorum emolumenta percipiant.* Idem ferè probat l. ſi inter, ff. de pactis dotalibus.

Sed iſtis ego non aſſentior, imò contrariam ſententiam amplector, quam defendit poſt alios, quos adducit latè Tiraquellus, de iure primogenitorum, q. 6.

Et moueor ex claris legibus, quæ diſertè declarant, non valere huiuſmodi pacta, etiam in contractu matrimoniali, nempe, ex l. pactum, 15. C. de pactis. *Pactum*, inquit textus, *quod dotali inſtrumento comprehenſum eſt, ut ſi pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat cum fratre hæres patri ſuo eſſet: neque vllam obligationem contrahere; neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.* Et ex l. Hæreditas, C. de pactis conuentis. Diocletianus: *Hęreditas extraneis teſtamento datur. Cum igitur affirmes dotali inſtrumento pactum interpoſitum eſſe vice teſtamenti, ut poſt mortem mulieris bona eius ad te pertinerent: quæ dotis titulo tibi non ſunt obligata, intelligis, nulla te actione poſſe conuenire hęredes ſeu ſucceſſores eius, ut tibi reſtituantur, quę nullo modo debentur.*

His legibus, quę tamen ſatis perſpicuæ ſunt, & ad rem maximè pertinent, nullum à quoquam ex contrariæ ſententiæ autoribus allatum reſponſum legi. Contra vero ad leges contrariæ ſententiæ plana eſt reſponſio, eas loqui de pactis circa dotem, & donationem propter nuptias, vt patet ex ipſis verbis dictarum legum. Nemo autem negat ea pacta valere: ſed noſtra quæſtio eſt, an valeant extra dotis & donationis propter nuptias cauſam. Et ideo non ſine cauſa Diocletianus in d. l. Hæreditas, C. de pactis conuentis, addidit illa verba: *quę dotis titulo tibi non ſunt obligata.* Sciebat enim pacta eiuſmodi circa dotem & donationem propter nuptias inter coniuges valere, & ſeruanda eſſe.

CAPVT LXXXVIII.

Excommunicatus an poſſit teſtari.

VEtus eſt controuerſia de excommunicato, an poſſit teſtamentum facere; & licet non dubium ſit, quin communior ſententia poteſtatem illi hanc faciat, excepto tamen hæretico & læſæ maieſtatis reo, vt in c. excommunicamus, §. credentes, de Hæreticis, in c. fęlicis, de pœnis, lib. 6. ſicuti teſtatus eſt olim Fridericus Senenſis in conſil. 74. & non ita pridem Antonius Gabrielius, lib. 4. commun. concl. tit. de teſtamentis, concl. 1. Couuar. ad Rubr. de teſtamentis, in 2. par. nu. 18. Clarus in §. teſtamentum, q. 24. tamen mihi videtur iuris rationi magis conſentanea contraria ſententia, quam Gloſ. loquitur in c. decernimus, de ſentent excommu. lib. 6. Hoſtienſis in cap. pia, de except in 6. Et quidam alij, qui citantur in locis annotatis. Nam ſi liceret excommunicato facere teſtamentum, liceret eidem etiam cum alijs communionem habere, & actus legitimos exercere. Ne-
A que enim teſtamentum quis facere poteſt, niſi teſtes adhibeat, & coram eis ſuam voluntatem enunciet. Adhiberi ſolet etiam Notarius, qui de teſtamento inſtrumentum conficiat, ut notum eſt. Sed quin hæc excommunicato interdicta ſint, dubium non eſt. ideo excommunicatus neque agere, neque patrocinari, neque teſtificari poteſt, dicto cap. decernimus, de ſenten. excommu. lib. 6. Ergo nec teſtari: Eſt enim par ferè ratio. Et iam conſtat teſtamenti factionem in ſuperioribus caſibus expreſsè interdictam, ſcilicet hæretico, & læſæ maieſtatis reo, qui ſunt excommunicati.

Nec difficile eſt ad argumenta communioris ſententiæ reſpondere; Illa enim diligenter à Friderico Senenſi commemorantur. Primum eſt; quia teſtamenti factio non eſt prohibita excommunicato, ergo intelligitur permiſſa, ut notat Gloſ. in l. ſi quæramus, ff de teſtamen. Reſpondeo, etſi nominatim prohibita non ſit, tacitè tamen prohibitam cenſeri, ex eo, quod excommunicatus
B ab omni fidelium communione excluſus eſt, & præterea nominatim eſſe prohibitam in duobus caſibus, vt ſuprà.

Secundum argumentum eſt: quia excommunicatus retinet dominium bonorum ſuorum; ergo de illis ad libitum ſuum diſponere poteſt. Reſpondeo, non eſſe bonam conſequentiam, niſi eatenus diſponat, vt non cum fidelibus communionem habeat: hoc enim eſt ille beneficio priuatus; Et ideo teſtari non poteſt, quia ſic communicaret cum alijs.

Tertium argumentum eſt; quia ſi dicamus valere teſtamentum, eſt maior fauor eorum, ad quos bona excõmunicati peruenient, quàm ipſius excommunicati, ergo propter vtilitatem noſtram, debemus dicere teſtamentum valere. Reſpondeo, negando conſequentiam; quia immò ſi teſtari excommunicatus non poſſit, nihilominus bona eius ab inteſtato ad legitimos tranſeunt
C hæredes. Nec propter bona temporalia debemus concedere, vt excommunicato liceat cum alijs communicare, ſed tantum id licet propter ſalutem animæ ſuæ, vt in capitulo cum voluntatem, de ſentent. excommunicat.

Quartum argumentum: quia ſunt quidam ſpeciales caſus, in quibus excommunicatus teſtari non poteſt, nempe, propter hæreſim, & crimen læſæ maieſtatis, vt dictum eſt; ergo in alijs caſibus licebit excommunicato teſtari. Reſpondeo, non eſſe caſus ſpeciales illos. Neque enim dicitur ſpecialiter tantum in illis caſibus teſtamenti factionem denegari excommunicato, in d c. Felicis, de pœnis, in 6. & in cap. excõmmunicamus, § credentes, de hæreticis.

Quintum argumentum eſt, quia ſequeretur abſurdum. Nam ſi iniuſta eſſet excommunicatio, nihilominus teſtari non poſſet excommunicatus; Ergo ſi abſolutus eſſet, quo caſu debent omnia ei iura reſtitui, capitu. qua de cauſa, ſecunda quæſt. quinta, tamen ſi deceſſiſſet,
D non valeret teſtamentum: & ſic ei teſtamenti factio nõ reſtitueretur. Reſpondeo, ſi excommunicatus abſoluatur eidem reſtitui quoque factionem teſtamenti, & ideo licet primum teſtamentum non valeat, quod fecit cum eſſet excommunicatus; valebit tamen aliud, quod facere poterit. cum erit abſolutus: quod ſi non fecerit, erit illi imputandum.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum Clericus de fructibus bonorum eccleſiaſticorum teſtari poſſit.

HAec eſt antiqua, celebris, & non parui momenti controuerſia: Vtrum Clerici, & alij Eccleſiaſtici viri de fructibus beneficiorum & præbendarum Eccleſiaſticarum teſtari, tanquam veri eorum domini poſſint. Variæ ac diuerſæ fuere

olim, & inter recentiores etiam Doctorum tum canoniſtarum, tum Theologorum ſententiæ, vt videre licet ex interpretibus poſt Gloſ. ibi, in cap. præſenti, in verbo, *reſeruari*, de offic. ordin. in 6 in cap. vlt. de peculio cleric. in cap. cum in officijs, vbi latè Couuar. de teſtament. Claro in §. teſtamentum, quæſt. 27. verſ. Quarto videndum eſt, Martino Nauarro in tractatu & Apologis de reditibus eccleſiaſticis. Franciſco Sarmento in libris de reditibus eccleſiaſticis, vbi triginta commemorat opiniones, nouiſſimè ex Reuerend. P. Gregorio de Valentia, Theologiæ hic profeſſore celeberrimo, quẽ omnes propter ſingularem eius doctrinam, ſanctitatem, & prudentiam cum primis veneramur. Tomo 3. comment. Theologicorum. diſputatione decima, quæſtio. 3. de ſtatu Epiſcoporum.

Ego breuiter ſententiam meam aperiam, eamq́ue cõfirmabo, tum ad argumenta contrariæ ſententiæ reſpondebo, qui plura hac de re ſcire cupiet, ſupra dictos in locis annotatis conſulere poterit.

Exiſtimo clericos & alios eccleſiaſticos viros, teſtari poſſe de fructibus beneficiorum eccleſiaſticorum, quæ illis ſuperſunt vltra neceſſitatem eorum, & moueor hoc argumento: De quacunque re teſtari quis poteſt, cuius dominus eſt, ſi nulla lege teſtari prohibeatur: Sed clerici & alij eccleſiaſtici viri domini ſunt huiuſmodi fructuum, & nulla lege teſtari prohibentur, ergo teſtari poſſunt.

Maior propoſitio probatur, quia teſtamentum nihil aliud eſt, quam iuſta voluntatis noſtræ ſententia de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit, l. 1. ff. de teſtam. Nemo autẽ diſponere poteſt, quid fieri velit niſi de eo, cuius eſt dominus, vt patet. quod autem de rebus ſuis quilibet teſtari poſſit, probatur, quia teſtãdi facultas omnibus eſt conceſſa, exceptis ijs, quib. prohibita eſt. *Nihil eſt enim, quod magis hominibus debeatur, quàm vt ſupremæ voluntatis, poſtquam iam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtylus & licitum, quod iterum non redit, arbitrium.* l. prima, C. de SS eccleſ. Et ideo rectè docet Accurſius in l. ſi quęramus, ff de teſtament. quemlibet habere teſtandi facultatem niſi expreſsè prohibeatur, argument l ab ea, ff. de probat. & omnes Doctores communiter idem paſſim docent, nullaque eſt difficultas.

Minor autem propoſitio duas habet partes. Prima, clericos eſſe dominos eiuſmodi fructuum. Altera, nulla lege expreſsè de his prohibitos eſſe teſtari. Quod ad primam partem attinet, probatur multis argumentis.

Primum eſt ex cap. vni. de clericis non reſidentibus, libro 6. in illis verbis; *Qui vero aliter de diſtributionibus ipſis quicquam receperit (illis quos infirmitas, ſeu iuſta & rationabilis corporalis neceſſitas, aut euidens Eccleſiæ vtilitas excuſaret) rerum ſic receptarum dominium non acquirat, nec faciat eas ſuas*, &c.

His verbis Summus Pontifex dicit, clericos non reſidentes, non acquirere dominiũ, nec ſua facere, quæ percipiunt ex diſtributionibus, quæ uocantur quotidianæ, quæ ſine dubio nihil aliud ſunt, quam fructus: aut certè nulla eſt ratio differentiæ inter eas, & alios fructus beneficiorum eccleſiaſticorum. Ergò ſi clerici reſideant, faciunt fructus ſuos, & eorum dominium acquirunt.

Et de fructibus ipſarum præbendarum idem conſtitutum eſt in Concilio Tridentino, Seſſ 23. cap primo, de reformatione, vt nimirum eccleſiaſtici habentes curam animarum, qui non reſident, *non faciant fructus ſuos.* Ex quo ſimiliter argumentari licet, ſi reſideant, eos facere fructus ſuos; & per conſequens eorum dominium acquirere.

Secundum argumentum eſt ex c. peruenit, de fideiuſſor. in illis verbis: *Alioquin de reditibus eorum preſcripta debita facians exolui & damna eorũ, quę propter hoc pertulit, reſarciri, aut prędictos reditus ſibi aſſignetis tam diu ſine moleſtia detinendos, donec ipſa damna reſarcita, fuerint, & debita ſine diminutione ſoluta.*

Hoc mandat Summus Pontifex, vt creditoribus cleri
A ci ſatisfaciat ex fructibus & reditibus beneficiorũ: quod argumento eſt, clericum dominium habere ipſorum fructuum. Neque enim ex rebus alienis iuſtum eſſet ſatisfieri creditoribus.

Tertium argumentum eſt ex ratione, qua vtitur R. P. Gregorius. Nam miniſtri eccleſiaſtici non debent eſſe peioris conditionis, quam alij Reipubl. miniſtri: At alij Reipubl miniſtri domini efficiuntur ſtipendiorum, quæ eis dantur; ergo eodem modo eccleſiaſtici miniſtri ſiut domini fructuum ſuarum præbendarum.

Quartum argumentum ego ſic adfero. Aut viri eccleſiaſtici ſunt vſuſfructuarij, & tunc fructus faciunt ſuos aut non ſunt, ſed adminiſtratores tantum, & tunc eos reſtituere tenentur; & conſequenter rationem adminiſtrationis reddere cogendi ſunt: ſed hoc nullo iure cauetur, vt reddere compellantur adminiſtrationis rationem, & loquor i foro hoc externo; Ergo fructus ſine dubio ſuos faciunt, alioqui cauendum erat aliqua lege, vt rationes reddere tenerentur.

B Poſtremum argumentum eſt ex conſuetudine. Nam optima eſt legum interpres conſuetudo l. ſi de interpretatione, ff de legibus Conſuetudine autem receptum eſſe in Hiſpania, in Gallia, & in Italia, vt clerici pro dominis exiſtimentur fructuum iſtorũ, ac proinde de eis liberè diſponant, teſtantur Couuar. & Sarmientus locis ſupra annotatis. Sarmientus inquam parte 4. de reditibus eccleſ. cap. 1 nu. 8.

Altera verò pars minoris propoſitionis, nulla lege ꝓhibitum eſſe viris eccleſiaſticis de fructibus beneficiorum ſuorum teſtari, probatur; quia nullus ex iure canonico locus adferri poteſt, vbi cõtineatur huiuſmodi prohibitio. Notandũ eſt enim nos loqui de fructibus præbẽdarũ & beneficiorum, non autem de bonis mobilibus, vel immobilibus ex fructibus, vel aliunde per eccleſiam acquiſitis. Conſtat enim non licere clericis de eis teſta-
C ri ex cap. relatum, in 2. ex cap. cum in officijs, & ex capit. ad hæc, de teſtamentis. licet nonnulli res acquiſitas ex fructibus, & fructus ipſos confundẽtes, exiſtimauerint memoratis in locis prohiberi etiam de ipſis fructibus teſtandi facultatem: ſed Decretales prædictæ non loquuntur de fructibus, ſed de bonis acquiſitis per eccleſiã Sic enim ait textus in d. cap. Relatum: *Licet autem mobilia per eccleſiam acquiſita de iure in alios pro moriente arbitrio transferri non poſſint*, &c. Et in c. cum in officijs: *Quidam clerici cum ab eccleſiis ſuis multa beneficia perceperint, bona per eas acquiſita in alios transferre præſumunt*, &c. Et clarius in d. c ad hæc. *Prę ſentibus innoteſcas. quod clerici de mobilibus, quę per eccleſiam ſunt adepti, de iure teſtari non poſſunt.*

Quamobrem Iulius Clarus loco ſuperius annotato, rectè bona quæſita ex fructibus eccleſiæ diſtinxit ab ipſis fructibus; Et nos etiam diſtinguenda eſſe putamus. Ratio autem diuerſitatis illa poteſt adferri, quod licet
D clerici etiam huiuſmodi bonorum acquiſitorum ex fructibus ſint domini, & ideo videantur poſſe de eis pro eorum arbitrio diſponere, tamen cum per eccleſiam ea acquiſiuerint, charitatis & gratitudinis ratio poſtulat, vt ea potius relinquant eccleſię, quam alijs. Et hoc eſt quod dicit textus in d. c cum in officijs *Cum in officijs charitatis, primo loco illis teneamur obnoxij, à quibus beneficium nos cognoſcimus recepiſſe; contra quidam clerici cum ab Eccleſiis ſuis multa beneficia perceperint, bona per eas acquiſita in alios transferre pręſumunt. Hoc igitur quia antiquis Canonibus conſtat inhibitum, nos indemnitati eccleſiarum prouidere volẽtes, ſiue inteſtati deceſſerint, ſiue alijs cõferre voluerint, penes eccleſias eadem bona pręcipimus remanere.*

Hæc ratio Charitatis non ita viget in ipſis fructibus, quoniam fructus ſunt ex rebus, quæ vſu conſumuntur, & ſicut ab ipſo clerico, vtpote eorum domino conſumi poſſunt, ita etiam ei licere debet eos teſtando in alios transferre, nec enim vt conſeruẽtur pro ipſa eccleſia, ita ratio ſuppetit, vt in alijs bonis mobilibus uel immobilibus, quæ iam ſunt acquiſita, puta ſi vaſa ſint aurea

rea vel argentea, ſuppellex, & ſimilia, quæ ſeruando ſeruari poſſunt, neque tam facilè vſu conſumuntur.

Argumenta vero contrarię ſententiæ, quæ elericos dominos non eſſe contendit, ad hæc omnia reuocantur, quod eccleſiaſtica bona dicuntur Domino Deo donata, cap. qui Chriſti, 12. quæſtio. 2. cap. res eccleſię, 12. quęſt. 1. quod ad pauperes pertineant, c. Pręcipimus, & cap. ex his, 12. q. 1 quod eletici ſint diſpenſatores, c. decimę, 16. q. 1. c. quod autem, 23. q. 7. cap. 2. de donat. Sed iſtis & ſimilibus, quæ in eandem ſententiam latè adſerri poſſunt & a Nauarro & Sarmiento adferuntur, optimè reſpondet Reuer. P. Gregorius loco annotato, bona eccleſiaſtica Deo data eſſe, hoc eſt, propter Deum, & eius cultum data eccleſiaſticis. Ad pauperes pertinere, quia eleemoſinæ ex redditibus eccleſiaſticis impertiendæ ſunt. Clericos eſſe diſpenſatores, & non dominos ſcilicet bonorum ipſorum eccleſiaſticorum, mobilium vel immobilium; non autem fructuum, qui ex præbendis percipiuntur.

Ad probandum autem clericos non poſſe teſtari de huiuſmodi fructibus beneficiorum & præbendarum, adferuntur a Nauarro hæc iuris Canonici loca, cap. Epiſcopi, & c. ſint manifeſtæ, 12. q. 1. cap. 1. ca. quia Ioannes, cap. fixum, 12. q. 5. c. 1. c. ad hæc, c. quia nos, c. cum in officijs, c. relatum, in 2. de teſtam. Et præterea Auth. Licentiam, C. de epiſcop. & cler.

Reſpondeo, omnia hæc loca loqui & accipienda eſſe de bonis acquiſitis per eccleſiam, vel ex rebus & fructibus eccleſiæ, non autem de ipſis fructibus Percurramus ſingula.

Adfertur primò c. epiſcopi, 12. q. 1. *Epiſcopi*, inquit, *de rebus proprijs, vel acquiſitis, vel quicquid de proprio habent hęredibus ſuis; ſi voluerint, derelinquant: quicquid vero de prouiſione ſua eccleſiæ fuerit, ſiue de agris, ſiue de fructibus ſiue de obligationibus; omnia in iure eccleſiæ reſeruare cenſuimus.*

Reſpondeo, textum loqui de bonis, quæ conſtituta ſunt pro eccleſiæ prouiſione: nam ſiue agri ſint, ſiue fructus annui, ſiue oblationes, illa omnia Epiſcopus in iure Eccleſiæ reſeruare tenetur, nō autem relinquere ſuis hæredibus poteſt, ſicut bona propria: Itaque non loquitur textus de fructibus perceptis ab ipſo Epiſcopo pro ſuo vſu ipſius ſed de fructibus, & alijs, quæ pertinent ad prouiſionem ipſius eccleſię; quæ merito reſeruanda ſunt eccleſiæ, non ad hæredes transferenda: ſed quo minus fructus iam perceptos, & quorum dominus eſt Epiſcopus factus, hæredibus relinquere poſſit, non rectè inferri poteſt.

Adfertur 2. tex. in cap. ſint manifeſtæ, eadem cauſa, & quæſt. qui loquitur de rebus eccleſiæ, non autem de fructibus præbendarum, & beneficiorum: *Sint manifeſta*, inquit, *res proprię epiſcopi, ſi tamen habeat res proprias, & manifeſtę dominica, vt poteſtatem habeat de proprijs rebus epiſcopus moriens, ſicut voluerit, & quibus voluerit derelinquere, ne ſub occaſione eccleſiaſticarum rerum, quæ Epiſcopi eſſe probantur, interdicantur*

Tertiò, adfertur text. in c. 1. 12 q. 5. qui loquitur de rebus mobilibus eccleſiæ, vt patet illis verbis: *Itaque fraternitatem tuam, tempore quo ad nos fuit, conqueſtam eſſe recolimus, quod quædam mobilia, quæ Conſtantinus deceſſor veſter teſtamenti ſerie legati titulo dereliquit, decreuiſſeq; nos, vt ſi hoc conſtaret, nullum ex his eccleſia veſtra pręiudicium pateretur*, &c.

Quartò, tex. eadem cauſa, & quæſt. in c. quia Ioannes Sed loquitur de rebus eccleſiæ, non autem de fructibus vt patet ibi: *Huius igitur Monaſterij, & collectarum illic rerum, quia teſtamento, quod condidit, feciſſe noſcitur mentionem, ſciendum vobis eſt, non nos ideo ea confirmaſſe, quoniā eius ſupremam ſequitur voluntatem*, &c.

Quintò, textus eadem cauſa, & quæſt. in c. fixum. Sed loquitur de rebus acquiſitis: Id patet ibi: *Poſtquam autē Epiſcopus factus eſt, quaſcūq; res de facultatib. eccleſię, aut ſuo, aut alterius nomine cōparauerit, decernimus, vt non in propinquorū ſuorum, ſed eccleſię, cui præeſt, iura deueniant.*

Sextò, adferuntur cap. 1. ca. ad hæc, ca. cum in officijs, c. quia nos, c. relatum in 2. de teſtam. quæ omnia loquuntur de rebus acquiſitis per eccleſiam nullum verbum de fructibus eccleſiæ. Tria ex his ſupra retulimus: reſtant duo, nempe. cap. 1. & c. quia nos, In c. 1. ſic dicitur: *Quicquid vero eccleſię, ante ipſius conſecrationem eſſe cognouerit vel in Epiſcopatus ordine prædictum Epiſcopum acquiſiuiſſe, in eiuſdem eccleſiæ dominio conſeruetur.*

In c. quia nos ſic habetur; *De ijs tamen, quę conſideratione eccleſiæ perceperunt, nullum de iure poſſunt facere teſtamentum* Loquitur ibi Summus Pontifex de clericis, qui aliquid acquiſiuerunt occaſione eccleſiæ, quia ſcilicet eccleſiæ contemplatione eis datum fuit.

Denique textus in Auth. Licentiam, C. de epiſcop. & clericis, ſimiliter de rebus requiſitis loquitur, ut patet ex illis verbis: *Cęteris rebus acquiſitis ab eo, dominio eccleſię reſeruatis*, &c.

CAPVT XC.

Teſtamentum an valeat, quod confectum eſt non adhibitis iuris ſolennibus, ſed ſtatutis eo in loco vigentis, vbi teſtamentum eſt conditum, ex quo tamen loco teſtator oriundus non eſt?

Vetus controuerſia eſt. Teſtamentum condidit aduena, exempli cauſa Venetijs, ſecundum conſuetudinem, quæ ibi viget, coram duobus vel tribus teſtibus, vtrum etiam vbique vires obtinere debeat? Oldradus in conſil. 148. Pręſuppoſita conſuetudine reſpondit non valere, & eiuſdem ſententię dicitur olim fuiſſe Iacobus de Arena. Sed contrarium docuit Bartolus in l. prima, C. de ſumma Trinit num. 24 quem cæteri magis communiter ſequuti ſunt, vt uidere licet ex Iaſone ibid. num. 40. & in l. 2. lect. num. 82. vide Gabrielum libro 4. commun concluſ. tit. de teſtamentis. concluſ. 4. & Andream Geyil, lib. 2. Obſeru. 123.

Argumenta Oldradi hęc ſunt: Primum ex l ſed ſi accepto, ff. de iure fiſci Martianus; *Sed ſi accepto vſu togæ Romanę* (obſides) *vt ciues Romani ſemper egerint; Diui fratres procuratoribus hęreditatum reſcripſerunt, ſine dubitatione ius eorum ab obſidis conditione ſeparatum eſſe beneficio Principali. Ideoq; idem ius eis ſeruandum, quod haberēt ſi a legitimis ciuibus Romanis hæredes inſtituti fuiſſēt.*

Sed hoc ad rem, qua de agitur, non pertinet Etſi enim id Martianus a contrario ſenſu velit, obſides, qui vſu togę Romanę non accepto, Romę fuerint, eodem iure non frui in bonis, quę eis relinquuntur, quo cęteri fruuntur, quia ciuibus Romanis hæredes inſtituti ſunt non tamen ex hoc quicquam inferri poteſt ad rem noſtram. Eſt res planè diuerſa, diſſimilis, aliena prorſus. Noſtra enim diſputatio eſt, an peregrinus & aduena teſtamentum faciens adhibitis ſolennibus ex conſuetudine loci, in quo teſtamentum fit, rectè id fecerit, vt proinde etiam alibi valeat, quæ res cum Martiani reſponſo nihil habet commune.

Secundum argumentum eſt ex l. ſi non ſpeciali, C. de teſtamen. Diocletianus: *Si non ſpeciali priuilegio patrię tuę iuris obſeruatio relaxata eſt, & teſtes non in conſpectu teſtatoris teſtimoniorum officio functi ſunt, nullo iure teſtamentum valet.*

Sed nihil vrget hoc argumentum. Nam textus loquitur de eo, qui teſtamentum fecit in patria ſua non ſeruatis ſolennibus, & ideo dicit illud non valere, niſi priuilegio ſpeciali patriæ ſuę iuris ſolennitas relaxata ſit. Nos vero loquimur de aduena & peregrino, qui eo in loco teſtamentum facit, vbi iuris ſolennitas relaxata eſt.

Tertium eſt ex l vlt. C. de teſta. ubi conſuetudo teſtandi non adhibitis ſolennibus iuris approbatur duntaxat in locis ruſticorum, in quibus literatorum copia non eſt; Ergo in alijs locis adhibenda ſunt iuris ſolennia.

Sed nihil prorſus facit; quia noſtra quæſtio iā ſupponit

relaxatam eſſe iuris ſolennitatem in loco, in quo teſtamentum conficitur: ſed in eo tantum eſt difficultas, an & peregrinus eodem iure potiatur in teſtamento ibi cõdendo, qua de re nihil in d. l. vlt.

Quartum argumentum eſt ex l. nummis, de legatis tertio, in illis verbis: *Si neque ex conſuetudine patrisfamilias, neque in regione, vnde fuerit, neque ex contextu teſtamenti poſſit apparere.*

Nihil valet, quia hoc Iuriſconſultus dicit: *Nummis indiſtinctè legatis hoc receptum eſſe, ut exiguiores relicti cenſeantur*, ſi neque ex conſuetudine patrisfamilias, &c. quæ res longiſſimo diſtat à quæſtione hac noſtra interuallo, vt patet.

Argumenta verò Bartoli hæc ſunt; Primum eſt ex l. 2 C. quemadmo. teſtam. aper. Valerianus: *Teſtamenti tabulas ad hoc tibi a patre datas, vt in patriam perferantur, affirmans, potes illuc perferre, vt ſecundum leges moreſque locorum inſinuentur.*

Hoc argumentum nihil probat. Nihil enim aliud dicit Valerianus Imperator, niſi teſtamenta ſecundum mores & leges locorum publicanda & aperienda eſſe. Sed noſtra diſputatio eſt, an leges moreſque locorum locum habeant in peregrinis, & aduenis; vſque adeò, vt teſtamentum quod ibi fit ſecundum leges, & mores loci a peregrinis & forenſibus, alibi quoq; valere debeat, qua de re nihil reſpondit Imperator.

Secundum argumentum eſt ex l. 1. C. de emancipat. liberor. Diocletianus: *Si lex municipij, in quo te pater emãcipauit, poteſtatem Duumuiris dedit, vt etiam alienigenæ liberos ſuos emancipare poſſint: id quod a patre factum eſt, ſuam obtinet firmitatem.*

Nihil probat, primò; quia non loquitur de ſolennitate actus; ſed de poteſtate faciendi. ſecundò, quia requirit nominatim, datam eſſe poteſtatem Duumuiris, quæ etiã ad alienigenas extendatur.

Tertium argumentum ex l. vlt. ff de milit. teſtamen. Vlpianus: *Reſcripta Principum oſtendunt, omnes omninò, qui eius ſunt gradus, vt iure militari teſtari non poſſint, ſi in hoſtico deprehendantur, & illic decedant: quomodo velint, & quomodo poſſint teſtari ſiue Preſes ſit prouinciæ ſiue quis alius, qui iure militari teſtari non poteſt.*

Nihil probat. quia hoc Vlpianus dicit, eos qui in loco hoſtili deprehenduntur, ſi illic decedant, teſtari poſſe, quomodo velint iure militari: Eſt hoc ſpeciale priuilegium, quod illis eſt conceſſum ex quo non rectè quis argumentari poteſt, valere teſtamentum in omnibus locis a peregrino factum ſecundum loci conſuetudinem.

Poſtremum argumentum eſt ex l. ſi fundus, ff de euic. Caius: *Si fundus venierit: ex conſuetudine eius regionis, in qua negocium geſtum eſt, caueri oportet.* Ergo idem dicendum in teſtamentis, vt ſcilicet regionis, in qua celebrantur, ſeruanda ſit conſuetudo.

Non multum vrget. Primò, quia non loquitur de conſuetudine regionis circa ſolennitates actus, qui celebratur. Secundò, quia non loquitur de peregrino & forenſe Tertiò, quia non loquitur, quando conſuetudo iuri repugnat certas ſolennitates requirenti, quas conſuetudo regionis non requirat. Quartò, quia inter contrahentes inſpicitur ſemper quod actum eſt, quod ſi non appareat, inſpici debet, quod ex moribus regionis frequentatur, l. ſemper in ſtipulationibus, ff. de regul iuris: *Ea enim, quæ ſunt moris & conſuetudinis, in bonæ fidei iudicijs debent venire*, l. quod ſi nolit, § quia aſſidua. ff de ædilitio edicto.

Cum igitur nec argumenta Oldradi, nec argumenta Bartoli ſufficiant ad controuerſiam iſtam decidendã aliundè petenda eſt ratio eam decidendi. Et ſanè, vt mihi uidetur, ex eo potiſſimum loco, quo in quæſtionẽ uocari ſolet, vtrum forenſes gaudeant beneficijs Statutorum. Nam ſi gaudere debent etiam forenſis & peregrini beneficijs ſtatutorum loci, ſequitur, vt etiam in teſtamentis & alijs eiuſmodi actibus eis perfruentes, teſtamenta facere poſſint, eodem modo, quo & alij ciues &

A municipes; Si verò non eis gaudere debeant, reſpondendum eſt, non poſſe etiam teſtando eis perfrui. Hæc autem quæſtio longè eſt facillima & clariſſima. Nam ſi forenſes munera Ciuitatis non ſubeant, neque municipum loco habendi ſunt, l. prima, ff. ad municipalem, ac proinde, ſicut onera Ciuitatis non ſentiunt, ita nec commodis frui debent, l. ſecundum naturam, de regulis iuris. Bartolus in tractatu repræſaliarum in quarta quæſtione, proinde, nec ſtatutis ligantur alienę Ciuitatis, nec eis perfruuntur. Decius in conſilio 114. & 550. ad finem. Caſtrenſis in l. omnes populi, ad finem, ff. de iuſt. & iure. Ruinus in conſil. 150 nu. 7. lib. 5. Hippolytus Riminaldus in conſ 11. nu. 27 lib 1.

Quare ex his concludo, in præſenti diſputatione, veriorem mihi Oldradi ſententiam uideri, niſi talis ſit peregrinus, qui onera Ciuitatis ſubire ſit ſolitus, ac proinde iure participare debeat commoda Ciuitatis & ſtatutorum eius.

B

CAAPVT XCI.

Teſtamentum a forenſe conditum ſeruatis ſolennibus loci, in quo illud condidit, an effectum habeat quantum ad bona alibi ſita.

EX his, quæ in præcedenti capite concluſa ſunt, non eſt difficile intelligere, teſtamentum a peregrino conditum adhibitis non iuris, ſed ſtatuti ſolennitatibus eius loci, in quo conditum eſt, non poſſe executioni mandari, quoad bona alibi ſita, vbi non eſt tale ſtatutum Concluſum eſt enim non valere eiuſmodi teſtamẽtum; quia ſtatuti beneficia municipibus, nõ autem alienigenis concedi debent, vt in præcedenti capite, quæ ſententia fuit olim Iacobi Rauennatis teſte Bartolo in l. prima, num. 36. C. de Summa Trinit. Sed quoniam Bartolus in eo loco, quem cæteri poſtea ſecuti ſunt, ut patet ex
C Gabrielio libro quarto, commun. concluſ. titu. de teſtamentis, concl 4 & ex Andræa Geyll, libro ſecundo. Obſeruat. 123. exiſtimauit, & teſtamentum valere, & effectum habere, etiam quoad bona alibi ſita, faciendum eſſe putaui, vt argumentis, quibus ille, & alij ſectatores eius nituntur, breuiter reſponderem. Reſpondeo autem præcipuis tantum, non leuibus.

Primum argumentum eſt ex l. omnium, C. de teſtam. Theodoſius: *Omnium teſtamentorum ſolennitatem ſuperare uideatur, quod inſertũ mera fide precibus inter tot nobiles probataſque perſonas etiam conſcientiam Principis tenet. Sicut ergo ſecurus erit, qui actis cuiuſcunq; iudicis, aut municipum*, &c *Poſtremum publicauit iudicium*, &c.

Nihil probat, quia hoc eſt ius commune, & generaliter conſtitutum, vt teſtamentum valeat etiam ſine ſolennitatibus alias requiſitis, quoties, vel Imperatori, vel actis iudicis, aut municipum inſinuatur: qua de re noſtra non eſt diſputatio.

D Secundum argumentum eſt ex l. vlt. C. de teſtam. vbi teſtamentum ruri conditum abſque ſolennitatibus iuris vbique validum eſt.

Nihil probat. primò, quia id ita iure communi conſtitutum eſt. Secundò, quia textus dicit validum eſſe teſtamentum ruſticorum, de alijs autem teſtamentis ruri conditis non loquitur. Verba hæc ſunt: *Quod igitur quiſque ruſticorum, ſicut prædictum eſt, pro ſuis rebus diſpoſuerit, hoc omnimodo legum ſubtilitate remiſſa firmum ualidumque conſiſtat.*

Tertium argumentum eſt ex eo, quod cum agitur de ſolennitate actus, inſpicitur locus, in quo actus celebrari debet, & eius loci conſuetudo. l. 1. in fine, ff. de uentre inſpiciendo. Reſpondeo nihil obſtare: non enim loquitur lex de peregrino & aduena; Nec de actu quia ab eius ſolius voluntate pendeat, prout eſt teſtamentum.

Quartum argumentum eſt ex l. in hac, & ex l. lata, C. de donat. quas Iaſon attulit. Reſpondeo, ad rem non

pert. ne-

pertinere; quia non loquuntur de aliquo ſpeciali Statuto Ciuitatis,aut Municipij; quod etiam peregrinum iuuet, & obliget,vt in quæſtione noſtra; ſed ius generale continent,vt donationes actis inſinuatæ valeant, etiam ſi res donatæ alibi ſint poſitæ.

Poſtremum argumentum eſt ex eo, quòd acta in vno iudicio facta probent etiam in alio iudicio inter eaſdem partes,& actio competens pro rebus alibi etiam intentari poteſt,vbi res non ſunt, l. vltima C.de præſcript longi temporis.

Nihil probat; quia quæſtio ſupponit ualere teſtamentum,& eo tendit, ut probet etiam ad res alibi ſitas extendi,& exequendum eſſe; ſed præterquam,quod quæ adferuntur, diſſimilia ſunt, illud fundamentum non eſt ſatis firmum, videlicet teſtamentum ipſum valere: Contrarium enim iuri magis conſonum videtur.

CAPVT XCII.

Vtrum valeat teſtamentum coram quinque teſtibus tempore peſtis.

MAgna fuit & olim, & nunc controuerſia inter Doctores; Vtrum teſtamentum tempore peſtis cõditum coram minori numero teſtium, quàm requiratur aliàs regulariter, puta coram quinq; tantum teſtibus,valeat,vt videre licet ex Iulio Claro in §.teſtamẽtum,q.56.& Rolando a Valle in conſil. 81. lib.1. Anton. Teſſauro deciſ.Pedemon.180.Maſcardo lib.3.de probationib concl.1152.nu.18. Ego ſanè reſpondendum puto non valere,autoritate textus in l 8.C. de teſtamentis,vbi Diocletianus ita dicit: *Caſus maioris ac noui contingentis ratione aduerſus timorem contagionis, quæ teſtes deterret: licet aliquid de iure laxatum eſt: non tamen prorſus reliqua teſtamentorum ſolennitas perempta eſt. Teſtes enim huiuſmodi morbo oppreſſos eo tempore iungi atque ſociari remiſſum eſt: non etiam conueniendi numeri eorum obſeruatio ſublata eſt.*

Sententia legis eſt ſatis perſpicua: Tempore peſtis aliquid de ſolennitatibus relaxatum eſſe in teſtamentis. Relaxatum autem hoc eſſe, vt non conueniant ſimul teſtes ad audiendum vnico contextu teſtamentum: ſed nõ eſſe ſublatam hanc ſolennitatem,quę pertinet ad teſtium numerum,atque adeo permiſſum,ut minor numerus eorũ adhibeatur. Et ideo non puto legendum in d.l. 8, *Conueniendi numeri*,ſed potius *conuenientis numeri*,quanquã & ſi legatur *conueniendi numeri*, ſenſus eſt; ſublatam non eſſe ſolennitatem numeri teſtium cõueniendi;ideſt, inueniendi numerũ teſtium,ſcilicet legitimum. Septem ergo teſtes requiruntur; ſed nõ eſt opus,vt omnes ſimul ſocientur, & iungantur, ut coram eis teſtamentum publicetur,ſiue inſinuetur,& ab eis vel ſubſcribatur ſimul, vel audiatur;ſed ſufficiet, ſi ſeparatim teſtes ſinguli adhibiti ſint:quod ſanè & ad exequendum, & ad intelligendum in promptu eſſe videtur. Non ergo minor numerus,puta quinque teſtium, ſufficere poterit in teſtamento tempore peſtis condito ex hac lege Diocletiani.

Ad contrariæ ſententiæ argumenta ita reſpondeo. Primum eſt huiuſmodi: Tempus belli, & tempus peſtis æquiparantur. Sed in bello ualet teſtamentum minus ſolenne:ergo & peſtis tempore valebit. Reſpondeo, negando illam abſolutam comparationem belli, & peſtis. Nam conſtat,omnem ſolennitatem militibus relaxatam eſſe in teſtamentis condendis,in Inſtit.de militari teſtamen. At peſtis tempore aliquid tantum de iure relaxatũ eſſe,non omnem ſolennitatem relaxatam,vt in d.l.caſus, C.de teſtamen.

Secundum argumentum eſt ex l.vlt.C.de teſtam. vbi in teſtamentis ruſticorum minor numerus teſtium ſufficit; quia ſcilicet maior haberi non poteſt. Idem igitur tutius erit peſtis tempore:quia nec tunc maior numerus te-

A ſtium facile habetur. Reſpondeo,negando extẽſionem, quæ fit de teſtamentis ruſticorum ad teſtamentum in Ciuitate conditum,in qua ſit peſtis: licet enim propter contagionem non tam facile teſtes iungi, & ſociari poſſint, tamen ſeorſum adhiberi poſſunt: Quod ſi nec tam facile haberi poſſint,etiam ſeorſim ſeptem teſtes,ita tamen uiſum eſt Imperatori, vt non valeat: quandoquidem nihil ex numero teſtium remiſit. Et ratio illa adferri poteſt, quoniam circa teſtamenta verſatur maxima falſitatis ſuſpicio,& periculum,reiq; eſt magni momenti. Et poteſt quiſpiam Codicillos facere, vel donationem cauſa mortis,legataq; & fideicommiſſa relinquere,adhibitis quinque teſtibus: Et ſic aliquo modo de rebus ſuis ultimam uoluntatem,licet non ſit teſtamentum, ordinare poteſt, ſi ſeptem teſtium copiam habere non poſſit.

Tertium argumentum ex neceſſitate,& impedimento eius;quia uidelicet tot teſtes peſte ſęuiente haberi non poſſunt,ſumitur,& multis exemplis confirmatur,neceſſitatem, & legitima, ac neceſſaria impedimenta eum ex-
B cuſare, qui non facit, quod ex lege tenetur: Sed durum eſt contra ſtimulum calcitrare,lege noua opus eſſet, quæ à Principe conderetur. Nam ſi legi tam conditæ parendum eſt,argumentum nihil mouet; quoniam etiam Diocletianus non ignorauit hæc impedimenta,& has neceſſitates,& difficultates,& tamẽ aperte ſanxit,nihil de numero teſtium conueniendorum ſublatum eſſe. Eat nunc aliquis, & contendat neceſſitatem immunem eſſe ab hac lege; quia teſtes tot haberi non poſſunt, quot à iure requiruntur. Quid enim, ſi nec duo haberi poſſint, nunquid ualebit teſtamentum coram uno teſte? Et tamen argumentum ex neceſſitate probat,etiam in uno tantum adhibito teſte ualere, immo nullo etiam teſte adhibito, ſi haberi non poſſit,valebit teſtamentum eadem patrocinante neceſſitate. Exemplum eſto ad confutandum ex neceſſitate petitum argumentum. Concedit Imperator, vt valeat teſtamentum a ruſticanis conditum etia quinq; teſtibus ſolum adhibitis, ſi in eo loco plures haberi non
C poſſint: Iam fac nec quinque haberi poſſe: Dices valere neceſſitatis huius prætextu,& tamen non valet. Audi Iuſtinianum in l.vlt.C.de teſtam. *Sin autem in loco ibo minimè inuenti fuerint ſeptem teſtes uſque ad quinque modis omnibus adhiberi iubemus: minus autem nullo modo concedimus.*

CAPVT XCIII.

Primum teſtamentum, quod poſteriore reuocatum intelligitur, qua ratione reuiuiſcat, ſi poſterius inciſum, & reuocatum ſit a teſtatore?

SCribit Papinianus in hæc verba in l.penult §.teſtamento,ff.de bonor.poſſ.ſecundum tabulas: *Teſtamento facto Titius arrogandum ſe præbuit, ac poſtea ſui iuris effectus uita deceſſit. Scriptus hæres, ſi poſſeſſionem
D petat, exceptione doli mali ſubmouebitur: quia dando ſe adrogandum teſtator cum capite fortunas quoq; ſuas in familiam & domum alienam transferat. Plane,ſi ſui iuris effectus,Codicillis, aut alijs litteris eodem teſtamento ſe mori uelle declarauerit: voluntas quę deferat,iudicio recentiore rediſſe intelligitur:non ſecus,ac ſi quis aliud teſtamentum feciſſet,ac ſupremas tabulas inciſiſſet,ut priores ſupremas relinqueret. Nec putauerit quiſquam nuda uoluntate conſtitui teſtamentum. Non enim de iure teſtamenti maximè quęritur,ſed de uiribus exceptionis,quę in hoc iudicio,quanquam actori opponatur,ex perſona tamen eius,qui opponit, ęſtimatur.*

Ex hoc Papiniani reſponſo rectè colligitur; Primum teſtamentum,quod poſteriore reuocatum eſt, reuiuiſcere,ſi teſtator poſterius inciderit aut reuocauerit. Sed controuerſum eſt,quo modo id accipiendum ſit: Vtrum primum teſtamentum uſque adeo reuiuiſcat,ut etiam actio competat hęredi,qui in eo eſt inſtitutus, per quam hæreditatem

ditatem petere, & vindicare poſſit: an verò exceptio tantum ei competat, per quam agentem ex teſtamento poſteriori repellere poſſit. Quod magis ſuccinctè, & ſcholaſticè idem valet, ac ſi quæramr, ac reuiuiſcat iure actionis, vel exceptionis. Ex Accurſio ac Bartolo in Commentarijs d. §. teſtam. & l. ſancimus, C. de teſtamen. viſum eſt exceptionis, non autem actionis iure reuiuiſcere. Idem placuit Alberico, Salyceto, & Caſtrenſi, in l. ſancimus, C. de teſtamen. necnon Iaſoni, & Baldo ibidem. Quanquam Baldus, & Caſtrenſis dicant, iure ciuili ita reuiuiſcere, quam poſtremam ſententiam ſecuti ſunt Menochius in conſi. 176. num. 7. & 8. & Marcus Anton. Eugenius in conſi. 59. num. 19.

Fundamentum exiſtimantium prius teſtamentum iure exceptionis reuiuiſcere, non autem iure actionis, illud eſt; quia crediderunt hanc eſſe Papiniani ſententiam in loco citato, propter illa verba: *Non enim de iure teſtamenti maximè quæritur; ſed de viribus exceptionis. Exceptionis*, inquit Gloſ. *ſcilicet opponendæ ex primo, contra agentem ex ſecundo*. Sed longè alius eſt ſenſus verborum Papiniani. Nam illa verba referri debent ad quæſtionem initio propoſitam: *Teſtamento facto Titius arrogandum ſe præbuit: ſcriptus hæres, ſi poſſeſſionem petat, exceptione doli mali ſubmouebitur: quia dando ſe adrogandum teſtator cum capite fortunas quoque ſuas in familiam, & domum alienam transferat.*

Hęc eſt illa exceptio, de cuius viribus eſt quęrendum. Nam hæres inſtitutus ex priore teſtamento petit bonorum poſſeſſionem. Exceptio eſt, teſtamentum ruptum eſſe propter capitis diminutionem. Iam exceptio iſta infirmatur & nullas habet vires, *Si ſui iuris effectus teſtator Codicillis, aut alijs literis eodem teſtamento ſe mori velle declarauerit; voluntas enim* (hoc eſt primum teſtamētum) *quæ defecerat, iudicio recenti rediſſe intelligitur*: quia ſcilicet ſui iuris effectus declarauit, ſe mori uelle cum illo teſtamento. Exemplum adſert Papinianus, ſi quis aliud, hoc eſt, primum teſtamentum feciſſet, deinde poſterius; & poſterius hoc incidiſſet, vt prius valeret, tunc enim prius teſtamentum valeret, ac prorſus reuiuiſceret, ſublato iam poſteriore ad hunc finem, vt primum valeret. Nec ex his obijcere quis poteſt, inferri poſſe, teſtamentum nuda uoluntate conſtitui in ea ſpecie, quæ de arrogato proponitur; neque enim nuda uoluntas teſtamentum conſtituit, ſed hoc operatur ipſius adrogati, qui poſtea ſui iuris effectus eſt, uoluntas, qua declarauit ſe decedere velle cum primo teſtamento, vt non amplius hæredi Inſtituto in ipſo teſtamento obſit illa exceptio, quod propter capitis minutionem ruptum eſſet, ſicuti nec hæredi agenti ex primo teſtamento obſtaret exceptio, quod poſteriore ruptum eſſet, ſi poſterius inciſum eſſet à teſtatore ea mente, vt prius, quod condiderat, teſtamentum valeret. Hæc eſt vera, & plana huius reſponſi interpretatio, quam nullo modo ſuffragari eorum ſententiæ, qui exceptionis iure teſtamentum prius conualeſcere, non etiam actionis exiſtimarunt; ſed potius contrariæ, quæ ſcilicet actionem etiam tribuit ex primo teſtamento, ex dictis ſatis, ut arbitror, perſpicuum eſt.

CAPVT XCIV.

Filiusfamilias an teſtari poſſit de his rebus, quarum vſusfructus parenti non acquiritur.

EXplodamus ſemel in diſputatione cōtrouerſiarum iuris, quam in manibus habemus, (licet antea locus erat opportunior) eorum ſententiam, qui dixerunt, filiumfamilias teſtamentum facere poſſe de bonis aduentitijs, quæ patri non acquiruntur, etiam quantum ad vſumfructum. Nam non deeſſe, qui etiam tueantur, perſpicuè apparet ex Decio ad l. Senium, num. 13. & ad l. penul. C. qui teſtamentum facere poſſunt. & ex Anton. Teſſauro deciſ. Pedemont. 150. Proſternamus eorum

A argumenta. Fundamentum prius figentes communis, & veræ ſententiæ ex l. penult. C. qui teſtament. facere poſſunt. *Nemo ex lege*, (ſunt Iuſtiniani verba) *quam nuper promulgauimus in rebus, quæ parentibus adquiri non poſſunt, exiſtimet aliquid eſſe innouandum: & permiſſum fuiſſe filijsfamiliarum cuiuſcunque gradus, vel ſexus teſtamenta facere: ſiue ſine patris conſenſu bona poſſideant ſecundum noſtræ legis diſtinctionem, ſiue cum eorum voluntate. Nullo etenim modo hoc eis permiſimus: ſed antiqua lex per omnia conſeruetur, quæ filijsfamiliarum, niſi in certis caſibus teſtamenta facere nullo modo concedit; & in his perſonis, quæ huiuſmodi facultatem habere iam conceſſa ſunt.*

Non poſſet eſſe clarior ſententia ex l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. exiſtimari poterat Iuſtinianum teſtandi facultatem filijsfamil. permiſiſſe in ijs rebus, quarum uſuſfructus patri non acquiritur. Sic enim ille loquitur. *Filijs autem familiarum in ijs duntaxat caſibus, in quibus uſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, donec parentes viuūt,*
B *nec de iiſdem rebus teſtari permittimus*. Ex quibus uerbis rectè inferri poterat, permiſſum eis id eſſe in ijs caſibus, in quibus uſusfructus apud parentes conſtitutus non eſt: Et ideo Iuſtinianus id præcauens, aliam legem edidit, & declarauit neminem ex hac ſua lege exiſtimare debere, in rebus, quæ parentibus acquiri non poſſunt, aliquid eſſe innouandum, & permiſſum eſſe filijsfam. teſtamenta facere.

Ex quo primum argumentum eorum, qui exiſtimant filiofamil. & in ijs caſibus, permiſſum eſſe teſtari, euidenter confutatur ab ipſo Inſtiniano. Sumitur enim ex d. l. vlt. §. filijs, ac proinde nullius eſt planè momenti.

Secundum argumentum eſt ex Nouella. Vt liceat matri & auiæ, &c. in illis verbis: *Res autem ita relictas ſiue donatas poſitis ſub poteſtate perſonis, ſiquidem perfectæ ſint ætatis, licet ſub poteſtate ſint, licentiam habeant, quo uolunt modo diſponere*, &c.
C Reſpondeo, generalia illa uerba, *quouis modo diſponere*, accipienda eſſe cum temperamento, ſcilicet, quatenus iure permiſſum eſt. Neque enim credibile eſt illis uerbis, Iuſtinianum uoluiſſe legem ſuam immutare, qua teſtamenti factio perſonis huiuſmodi ſub poteſtate conſtitutis inhibita eſt. Et ſanè, nullum eſt infirmius argumentum, quàm quod ex uerbis generalibus deſumitur ad legem particularem corrigendam, & tollēdam; Cum nemini obſcurum ſit, qui in iure uerſatus eſt, & in text. legendis, maximè eam eſſe Inſtiniani conſuetudinem, vt ſuas vel antiquiores leges, non niſi præfatione aliqua, aut certè clara mentis ſignificatione abrogare, & tollere ſoleat.

Tertium argumentum eſt, quia huiuſmodi aduentitia bona, in quibus pater nullum habet uſumfructum, caſtrenſi peculio comparantur, l. Imperator, ff. ad Treb. Conſtat autem filiumfamil. de caſtrēſi peculio teſtari poſſe. Reſpondeo, quantum ad hoc, comparata eſſe, quo filio actio competat. Sic loquitur textus in d. l. Imperator,
D ibi: *Poſt decreti autem autoritatem in ea hæreditate filio militi comparari debuit, ſi res à poſſeſſoribus peti, uel etiā cum debitoribus agi oporteret*. Non ergo, ſi in aliquibus miles in his bonis filiusfamilias comparatur à lege, in omnibus comparandus erit à nobis.

Quartum argumentum eſt ex eo, quod filiusfam. teſtari poteſt in quibuſdam alijs caſibus, in quibus uſusfructus bonorum parenti non acquiritur. Nam ex pluribus caſibus particularibus rectè conſtitui uidetur regula generalis. Caſus uero particulares ſunt, ut in l. cum multa, C. de bonis, quæ liber. in Anth. Presbyteros. & in l. ſacroſanctæ, C. de epiſcop. & cleric.

Reſpondeo, generali regulæ obſtare Inſtinianum in dict. l. penul. C. qui teſtam. facere poſſunt. & ideo in claris non eſt opus coniecturis. Scio ad l. penult. uarias accommodari reſponſiones: ſed piget eas referre, quoniam ineptæ ſunt, & friuolæ nimis.

CA-

CAPVT XCV.

Quanta ſit legitimæ filiorum portio, cùm de bonis patris, quæ propter delictum ad fiſcum peruenerunt, detrahi debet in caſibus, in quibus ex Statuto, vel conſuetudine confiſcationis locus eſt.

VT nihil ſere circa filiorum legitimam, quòd in cõtrouerſiam vocari ſoleat, omittamus, Placet adhuc aliqua ſubijcere, & in primis illud, cum Statuto ſeu conſuetudine inducta eſt bonorum patris confiſcatio ob delictum eius, etiam filijs exiſtentibus contra Authen. Bona damnatorum, C. de bonis damnatorum. (Illa conſuetudo paſſim viget in Italia) filiorum legitimam detrahendam eſſe, illamque dimidiam partem bonorum patris eſſe, ſi vnus ſit filius, vel duo: Cæterùm, ſi plures ſint, totum Aſſem continere; atque adeo confiſcationem tunc euaneſcere. Quamobrem repudiata ſententia Clari, in §. fin q 78. verſ. videndum eſt etiam, communiorem amplector, quam latè tuetur Rolandus à Valle, in conſil. 97. lib. 2. & poſt cum Anton. Teſſaurus deciſ. Pedemont. 104. & latè Peregrinus, de iure fiſci, lib. 5. tit. 1. num. 38. Ecce fundamentum. Olim bona confiſcabantur ob delictum patris, & tamen filiorum portio reſeruanda erat: & illa erat dimidia: Ergo & nunc eadem vigente confiſcationis lege, eadem erit adhibenda moderatio, vt ſua filijs portio aſſignetur. Calliſtratus: *Etiam ij, qui ante concepti, & poſt damnationem nati ſunt, portionem ex bonis patrum damnatorum accipiunt: liberis autẽ ita demum portio tribuitur, ſi iuſtis nuptijs nati ſint* l. 1. ff. de bonis damnator. Paulus: *Cum ratio naturalis, quaſi lex quædam tacita liberis parentũ hæreditatem adijciat, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando, propter quod & in iure Ciuili ſuorum hæredum nomen eis inditum eſt, &c. Aequiſſimum exiſtimatum eſt eo quoque caſu, quo propter pœnam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum, &c. Vt qui ad vniuerſitatem venturi erant iure ſucceſſionis, ex ea portiones conceſſas haberent.* l. cum ratio, ff. eodem titulo.

Theodoſius: *Quando quis quolibet crimine damnatus capitalem pœnam, deportationemve ſuſtineat: ſiquidem ſine liberis mortuus ſit, bona eius ad fiſcum perueniant: ſi verò filij, vel filia, vel nepotes ex defunctis filijs relicti erunt: dimidia parte ærario vindicata, alia eis reſeruetur.* l. vlt. C. de bonis damnatorum.

Quod dixi; quando plures ſunt liberi; omnia bona eis eſſe reſeruanda, probo ex d. l. cum ratio, vbi paulò infra Paulus ita ſubdit: *Si plures liberos damnatus habeat, ferũtur exempla, per quæ pluribus liberis omnia bona damnati conceſſa ſunt. Sed & D. Adrianus in hanc ſententiam reſcripſit. Fauorabilem apud me cauſam liberorum Albini filiorum numerus facit: cùm ampliari imperium hominum adiectione potius, quàm pecuniarum copia malim.*

Auſim dicere, ſi duo ſint tantum liberi, omnia eis bona damnati patris cõcedenda eſſe propter verba illa Pauli: *Si plures liberos damnatus habeat.* Nam pluralis ea locutio duorum numero contẽta eſt. l. vbi numerus, ff. de teſtib. & pluralis, de reg. iur. Bartolus ad l. ſi gemina, ff. arborum furtim cæſarum. Angelus Aretin. de maleficijs, in verbo, plurib. & plurib.

Sed quoniam recepta eſt interpretatio, vt plures accipiantur liberi, cùm ſunt tres, vel quatuor, id quod etiam indicant verba ſequentia Adriani: *Fauorabilem apud me cauſam filiorum numerus facit.* Ideo ſubſiſto, præſertim, cùm neminem habeam huius interpretationis autorem.

CAPVT XCVI.

Sitne aliquis modus iuri conſentaneus, quo reſtitutioni legitima filiorum ſubijci queat.

REſtat vna tractanda nobis cõtrouerſia circa Legitimam: Sitne iuri cõſentaneus aliquis modus Legitimam oneri fideicommiſſi ſubijciendi. Et placet eum eſſe, quem Doctores attulerunt: Si pater filio hærede inſtituto vniuerſali, eundem ſub conditione (ſi abſque liberis moriatur) rogauerit totam hæreditatẽ reſtituere, etiam comprehenſa ipſius filij legitima, ea tamen adiecta Clauſula, vt ſi filius non acquieſcat voluntati paternę, reſtitutioni etiam legitimam ſubijcienti, in ſola legitima purè inſtitutus ſit hæres. Ita docuit Ioannes Dilectus de arte teſtandi, tit. 5. cap. 31. nu. 6. adducens Decium in conſil 687. quod reſponſum Decij probarunt Socinus iunior in conſil 122. lib. 1. Curtius iunior in conſil 159. Alciatus in conſil. 497. Marzarius de fideicommiſſis, quæſt. 50. Sed Decius & alij loquuntur in ea ſpecie, quia filius patris voluntatem approbauit: maiorem autem difficultatem eſſe Marzarius ſcribit in ea ſpecie, qua fili[9] ſimpliciter ſe paternæ hæreditati immiſcuiſſet, ſed & in filio, qui patris voluntatem approbauerit, contrarium reſpondit Ruinus in conſil. 149. nume. 13. libro 3.

Ego verò ita rem hanc planam eſſe exiſtimo, ut nihil prorſus adferri poſſe credam, quod vel probabilem dubitationem inijcere debeat. Principio enim pater in propoſita ſpecie filium hæredem inſtituit in vniuerſa hæreditate; Hic nullus eſt querelæ locus: Deinde rogat eum per fideicommiſſum hæreditatem reſtituere: hucuſque nulla fit iniuria; quia conditio adijcitur, & ſuo iure pater vtitur. Tertio, legitimam quoque oneri obligat reſtitutionis. Hic incipit eſſe cauſa querelæ; quia legitima nullum recipit onus, l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. teſtamen. Et quia legitimi excipi debet de reſtitutione, vt in Nouella de reſtit. & in ea, quæ parit, &c. §. quãobrem. Sed occurritur huic querelæ ea Clauſula, vt ſi filius non conſentiat, legitimam purè conſequatur abſque omni onere & cõditione, ſcilicet inſtitutionis iure. Si filius in legitima ſola hęres inſtitutus eſſet purè, & abſque conditione, ſine dubio teſtamentum patris impugnare non poſſet: ita enim cautum eſt Nouella. Vt cum, de appell. cognoſ. § aliud. Ergo nec in caſu propoſito illud impugnare poterit; quia in legitima eſt inſtitutus, & poteſt eam conſequi ab omni onere liberam, & immunem, ſi nolit conſentire fideicommiſſo.

Huc accedat, quod conſtitutum eſt in l. quoniam in prioribus, C de inoffic. teſtamen. vt legitima nullum recipiat grauamen, intelligendum eſſe, quando querela de inofficioſo aliàs teſtamentum reſcindi poteſt, tunc enim ne reſcindatur, cautum eſt, vt onus & conditio legitimę adiecta non valeat, & pro non ſcripta habeatur, ut aliàs clarè demonſtraui.

Sed teſtamentum reſcindi per querelam in propoſita ſpecie non poteſt. Nam filius inſtitutus eſt hæres vtroque caſu, ſiue acquieſcat patris volũtati, ſiue non acquieſcat. Primo quidem caſu in vniuerſa hæreditate. Secundo autem caſu in legitima.

Quare Marzarij ſcrupulus in eo caſu, quo filius patris voluntatem nõ approbauerit, ſed ſimpliciter immiſcuit ſe hæreditati, non me offendit; Et multo minus argumẽtum Ruini ex l. Seius, & Augerius, ff. ad legem Falcidiã, Scæuola: *Seius & Augerius, ſi intra diem triceſimum mortis meę Reipublicę noſtrę cauerint, contentos ſe futuros tot aureis legis Falcidię beneficio omiſſo: hęredes mihi ſunto; quos inuicem ſubſtituo quod ſi voluntati meę non cõſenſerint, exhęredes ſunto Quęſitum eſt, an hęredes inſtituti hęreditatem adire poſſint ſi conditioni parere nolunt, cum habeant ſubſtitutos eadem conditione prępſcriptæ? Reſpondi, Seium, & Augerium primo loco inſtitutos perinde adire poſſe, ac ſi ea conditio, quę fraudis cauſa adſcripta non eſſet.*

Reſpondeo,

Reſpondeo, in ſpecie noſtra non dixiſſe teſtatorem, ſi filius meus voluntati meæ non paruerit, exhæres eſto: ſed hæres eſto in legitimà portione. Sunt igitur hæc diſſimilia, ibi fraus meritò damnatur, hic nulla fraudis ſuſpicio oritur. Debita enim filio portio honorabili titulo hic relinquitur, ibi autem adimitur.

CAPVT XCVII.

Vtrum auus hæredem inſtituere poſſit nepotem ex filio ſpurio?

VVlgata eſt apud veteres, ac recentiores iuris interpretes controuerſia; Vtrum auus nepotem ex filio ſpurio hæredem inſtituere poſſit. Tres autem ſunt Doctorum ſententię; Vna inſtitui non poſſe. Ita Cynus olim docuiſſe fertur in l. vltima, C. de naturalibus liberis, & Baldus docet in l. Gallus, §. quidam rectè, ff. de liberis & poſtumis, & multi alij, quos commemorat. Antonius Gabrielius lib. 4. communium concluſionum, titulo de hæred. inſtit. concluſ. 3. nu. 10. verſ. Contrarium. Secunda eſt opinio, diſtinguendum eſſe, vtrum nepos ſit poteſtate patris ſui, an verò ſui iuris effectus. Priore caſu inſtitui non poſſe: poſteriori autem poſſe, ita Speculator, titulo de ſucceſſionibus ab inteſtato, § verſic. quid ſi habens Spurium, & ita intelligit Angelus, Paulus Caſtrenſis in l. Gallus, §. quid ſi is, ante num. 7. ff. de liberis & poſtumis.

Tertia eſt opinio Bartoli in d. l. Gallus, §. quid ſi is, diſtinguendum eſſe hoc modo. Aut conſtat auum inſtituiſſe nepotem filij contemplatione, vt illi acquiratur hęreditas, & tunc non poteſt; Aut certum eſt auum hæredem inſtituiſſe nepotem, non contemplatione patris; quia noluit patri eius aliquid acquiri, & tunc valet inſtitutio: Aut res eſt in obſcuro; quia videlicet non conſtat, an contemplatione filij auus nepotē inſtituerit nec ne, & tunc inſtitutio valet; nulla ſcilicet legitima ſobole exiſtente. Hanc ſententiam cæteri magis communiter ſecuti ſunt, vt patet ex Gabrielio dicta concluſ. 3. titulo de teſtamentis, & eandem ſecutus eſt Illuſtriſſimus, & Reuerendiſſimus Cardinalis Paleotus in Cōmentarijs de nothis & ſpurijs, cap. 53. & nouiſſimè Andreas Geyll, qui teſtatur in Spirenſi Auditorio recepta, lib. 2. Obſeruation. 115. num 5.

Prioris ſententiæ, quæ negat inſtitutionem ualere, fundamentum eſt, primo, quia eiuſmodi nepotis originem habent ex radice infecta, hoc eſt, ex filio ſpurio, cui pater nihil poteſt relinquere, §. vltimo, in Authent. quibus modis natur. eff. ſui. Secundo, quoniam filio ſpurio nil relinqui a patre poteſt, nec recta via, nec per mediam perſonam. l. 1. C. de naturalib. lib. Ergo nec inſtitui nepos ex eo poterit; quia pater eius vſumfructum acquireret, iuxta l. cum oportet. C. de bonis quæ lib. Tertio, quia filij ſpurij ideo hæredes inſtitui prohibentur, vt facilius paterna libido reprimatur. Commune enim parentum votum eſt ad filios ſuos facultates tranſmittere, l. ſcripto, ff. vnde lib. quæ ratio in nepotibus æque viget. Quarto, quia quicquid nepoti relinquitur, id filij contemplatione relictum videtur, l. dotem dedit, ff. de collat. bonor. Quinto, quoniam abſurdum videtur, nepotem melioris eſſe conditionis, quàm filius ſit, argum. l. ſi viua, §. in nepotibus. C. de bonis matern.

Secundæ autem opinionis fundamentum eſt in l. quęritur, ff. de bonis libertor. Terentius Clemens: *Quæritur, an filio exhęredato etiam nepotes ex eo à bonorum poſſeſſione liberti excludantur, quod vtique ſic diximendum eſt, ut viuo filio donec in poteſtate eius liberi manent, nō admittantur ad bonorum poſſeſſionem: ne qui ſuo nomine a bonorum poſſeſſione ſubmouentur, per alios eam conſequantur. Si autem emancipati a patre fuerint, vel alio modo ſui iuris effecti; ſine aliquo impedimento ad bonorum poſſeſſionem admittantur.*

A Sic igitur, & in propoſita ſpecie reſpondendum uidetur, ne filius ſpurius, in cuius poteſtate nepos eſt, acquirat hæreditatem, ſaltem quoad uſumfructum, iuxta leges poſteriores, nepotem inſtitui non poſſe.

Tertiæ autem opinionis fundamentum eſt in l. vlt. C. de natura. lib. in illis verbis: *Liceat eis* (ſcilicet nepotibus) *quantum voluerit in ſua ſubſtantia in eos conferre, ſcilicet nulla legitima ſobole ſubſiſtente. Filijs enim naturalibus relinqui conſtitutiones, quantum voluerint, ideo prohibuerunt: quia vitium paternum refrenandum eſſe exiſtimauerant. In nepotibus autem non eadem obſeruatio in præfatis ſpeciebus cuſtodienda eſt, vbi legitima ſoboles minimè facit impedimentum.*

Huic legi accedit alia ratio. Nam patris vitium, & calamitas non nocet filio in ijs, quæ aliunde, quàm ab ipſo proficiſcuntur, l. 3. ff de interd. & relegat. l. 1. § vlt l. 3. § ſi emancipatus, ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab. l ſi necem, § ſi deportatus, ff. de bonis libert. l. cognouimus, cum Authen. ſequenti. C. de hæreticis.

B Ego, & his argumentis, quæ fortiſſima ſunt, & autoritate tantorum patrum hanc ſententiam Bartoli amplector. Etſi enim Iuſtinianus in d. l. ult. non loquatur de nepotibus ex filijs ſpurijs, ſed ex filijs naturalibus; Eadem tamen eſt ratio in nepotibus ex filijs ſpurijs, & cùm nulla lege prohibeantur inſtitui hæredes ab auo, illique nati ſint ex legitimo matrimonio, & nullam prorſus culpam admiſerint, certè contra rationem iuris uidetur eos excludere ab aui hæreditate relicta, vbi nulla ſubeſt auo legitima proles, ſicut loquitur ipſe Iuſtinianus.

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere, quibus contraria nititur ſententia: reſponderi enim ad primum poteſt, negando conſequentiam illam: Oriuntur nepotes ex radice infecta, hoc eſt, ex eo, qui hæres inſtitui non poteſt: ergo nec ipſi poſſunt hæredes inſtitui. Deſtruit hanc conſequentiam Iuſtinianus in dict. l vlt. C. de naturalib. lib. ibi: *Filijs enim*, &c ubi rationem adſert, cur filijs relinqui non poſſit, nepotibus autem poſſit.

C Ad ſecundum reſpondeo, patri hoc in caſu uſumfructum non acquiri, licet nepos in eius poteſtate ſit. Nam non acquiritur uſusfructus bonorum relictorum parenti, inuito eo, qui filium eius hæredem inſtituit, ut in Authent. excipitur, C. de bonis quæ liberis. Hoc autem in caſu auus præſumitur nolle vſumfructum parenti acquiri; quia non poteſt. Nemo enim id uoluiſſe præſumitur, quod legi repugnat, & nullam reddit ſuam diſpoſitionem, argum. l. 3. ff. de militari teſtamen. Ad tertium argumentum, nego eandem rationem uigere in nepotibus unà cum Iuſtiniano, in d. l. vlt. C. de naturalib. lib. in uerſic. *Filijs enim*.

Ad quartum, nego filij contemplatione relictum uideri, quia nemo præſumitur elegiſſe uiam, ex qua teſtamentum ſuum impugnetur, d. l. 3. ff de militari teſtamen. Et ſi ratio hæc ualeret, illa ualeret etiam contra d. l. ult. C de naturalib. lib. quod tamen nemo dixerit. Ad ultimum, nego abſurdum eſſe, ſi filius ſit incapax hæreditatis, nepotem eſſe capacem. Id enim iuri conſentaneum

D eſt: nec contrarium probat lex adducta, quia de hac ſpecie illa non loquitur.

Ad argumentum ſecundæ opinionis reſpondeo, textum, qui adſertur, locum habere potuiſſe ſecundum leges ueteres, cum uidelicet, quicquid filius acquirebat, parenti acquireret. Hodierno iure non acquiritur etiam quantum ad vſumfructum inuito eo, qui relinquit, ut in Authent. excipitur, C. de bonis quæ liberis. Hac autem in ſpecie meritò præſumimus, auum nil acquiri uoluiſſe filio ſuo: quia ſciebat acquiri non poſſe, leges id prohibere, nullam eo in caſu futuram eius diſpoſitionem. Nemo enim præſumitur id uelle, quod iure aduerſatur, l. meritò, ff. pro ſocio. quod ualet ad impugnandam eius diſpoſitionem, l. 3. ff. de militari teſtamen. quod in fraudem legis tendit, l. ultima, ff. de his, quibus vt indignis.

CA-

CAPVT XCVIII.

Vtrum nepotes ex filio nato ex inceſtu, hæredes inſtitui poſſint ab eo.

SEd alia oritur controuerſia, ſi filius ex inceſtu natus ſit, an auus inſtituere poſſit hæredem natum ex eo nepotem. Reſpondit Baldus non poſſe, in l. ſi quis inceſti, C. de inceſtis nup. At Iaſon poſſe, in d. l. Gallus, §. quid ſi is, num. 25 ff. de lib. & poſtum. Baldi autem ſentẽtia communiter recepta eſt, vt patet ex allegatis a Gabrielio lib. 4 commun. concluſ. tit de hæred inſtit. concluſ. 3. nu. 2. quibus adde Illuſtriſſimum Paleotum de nothis, & ſpurijs, cap. 53. nu. 9. quibus & ipſe aſſentior.

Fundamentum Baldi ſatis firmum mihi videtur in d. l ſi quis inceſti, C. de inceſtis nupt. illis verbis: *Teſtamento ſuo extraneis nihil relinquat, ſed ſiue teſtato, ſiue inteſtato legibus ei, & iure ſuccedant, ſi qui forte ex iuſto, & legitimo matrimonio editi facunt: hoc eſt, de deſcendentibus, filius, filia, nepos, neptis, pronepos, proneptis; de aſcendẽtibus antẽ pater, mater, auus, auia: de latere, frater, ſoror, patruus, amita*

His verbis lex Arcadij, & Honorij prohibet ei, qui inceſtas contraxerit nuptias, teſtamento quidquam relinquere extraneis, & poteſtatem concedit relinquendi certis dumtaxat perſonis ibi expreſſis, nempe, deſcendentibus ex iuſto, & legitimo matrimonio: aſcendẽtibus, &c.

Sed nepos ex filio nato ex inceſtu, non eſt ex illis, ut patet: Neque enim eſt ex deſcendentibus ex legitimo matrimonio; quia parens eius ex inceſtis nuptijs eſt procreatus, ergo ei nihil ab auo relinqui poteſt, reputaturq́; extraneus, & ideo excluſus ab omni ſucceſſione, ſiue teſtati, ſiue inteſtati aui.

Sed argumenta Iaſonis ſunt diſſoluenda. Primum eſt ex Authen ex complexu C. de inceſtis nupt. dum dicit: *Ex complexu inceſto nati*, illa dictio, *ex*, denotat cauſam immediatam; & ſic ad filium ipſum natum ex inceſto referenda eſt, non autem ad nepotem. Reſpondeo, illum textum non obſtare: neque enim aliud dicit, quàm filios ex complexu nefario, & inceſto natos, paternæ ſubſtantiæ indignos eſſe.

Secundum argumentum eſt ex l. vlt. C. de naturalib. lib. vbi ratio legis eſt generalis; quæ proinde extendi poteſt etiam ad nepotes ex filio nato ex inceſtu: illa nempe, quod vitium paternum refrenandum fuit, &c. Reſpondeo, maius eſſe delictum, & maiorem pœnam eius, qui inceſtas nuptias contraxit, ut patet ex d. l. ſi quis inceſti. Et ideo à minori ad maius argumentum ita ſumptum non ualere.

Tertium argumentum eſt ex rationibus, quas adfert Bartolus in quæſtione de nepote nato ex filio ſpurio: Sed reſpondeo non rectè illas huc applicari, vbi maius eſt crimen, maiorq́; pœna conſtituta.

Poſtremum argumentum eſt: quia odium eſt irrationabile in hac ſpecie contra nepotem, qui nihil peccauit: ſed durum eſt contra legem calcitrare, quæ non ipſum nepotem odio proſequitur, ſed eum, qui crimen inceſtus admiſit, quem ita puniendum exiſtimauit, ut nec liberè poſſet de ſuis bonis teſtari, ac proinde intelligeret prolẽ ex nuptijs turpibus ſuſceptam, & natos natorum, & eos, qui naſcentur ab illis, omni ſolatio deſtitutos fore, quod ex ſucceſſione, & hæreditate percipitur, egenos perpetuò futuros, quæ maxima parentis procul dubio pœna & afflictio erit. arg. § vlt. Nouella, quib. modis nat. effic. legit. ac proinde cauſa eiuſmodi libidines coercendi, ad quod reſpexit probus legiſlator.

A

CAPVT XCIX.

De facultate teſtandi à Summo Pontifice conceſſa perſonis Eccleſiaſticis, an ad vnum duntaxat teſtamentum coarctanda ſit.

TEſtandi facultatem perſonis Eccleſiaſticis conceſſam a Pontifice Maximo, ad unum duntaxat teſtamentum coarctandam eſſe, iuris interpretatione, autores ſunt Dec in conſil. 51x. Socinus iunior in conſil. 89. lib. 1. Curt iunior in conſi. 178. nu. 27 Couuar. in c. cum in officijs, num. 8. de teſtamentis, Tiraquellus ad leg Boues, §. hoc ſermone, nu. 128. de verb. ſignif Burſatus in conſil. 30 num. 56. lib. 1.

Fundamentum eſt in d. l. boues, §. hoc ſermone, ff. de uerbor. ſignific. *Hoc ſermone dum nupta erit, primæ nuptiæ ſignificantur*. Ex quibus uerbis regula quædam ge-
B neralis ſumitur; quamlibet diſpoſitionem accipiendam eſſe de primo actu. Secundo in textu cap. non poteſt, de præbendis, lib. 6. *Illud autem Apoſtolicę Sedis indultum, ut quis duo beneficia curam animarum habentia, ſi alias Canonicè conferantur eidem, poſſit recipere; ac ſimul licitè retinere, intelligitur de duobus primis beneficijs, quæ cum cura poſt dictum indultum obtinere contingit eundem.* Ex quibus uerbis illa infertur generalis propoſitio ac regula: Indultum, ſiue priuilegium, & conceſſionem odioſam, & contra Iuris Regulas pugnantem, reſtringendam eſſe ad primum actum. Eſt autem hæc teſtandi facultas de bonis Eccleſiaſticis contra Iuris Regulas, quibus conſtitutum eſt, Prælatos, & Eccleſiaſticos uiros, teſtari non poſſe de bonis Eccleſiaſticis, cap. relatum, cap. ad hæc, de teſtament. cum ſimilibus.

Verùm iſtis nil morantibus contrariam ſententiam amplector, eam teſtandi facultatem non eſſe reſtringendam ad primum teſtamentum: immo uerò eum, cui ta-
C lis eſt conceſſa facultas, teſtari poſſe, & rurſus aliud teſtamentum facere primo reuocato, & toties teſtamentum mutare, quoties ei libuerit. Hanc ſententiam ſecuti ſunt Franciſcus Sarmientus, de reditibus Eccleſiaſticis, par. 4. c. 4 nu. 3. Martinus Nauarrus de reditibus Eccleſiaſticis, quæſt. 3. in noua impreſſione, § nono moneo, & multi alij, quos refert, & ſequitur Rota Romana in deciſionibus nouiſſimis, par. 1. deciſ. 47. vbi hanc ſententiam latè defendit.

Et ſanè, hæc ſententia firmiſſimum habet fundamentum. Nititur enim Lege, & Ratione. Lege enim conſtitutum eſt, ut quoties teſtamentum a Principe confirmatur, & approbatur, Id de poſtremo intelligatur teſtamento, ex quo ſequitur primi teſtamenti, quod poſteriore reuocatum eſt, nec rationem habendam eſſe, & præſupponi poſt primum conditum teſtamentum aliud condi poſſe, & teſtamentum id uerè dici in hoc propoſito, quod eſt poſtremum, l. omnium, C. de teſtamen. ibi:
D *Voluntates etenim hominum audire volumus, non ſubire, ne poſt ſententiam noſtram inhibitum uideatur commutationis arbitrium, cum hoc ipſum, quod per ſupplicationem noſtris auribus intimatur, ita demùm firmum ſit, ſi ultimum comprobetur.* Huc accedat textus in l. 2 § teſtamentum, ff. quemadmod. teſtamen. aperian. ibi: *Teſtamentum autem illud propriè dicitur, quod iure perfectum eſt, & quod continet ſupremam uoluntatem.*

Rurſus Lege conſtitutum eſt, ut cum quis habet a Principe liberam teſtandi facultatem, intelligatur habere legitimam, & conſuetam teſtandi facultatem, l. ſi quando, C. de inoffic. teſtamen. Hæc eſt autem legitima, & conſueta teſtandi facultas, ut teſtamentum factum reuocari poſſit, mutari, & tolli poſteriore teſtamento.

Ratio autem illa eſt perſpicua: quoniã quælibet diſpoſitio debet intelligi ſecundum ſubiectam materiam, l. ſi uno, ff. locati, l. inſulam, ff. de præſcript. uerb. cum ſimilibus.

libus Subiecta verò materia hoc exigit, vt mutari poſſit teſtamentum vſque ad ſupremum vitæ exitum; Ergo eodem modo accipi, & interpretari debet teſtandi facultas a Principe conceſſa.

Non obſtant argumenta. Nam ad primum nego rectè ſumi generalem illam Regulam, præſertim vbi natura rei aliud ſuadet, veluti teſtamentum, quod ſua natura tolli poteſt, & mutari alio teſtamento. Aliud eſt enim, ſi conditio aliqua adijciatur: *Dum nupta erit*; quia illa rectè in primis nuptijs verificatur. Sunt enim primæ nuptiæ veræ, validæ, efficaces, quas diſſoluere, ac dirimere in poteſtate eius, qui contraxit, non eſt. Aliud eſt teſtandi facultatem concedere: quia illa debet eſſe libera, & conſequenter primum teſtamentum ita ualidum eſt cenſendum, niſi poſteriore fuerit reuocatum; ac poſterius ipſum ualere debet, & in eo effectum habere conceſſa teſtandi poteſtas.

Ad ſecundum argumentum ex c. non poteſt, reſpondeo, ſpeciem illam longè diſſimilem eſſe, & diuerſam habere rationem. Nam aliud eſt factio teſtamenti, aliud eſt collatio beneficiorum curam animarum habentium, vt patet. Eſt ratio longè diuerſa: quia teſtamentum eſt actus, qui pendet ex voluntate teſtantis, nec perfectum dicitur, niſi ſit poſtremum, & contineat vltimam voluntatem defuncti: ac beneficiorum collatio perfectionem habet, ſi legitimè facta ſit, & non pendet ex uoluntate unius, ſicut teſtamentum, quaſi ad arbitrium eius ea mutari poſſit, immò conſiſtit, & effectum ſuum obtinet ſtatim, non expectata morte eius, cui ſacta eſt. Itaque meritò indultum in duobus primis beneficijs verificatur, & de illis intelligitur; quia in illis indultum ſiue gratia ſuâ obtinet firmitatem, effectumq; ſortitur. At in primo teſtamento effectum non ſortitur teſtandi licentia, quoties poſteriore reuocatum eſt, nec illud reuocandi iuſtè facultas adimitur, cum *ambulatoria ſit hominis voluntas uſque ad ultimum vitæ ſpiritum*, vt noſtri loquuntur Iuriſconſulti.

CAPVT C.

Vtrum teſtandi facultas conceſſa perſonis Eccleſiaſticis morte Pontificis Maximi expiret.

EXpirare teſtandi facultatem morte Pontificis Maximi re integra, reſpondit Socinus iunior in conſ. 89. lib. 1. Primò, quia ea facultas uidetur habere mandati naturam, quod morte mandantis reuocatur, re integra, l. mandatum: C. manda. Secundò, quia ea gratia eſt odioſa ualdè, & contra Iuris Regulas, ideo expirat morte concedentis, licet alias non ſoleat expirare. Tertiò, quia poſt mortem concedentis non durat cauſa conceſſionis talis gratiæ. Quartò, quia quod ex gratia Sedis Apoſtolicæ ſimpliciter prouenit, morte Pontificis expirat, ſi is, qui recepit, nondum cœperat vti priuilegio.

Sed iam exploſa hæc ſententia eſt, vt patet ex Nauarro de reditibus Eccleſiaſ, quæſt. tertia, §. Octauo moneo. Sarmiento de reditibus Eccleſ. parte quarta, capit quarto, Burſato in conſil. 19. Natta in conſil. 647. & ex alijs, quos refert, & ſequitur Rota Romana nouiſſimè, in 1. parte, deciſ. 47.

Fundamentum eſt præclarum: quia gratia morte Pontificis concedentis non expirat, c. ſi cui, de præben. lib. 6. c. Si ſuper gratia, de offic deleg. lib. 6.

Ad primum argumentum negatur eſſe mandatum. Eſt enim gratia, & facultas teſtandi, non autem mandatum.

Ad ſecundum, nego conſequentiam; quia etſi gratia ſit contra iuris Regulas, ualet tamen; conſequenter ſecundum iuris regulas morte concedentis non extinguitur.

Ad tertium nego veram eſſe propoſitionem, quæ adfertur, nec ad rem pertinet autoritas Rotæ, quam Socinus adducit in antiquis deciſio. 580. vt videri poteſt. Nec probatur cauſam ceſſare poſt mortem Pontificis, ob quã gratia conceſſa eſt. Neque enim uita Summi Pontificis fuit gratiæ cauſa, ſed alia, quæ ipſum mouit ad concedendam teſtandi facultatem.

Ad ultimum nego illam aſſertionem; quoniam iuri repugnat, quo planum eſt, gratiam morte concedentis non expirare.

CAPVT CI.

Ius accreſcendi an tranſeat in emptorem hæreditatis?

INſignis hæc controuerſia eſt. Titius eſt hæres a Caio inſtitutus in ſemiſſe Vendidit ſuam hanc portionem hæreditatis; Poſt factam uenditionem deficit portio cohæredis, quæritur utrum ei accreſcat, an uero emptori. Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ: Altera emptori accreſcere, altera uenditori. Prioris autores ſunt Bartolus ad l. re coniuncti, de legat. tertio, Curtius iunior, & Sebaſtianus Sapia, ad l. unicam, C. quando non petent. partes. Duarenus de iure accreſcendi, libro ſecundo, cap. 6.

Poſterioris autem Iaſon, Ripa, & Crotus, in dict. l. re coniuncti, Salycetus in l. unica, C. quando non petent. partes. Vaſquius de tacitis ſubſtitut. ſeu iure accreſcendi, lib. 3. § 20 numer. 65. verſicul. *Illud autem dubium eſt.* Antonius Gomez. tomo primo, tit. de iure accreſcendi, capitulo decimo, num. 44. Cuiacius libro 12. Obſeru. cap. 13.

Prioris ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum, quia in emptorem hæreditatis tranſeunt omnia iura utilia, & habetur per omnia loco hæredis, l. 2. §. cum quis, ff. de hæred vel actione uend ibi: *Emptorem hæreditatis uicem hæredis obtinere.*

Secundum, quia uendita hæreditate ad emptorem ſpectant omnia quæ ad hæredem peruenerunt, uel peruentura ſunt, dict. l. ſecunda, ibi: *Vt nec amplius, nec minus iuris emptor habeat, quam apud hæredem futurum eſſet*, & in §. non tantum, eadem lege, illis uerbis: *Et non ſolum quod iam peruenit, ſed etiam quod quandocunque peruenerit, reſtituendum eſt.*

Tertium eſt ex l. Papinianus, ff. ad Trebellia. ubi portio deficiens accreſcit ei cui ex Trebelliano reſtituta eſt hæreditas, quia in eum omnia iura hæreditaria tranſeunt reſtitutione facta.

Quartum ſumitur ex l. ſi totam, ff. de acquit. hæred. Vlpianus: *Si totam hæreditatem aut partem, ex qua quis hæres inſtitutus eſt, tacitè rogatus ſit reſtituere, apparet nihil ei debere accreſcere, quia rem non videtur habere.*

Accreſcit ergo fiſco, cui defertur portio eius, qui de reſtituendo incapaci tacitè fidem ſuam accommodauit, nõ autem ipſi cohæredi, qui fidem accommodauit, quia nullam portionem hæreditatis habet.

Sic & in ſpecie noſtra uenditori non debet accreſcere quia nullam portionem hæreditatis amplius habet, uenditione facta, ſed emptori, in quem omnia iura tranſierunt, & qui iam portionem emptam habet.

Vltimum argumentum eſt, quia ius accreſcendi ſequitur rem, & portionem, non autem perſonam l. ſi Titio, ff. de uſufruct. ibi: *Quoniam portio fundi portioni, &c.*

Ergò accreſcit emptori portio hæreditatis deficiens, quia ille portionem aliam poſſidet, non autem uenditori, qui nullam habet portionem.

Poſterioris autem ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum, quia uenditor hæreditatis cum ſit hæres, retinet iura directa, & conſequenter ius accreſcendi. Illud enim ad cohæredem tranſit, non ad extraneos. Immò uẽditor hære-

hæreditatis videtur eum poſſidere, l. 4 § vlt. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtam. ibi: *Si quis vendiderit hæreditatem, poſſidere videtur.*

Secundum argumentum eſt, quia inter ſuccedẽtes diuerſo iure, non habet locum ius accreſcendi, l. ſed cum patrono, ff. de bonorum poſſeſſione. Sed hic ſucceditur diuerſo iure. Hæres ex teſtamento. Emptor hæreditatis ex venditione, ergo inter eos ceſſat ius accreſcendi.

Tertium argumentum ex l. ex facto, §. Iulius Longinus, ff de vulgar. & pupill. vbi ad eum cui portio hæreditatis auſertur, & fiſco applicatur, pertinet portio deficiens, ex ſubſtitutione, eueniente caſu ſubſtitutionis, non autem pertinet ad fiſcum, qui aliam portionem habet.

Sed nihil valet hoc argumentum, quia non ibi agitur de iure accreſcendi, ſed de ſubſtitutione expreſſa à teſtatore, qui ſubſtituit cohæredem & non fiſcum: Cohæres autem *ſatis eſt in eo punitus*, in quo fecit contra legem, vt inquit ibi. I. C. nimirum, vt portionem ſuam amittat propter tacitam fidem accommodatam de ea reſtituenda incapaci.

Quartum argumentum eſt, quia vendita hæreditate ratio habenda eſt quantitatis bonorum, quæ ſunt tempore venditionis l. 2 §. 1. ff. de hæred. vel actione vend. Sed portio quæ accreſcit non eſt in hæreditate tempore venditionis, quia poſt venditionem defecit, ergo non pertinet ad emptorem hæreditatis.

Hæc poſterior ſententia mihi probabilior videtur, ex primo & vltimo hoc argumento. Aut enim volumus portionem deficientem emptori accreſcere, quia Lex ita conſtituit, & hoc non poſſumus affirmare, quia legem non habemus ad conſtituentem. Aut ex voluntate defuncti teſtatoris, & hoc veriſimile nõ eſt, quia is emptorem hæreditatis forte non nouerat, nec ei proſpectum voluit, ſed hæredibus ſuis. Aut ex voluntate contrahentium, quia ſcilicet actum eſſe videatur, vt portio deficiens emptori accreſcat, & hoc veriſimile nõ eſt, quia actum eſt inter contrahentes de portione hæreditatis, non de tota hæreditate. Cohæres vendidit ſuam, non autem cohęredis portionem, quam non habebat, nec veriſimile eſt ſperaſſe ſe habiturum, nec cum precium conſtituit, eius rationem habuit, ſed quantitatis eius quæ erat tempore venditionis: Aut quia emptor habet iura vtilia hæreditatis, & hoc nihil iuuare poteſt, quia vendi-

A

tor habet iam directa, hoc eſt, nomen & titulum hæredis, cuius vigore ius accreſcendi habere & retinere poteſt. Aut denique accreſcere portionem deficientem emptori dicimus, propterea, quòd portio accreſcat portioni, & hoc abſurdum eſt, quia ſequeretur, cuicunque poſſeſſori accreſcere, licet is non emiſſet hęreditatem, & nullum ius in ea haberet.

Ad primum & ſecundum argumentum reſpondeo, verum eſſe quod aſſeritur, emptorem loco hæredis eſſe, & omnia iura hæreditaria obtinere, ſcilicet, in hæreditatis portione, quam emit, non in altera portione, quam non emit. Illa enim ſpectat ad alium cohæredem: Et ſi defecerit, venditori qui cohæres eſt accreſcit: quia licet is portionem ſuam hæreditatis vendiderit, retinuit tamen iura directa, & titulum, ac nomen hæredis, non

B

ſe eo abdicauit, nec illud in emptorem transtulit: Quare ſi quæ portio deficiat, ei, non autem emptori accreſcere debet.

Ad l. Papinianus. placet mihi Cuiacij interpretatio & reſponſio lib. 12. Obſeruat. cap. 12. & 13. eum loqui de hærede qui coactus adiuit, non autem ſponte, ac proinde iure ſuo merito priuatur. quod aliàs obtineret, ſi ſponte adiuiſſet. Amittit inquam talis hæres, qui coactus adiuit, Falcidiæ beneficium, & præceptiones & ſubſtitutionem factam ſub conditione, ſi patri hæres eſſet, & mortis cauſa capionem, & alia, l. ita tamen, § qui ſuſpectam, & §. ſi præceptis, l. ſi patroni, §. adeo, ff. ad Trebellian. quia ſcilicet hæc non haberet, ſi hæres non eſſet: Ergo amittit etiam ius accreſcendi, quia illud non haberet ſi hæres non eſſet.

C

Ad quartum & quintum reſpondeo, quod dicitur, portionem portioni accreſcere, & ideo ſi quis nullam habeat portionem, ei non accreſcere portionem deficientem, vt habetur in d. l. ſi totam, & in d. l. ſi Titio, hunc habere ſenſum, ſi quis nullam portionem obtineat à principio, vt in ſpecie d. l. ſi Titio, vbi vni vſusfructus fundi, alteri proprietas relicta fuerat: Et defecit portio vſufructuarij, illa non accreſcit hæredi, quia nullam is portionem habuit in ea re, cuius vſusfructus vni, & proprietas alteri relicta fuerat. Accreſcit ergo perſonæ hoc, ei cui proprietas relicta erat. Idem dicendum, cum quis portionem ſuam amiſit, veluti qui fidem accommodauit de reſtituendo incapaci, vt in d. l. ſi totam: Quo enim pacto is qui ſua portione indignus eſt, alterius portionem lucrari poterit ex iure accreſcendi.

ANDREÆ FACHINEI

I. C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS

LIBER SEXTVS.

CAPVT PRIMVM.

Vtrum filius legitimatus per Reſcriptum, excludat à ſucceſſione parentum filias fœminas, vbi Statutum Ciuitatis mandat, vt exiſtentibus filijs maſculis, legitimis, & naturalibus, fœminæ excludantur?

EXORDIAMVR hunc librum à nobili quæſtione inter Doctores, & olim, & nunc controuerſa; vtrum filius legitimatus excludat filias fœminas à ſucceſſione parentum, quoties ità Statuto cautum eſt, vt exiſtentibus filijs maſculis, legitimis, & naturalibus, filiæ fœminæ excludantur? Autores adſeramus tum affirmantis, tum negantis ſententiæ. Deinde argumenta: Tandem ſententiam noſtram.

Affirmantem ſententiam amplexi ſunt primo Bal. in l eam quam, nu.7. C.de fideicom.

Caſtrenſis in l ſed ſi hac, § patronum, ff de in ius voc. & in l. ſi ita quis, §. vlt. de leg. 2. in Rubr. C de iure annulor. aureor. & in conſ. 226. Dicendum eſt, lib. 1.

Antonius Roſellus de legitimatione, lib. 1. ti. de cauſa finali legitimationis, nu. 4.

Aretinus ad l. liberos, C. de collat. & ibid. Corneus.

Alex conſi 2 nu. 11. lib. 1. & 94. eod. lib.

Socinus ſenior in conſi. 63. nu. 9. lib 3. & in l. cũ auus, nu 57 ff. de cond. & demonſtr.

Iaſon ad l cum acutiſſimi, col. 2. C. de fideicom. vbi dicit ſe ita bis conſuluiſſe, & iudicatum fuiſſe.

Decius in conſ. 316. nu 8. & 365. nu 7.

Brunus tracta. quod ſtantibus maſculis fœminæ non ſuccedant, art 12. num. 70.

Barbatia conſ 68. col. 4. lib. 4.

Curtius iunior in conſi 153. num. 10.

Gozadinus conſ. 6. nu. 38. & 85. num. 26.

Berous in conſi. 14 nu. 2. & 174 nu 10. lib. 2. qui teſtatur ita iudicaſſe Rotam Bononienſem.

Socinus iunior in conſi. 142. num 35. lib. 1.

Alciatus ad l. ſi is, qui pro emptore, nu. ne 91. ff de vſuc. & in reſponſo 307. nu 2.

Pariſius conſi. 55. num. 10. lib. 3.

Didacus Couuar. de Sponſal. in 2 par. c. 8. § 8, nu. 3.

Roland. conſ. 83. nu. 2. & nu. 14. lib. 3.

Burſatus conſil. 83. nu. 12 & 98. nu 22.

Dom. meus Decianus conſ. 3. nu. 86. lib. 1.

Eugenius conſi. 57. num. 76.

Menoch. conſi. 227. nu. 35. 266. nu. 9. lib. 3. & de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 39. nu. 3. & 687 nu 57 lib. 7. vbi teſtatur ſecundum hanc opinionem iudicatum ſic fuiſſe Mediolani anno 1571. & 1585.

Negantis autem ſententiæ Autores ſunt Bald. in cap. per tuas, nume. 2. de maior. & obed. in conſ. 214. lib. 2. in conſil. 102. lib 4.

Angelus in conſi 76.

Antonius Butr in c. tanta, nu. 10. & in c. per venerabilem, nu. 16. qui filij ſint legitimi.

Caſtren. in l. vlt. nu. 5. 6. C. de his, qui veniam ætatis impetrar in l. cum acutiſſimi, nu. 3. C. de fideicom. in conſi. 180 lib. 1. 252. & 343. lib. 2.

Alexand ad l. neceſſarijs, nu. 12. ff. de acq. hæred.

Iaſ. in l. ſi is, qui pro emptore, nu. 286 ff. de vſuc.

Curtius ſen. in conſi. 13 & in conſ 16. & In conſi. 35. & in conſ 74. vbi dicit, ita iudicatum fuiſſe Mediolani

Soc. ſenior in l. Gallus, §. Et quid ſi tantum, nu. 27. ff. de lib. & poſthum. & in conſi. 246. lib. 2.

Ludouicus Bologninus in conſ. 58.

Dec. in l. liberos, in fi. C. de collatio in conſ. 52. & 155. 275. 316. 383. 392.

Tiraquelius ad l. ſi vnquam, in verbo, ſuſceperit liberos, nu. 98. C. de reuoc. donat.

Dom. meus Cephalus in conſ 78. lib 1.

Proſper Paſetus conſ. 71.

D. Guidus Pancirolus conſ 59. nu 68.

Portius Imolenſis conſi 106. nu. 89.

Ludou. Mol. lib. 3. de Hiſpaniarum primogenijs, c. 2. num. 7. & c. 5. nu. 75.

Mi-

Michael Graſſus ti. de ſucceſſ. ab inteſtato, q. 19. nu. 12 Illuſtriſs. Cardinalis Albanus in lucubrationibus ad Bartolum, in l Gallus, §. & quid ſi tantum, num. 22. ff. de lib. & poſtumis.

Mynſingerius cent. 3. obſeruat. 26. vbi teſtatur cameram Imperialem ſequi ſolere hanc ſententiam.

Andreas Geyll, lib 2. obſeru. 140. nu 6. vbi ſimiliter teſtatur Imperialem Cameram ita ſeruare.

Berous in conſ. 177 nu. 49. lib. 2.

Gulielmus Benedictus in c. Raynutius, in ver. Duas habens vxores, nu. 148 de teſtam.

Ruinus conſi. 84. num. 3. lib. 5.

Hactenus Autores vtriuſque ſententiæ recenſuimus

Nunc argumenta in medium afferenda ſunt. Affirmãtis igitur ſententiæ illud eſt fundamentum; quia Statutum excludit filias fœminas exiſtentibus filijs maſculis defuncti ab inteſtato legitimis & naturalibus. Sed filij ſic legitimati dicuntur eſſe legitimi, & naturales; ergo filias fœminas excludunt.

Minor propoſitio probatur ex Nouella Quibus mod. natur. effic. ſui, § reliqui, ibi: *Semel enim efficientes eos legitimos, damus habere etiam ſucceſſiones illas, quas habent ij, qui ab initio legitimi ſunt* Et in § ſit igitur ibi: *Nihil à legitimis differentes*, &c. Et in § quoniam variè, ibi: *Nihil diſſimilis legitimis*. Et in § filium, ibi: *Factum le timum ipſi ſoli genitori legitimum facimus*. Et in Nouella quibus mod. natur effic. legitimi §. ſit igitur licentia, ibi: *Nihil a legitimis filijs differentes*.

Poſterioris autem ſententiæ, quæ negat huiuſmodi legitimatos filias fœminas excludere: Fundamentum eſt primò; quia tales filij non dicuntur propriè legitimi; dicit enim tex. in § filium, in Nouella. Quibus mod. natur. effic ſui: *Facimus eum veluti ex quadã machinatione cognatum*. Verba autem Statutorum propriè ſunt accipienda. Secundò, quia verba illa Statuti, *Exiſtentibus filijs legitimis, & naturalibus maſculis*, videntur eſſe accipiẽda de legitimis, qui naſcuntur ex legitimo matrimonio, nõ autem de his, qui fiunt à Principe, argumento l. vlt. C. de his qui, veniam ætatis impetrauerunt. Tertiò, ex §. Et quoniam variè. d. Nouella. Quibus mod. nat. effi. ſui. in illis verbis: *Si quis igitur naturalis ſecundum hoc ſchema oblationis fiat Curialis erit patris, & ab inteſtato ſucceſſor, & ex voluntate nihil diſſimilis legitimis, & ex donatione percipere poterit patris; ita tamen, vt non amplius habeat vno eorum, qui ab initio legitimi ſunt, et inter omnes minus habente*.

Et licet textus loquatur de ijs, qui per oblationẽ Curiæ legitimi fiunt, eadem tamen ratio eſt in legitimatis per reſcriptum; præſertim, quia in legitimatis per reſcriptum nulla extat conſtitutio, vt plus habeant.

Hactenus, & quod ſecundo loco pollicitus ſum, præſtiti. Reſtat, ut ſententiam meam ſubijciam. Ego igitur in hac quæſtione valere iuſſis autoritatibus hinc inde Doctorum, propoſitam quæſtionem rectè ex lege Iuſtiniani & clarè decidi poſſe cenſeo. Etſi enim Doctorum ſententias & placita magni facienda eſſe putem, mihi tamen in toto hoc opere propoſitum non eſt ex eis, ſed ex textibus iuris ſententiam meam formare atque fundare Igitur ſi controuerſia ſit ſecundum ius noſtrum Iuſtiniani, quid reſpondendum ſit in hac quæſtione, ſic ſtatuo: non ſolum filium reſcripto legitimatum non excludere filias legitimas & naturales, ſed nec filium ipſum ſic legitimatum conſequi ius legitimorum filiorum. Moueor hoc argumento, quia exiſtentibus filijs legitimis, nõ poſſunt illegitimi reſcripto legitimari, hoc eſt: ius legitimorum filiorum conſequi; ſed tantum per oblationem Curiæ, vel per ſubſequens matrimonium Hoc probo ex d. Nouella. Quib mod. nat. effic. ſui in § ſi quis ergo, § ſit igitur licentia, & §. omnino enim. in § ſi quis ergo. ita dicit Imperator: *Si quis ergo filios legitimos non habens, ſed tantũmodo naturales, ipſos quidẽ legitimos facere voluerit, &c. hoc agat per noſtrum reſcriptum*. Et paulo poſt: *Sit igitur licentia patri in prædictis caſibus Imperio preces offerre, hoc*

A *declarantes*, &c. Et tandem ſubdit hæc verba: *Omnino enim legitimis exiſtentibus; deinde naturalibus prouenientibus nequaquam ius legitimorum eis adijcitur, niſi omnino, aut per Curiam, aut per noſtras conſtitutiones, quę dotalium inſtrumentorum introduxerunt modum*. Ex quibus verbis patet, tunc per reſcriptum filios legitimos effici, cum alij legitimi non extant; ſi vero extent, legitimos fieri poſſe per oblationem Curiæ, vel per patrimonium; non autem per reſcriptum.

Si ergo ius legitimorum filiorum iſti non habent per reſcriptum; ergo non poſſunt fœminas excludere, quas ſoli filij legitimi, & naturales excludunt.

Si dicatur fieri poſſe, vt etiam exiſtentibus filijs legitimis ab Imperatore legitimentur filij naturales, vel à Comite Palatino poteſtatem habente, quod & ſæpè fieri videmus; ergo tunc argumentum locum non habebit; & ſic filiæ excludentur. Reſpondeo, in primis me prædixiſ-
B ſe ſententiam meam niti tantum legibus Iuſtiniani ſcriptis, non autem ijs, quæ de facto ſeruantur. Deinde putarem, talem legitimatum hoc quidem conſequi, vt legitimus efficiatur Imperiali beneficio, non tamen plus iuris conſecutum in dubio, quàm is conſequatur, qui per oblationem Curiæ legitimus efficitur. Et ideo non plus habiturum, quàm vnum ex filijs legitimis, qui minus habet, vt in d §. & quoniam variè. Neque enim rationem differentiæ video vllam.

Huc accedat, quod ſi legitimatus per oblationem Curiæ non poteſt plus habere, quàm vnus ex filijs legitimis multo minus plus conſequi poterit is, qui per reſcriptum eſt legitimatus. Nam per oblationem Curiæ illegitimi conſequuntur iura legitimorum, etiam exiſtentibus alijs filijs legitimis: At per reſcriptum id non conſequuntur. Si dicatur legitimatum per Curiæ oblationem non habere plus iuris in ſucceſſione quolibet ex filijs legitimis, ſecundum ius commune; ſed noſtra quæſtio eſt de
C iure municipali, quo tota defertur maſculis legitimis ſucceſſio; iſti autem ſunt legitimi. Reſpondeo, cum Iuſtinianus prohibuerit eos plus habere quolibet ex legitimis, non poſſe Statutum illud contra legem Iuſtiniani ad legitimatos pertinere, & iuſtam eſſe interpretationẽ, quæ hoc in caſu Statutum ceſſare docet, ne duplex ſic legitimati priuilegium obtineant; vnum, quod iura legitimorum conſequantur: Alterum, quod etiam legitimis contra legem præferantur. Neque enim ex priore poſterius neceſſario infertur, cum rectè intelligi poſſit, filium eſſe iura legitimorum conſecutum, etiam ſi non cõprehendatur in Statuto filias legitimas excludente. Erit enim legitimus ſecundum leges Cæſaris, cuius beneficio factus eſt, non ſecundum leges municipij, ad quas in præiudicium legitimorum non putatur Imperator reſpexiſſe legitima iura concedens illegitimo. Voluit enim legitimum eſſe, ſed ſub iſta moderatione, ne plus, quàm legitimi haberent: immò ne plus haberent quàm vnus ex
D legitimis minus habens, vt in d §. & quoniam variè.

Dices, quid ſi in legitimationis reſcripto illa inſeratur clauſula, vt legitimatus comprehendatur in omni Statuto, ac diſpoſitione loquente de filijs legitimis, & naturalibus, nunquid hoc efficiet, vt comprehendatur in Statuto, de quo agitur, fœminas filias excludente?

Reſpondeo, contraria eſſe hac de re Doctorum Reſponſa. Nam comprehendi reſponderunt. Ruinus in conſil. 68. lib. 3 Berous in conſi. 174. lib 2. Non comprehendi reſponderunt idem Ruinus in conſ. 82. nu. 8. lib. 3. Decius in conſil. 393. nume. 9. ſequitur Dominus meus Cephalus in conſil 278. nume. 63 lib 2. Sylueſter Aldobrandin. inter conſilia Riminaldi ſenioris lib. 4 conſil. 717. num. 81.

Et hæc poſterior ſentẽtia mihi videtur æquior, & probabilior. Primò, quia per eam minus lęditur ius commune, quo conſtitutum eſt, vt legitimatus non plus conſequatur iuris, quàm vnus ex legitimis, qui minus habet vt in d §. & quoniam variè. Secundò, quia per hanc ſententiam iniuria non infertur ex reſcripto filiabus legiti-

mis & naturalibus, quod Regulis iuris magnoperè conſentaneum eſſe, patet ex l. 2. & 4. ff. de naturalib. reſtit. Et ex regula generali reſcriptum Principis ita eſſe accipiendum, vt alijs non præiudicet, l. 2. §. meritò, ff. ne quid in flum. publ. Iaſon in l. vlt. nu. 19. & 20. ff. de Conſt. Princ. Ruin in conſi. 93. num. 5. lib. 3. & 82. num. 9. eo. lib. licet verba eius ſuperflua redderentur, vt declarat Alc. reg. 3. præſumpt. 11. nu 8 Decius in c. ſuper eo, col. 2. verſ. Prædicta concl. de offic. deleg.

Tertiò, quia illa clauſula locum habere poteſt in alijs Statutis multis, quæ non excludunt filias legitimas, ita vt legitimatus multis in caſibus frui poſſit beneficijs Statutorum de legitimis loquentium, licet non hoc beneficio fruatur, vt filias excludat. Et ſufficit priuilegium aliquid operari, licet non in omnibus operetur, vt docet Alciatus d. reg. 3. præſumpt. 11. nu. 9.

CAPVT II.

De celebri controuerſia in ſucceſſione Regni & Principatus, vter ſit præferendus, Patruus, an nepos ex filio primogenito?

CElebertima eſt controuerſia; vter in ſucceſſione præferendus ſit Regni & Principatus patruus, an nepos ex filio primogenito; quam copioſè tractat Tiraquellus de iure primogenitorum, quæſt. 40. & poſt eum F. H. in diſputatione de controuerſia ſucceſſionis Regiæ, inter patris & fratris præmortui filium Nullum me operæprecium factum putaui, ſi argumenta, quæ pro nepote, vel patruo adferuntur, & ſimul Doctorum autoritates huc adferrem; quoniam Tiraquellus & F. H. antecuerterunt. Non abs re autem fore exiſtimaui qualecunque iudicium interponere meum. Hac igitur in re tria mihi occurrunt, quæ ex iuris noſtri pręceptis adferri poſſe ſolidis argumentis & rationibus videntur. Primū eſt, Iuſtiniani iure neutrum alteri præferendum eſſe in ea ſucceſſione, ſed vtrumque concurrere: ſic enim iure ciuili conſtitutum eſt, vt nepos ſimul cum patruo ſuccedat auo, §. 1. in Auth de hæred ab inteſtato venientibus, §. cum filius, in Inſti. eodem ti. Quamobrem, quod F. H. loco ſuperius citato, in exordio diſputationis pro fratris filio dixit, conſuetudinem illam, vt Rege mortuo filius ipſius, vel hoc præmortuo, nepos ex eo ſuſceptus Regi ſuus hæres exſtat, iuri Romano conſentaneā eſſe, nihil ad rem noſtram pertinere poteſt; quia non eſt quæſtio, vbi ſolus exſtat ex filio nepos; ſed etiam patruus, hoc eſt, alter ex defuncto filius ſecundo genitus, qui procul dubio iure Romano concurrit cum nepote in ſucceſſione. Quamobrem ex hoc efficitur hanc controuerſiam Iuſtinianæo iure definiri non poſſe, in alterutrius fauorem, ſcilicet vel patrui, vel nepotis. Et quoniam alter eorum ſolus debet ſuccedere, ita enim conſuetudine receptum eſt, nam firmius videtur eſſe Regnum, ſi penes vnum remanſerit, nec diuidatur, c. Imperialem, §. præterea ducatus, de proh. alienat. feudi per Fridericum. Et hæc conſuetudo in dubium jam non reuocatur; ideo alia ineunda eſt ratio, quæ controuerſiæ dirimendæ magis ſit idonea. Ego igitur ſic ſtatuo; conſuetudinem particularem Regni, de quo erit controuerſia, pro lege habendam, ac proinde, ſi illa pro nepote militauerit, nepoti adiudicandum eſſe regnum; ſi pro patruo, ipſi patruo: *De quibus enim cauſis ſcriptis legibus nō vtimur, id cuſtodiri oportet, quod moribus & conſuetudine inductum eſt*, l. de quibus, ff. de legib. *Quod ſi hoc defecerit*, inquit Iulianus, *tunc quod proximum & conſequens ei eſt; Si ne id quidem appareat, tunc ius, quo vrbs Roma vtitur, ſeruari oportet.* Quid ergo ſi conſuetudo defecerit, necnon id, quod proximum & conſequens ei eſt? Seruandum puto illud ius, quo Imperium Romanum in ſimili caſu vtitur. In Imperij autem legibus, & Bulla Aurea Caroli IV. hoc continetur: *Decernimus, vt poſtquam ijdem Principes Electores ſeculares, & eorum quilibet, eſſe deſierit, ius, vox, & poteſtas ele-*

A *ctionis huiuſmodi ad filium ſuū primogenitum legitimum laicum; illo verò non exiſtente, ad eiuſdem primogeniti primogenitum ſimiliter laicum liberè, & ſine contradictione cuiuſpiam deuoluatur. Si vero primogenitus huiuſmodi abſque hæredibus maſculis legitimis laicis ab hac luce migraret, virtute præſentis Imperialis edicti, ius, vox, & poteſtas electionis prædictæ ad ſeniorem fratrem laicum per veram paternam lineam deſcendentem, & deinceps ad illius primogenitum laicum deuoluatur, & talis ſucceſſio in primogenitis & hæredibus Principum eorundē iure, voce, & poteſtate præmiſſis perpetuis temporibus obſeruetur: ea tamen conditione & modo, vt ſi Principem Electorem, ſeu eius primogenitum, aut filiū ſeniorem laicum mori, & hæredes maſculos & legitimos laicos defectum ætatis patientes relinquere contigerit: tunc frater ſenior eiuſdem primogeniti tutor eorum, & adminiſtrator exiſtat, donec ſenior ex eis legitimā ætatem attigerit; quam in Principe Electore 18. annos completos cenſeri volumus, & ſtatuimus perpetuo habe*

B *ri; quam dum attigerit, ius, vocem & poteſtatem et omnia ab ipſis dependentia tutor ipſi cum officio totaliter teneatur protinus aſſignare.*

Hactenus verba Bullæ Aureæ, quæ nepoti ex filio primogenito ſucceſſionem defert vt patet. Huic conſentanea eſt lex Taurini, quam Hiſpanicè Didacus Couarr. edidit, & Latinè ſic ſonat: *Maiora feuda, quorum ſucceſſio ad primogenitos pertinet, ſi primogenitus moriatur, viuo feudi poſſeſſore relicto filio, vel nepote, aut alio legitimo recta linea deſcendente, deſcendentes iſti legitimi præferentur pro gradus prærogatiua ſecundogenito poſſeſſoris feudi.* His adſtipulantur & aliarum gentium mores & conſuetudines, præiudicia, & alia, quæ latiſſimè Tiraquellus commemorat. Cui ſententiæ & nos quoque aſſentiri par eſt. Argumentis, quæ pro patruo adferri ſolent, ſufficienter occurrit. H. F.

CAPVT III.

C *Fratrum filij vtrum ſuccedant patruo in ſtirpes, an vero capita?*

HAec eſt antiqua, & celebris controuerſia inter Azonem & Accurſium. Azo exiſtimauit filios fratrum patruo ſuccedere in capita, Accurſius in ſtirpes. Azonem ſecuti ſunt Iacobus Butrig. Cynus, Odofredus, Albericus, & Caſtrenſis, in Auth. Ceſſante, C. de legit. hæredibus Baldus in l. 1. §. vlt. ff ſi pars hæred. petat. Aretinus in § cum filius, in Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. deferuntur. Hoſtienſis in Summa, de ſucceſs ab inteſt. § viſo igitur, col vlt. Raynerius ciuis meus, vt refert Bal. in c 1. de ſucceſs feudi. Fortunius Garzia ad l. Gallus, §. idem credendū, col. 19 ff. de lib. & poſth. Zaſius Sing. intell. c. 7. & in conſ. 4. lib. 1. Couuar. de ſucceſs. ab inteſt. nu. 8 Rebuff in proœmio Conſtit. Regiar. Glo. 5. nu 81. F. H. Illuſtrium Quæſtionum lib c. 14. Ioan. Spiegelius

D in Lexico Iuris in verb. *In capita ſuccedere*. Vaſquius de ſucceſſ §. 13. nume. 13. lib. 2. Iac. Cuiacius lib. 2 de feudis, tit. 12. & in Fragmenta Vlpiani, ti. 26. §. 4. vbi etiam citat Conſtantinum Hermanopulum, lib. 5. Epitomes. Duarenus in conſuet. feudor. c. 8. Mynſingerus cent. 3. obſeruat. 95. Mantuinus Montanus de hæred. ab inteſtato venientib. reg. 29 Michael Graſſus commu. opinionum lib. §. ſucceſſio ab inteſtato, q. 30 num. 4 D meus Cephalus in conſ. 431. lib. 3. Anto. Teſſanius deciſ. Pedem 162. quibus accedit Caroli V. Deciſio expreſſa anno 1529. in Comitijs Imperij Spiræ habitis.

Accurſium vero ſecuti ſunt Io. Andr. ad Speculat. de ſucceſſ. ab inteſt. §. 1. verſ. Sed an filij, Bartolus in l ſecunda, § hæreditas, ff. de ſuis & legitim. hęred. & in l. 1 § vlt. ff. ſi pars hæred. petat & in conſil. 173. Bald. in conſ. 66. lib. 1. 293. 437. lib. 2. Dynus, Angelus, Corneus, Iacobus de Arena in Auth. Ceſſante, C. de legit. hæred. Io. Faber

in

in §.cæterum, num.4.Inſtit. de legitim.agnator. ſucceſſ. Matheſilanus de ſucceſſ. ab inteſtato. artic. 3. verſic. 2. Guido Papæ deciſ.134. Nicolaus Vbaldus de ſucceſſ.ab inteſtato, parte 3.Petrus Ferrarius in forma libelli ab inteſtato, in verbo, nulliſque ſuperſtitibus, col 14.Vlterius quæritur. Gulielmus Benedictus in c.Rainucius, in verbo, & vxorem, num.631. Iacobinus de S. Georgio in tractatu feudorum, in verbo, præſentes, col.3. verſic ſed vlterius, Io. Oldendorpius in Epitome de Succeſſ. ab inteſtato. num. 20. Sonsbechius tractatu feudor. parte 9. concluſ 6.num.100. Viuius lib 2. commun.opin nu.25. Alexander in conſil. 29. lib.5. 55. num. 4.lib.4. Iaſon in conſil.173.numer.2 lib.4. Bertrandus in conſil.2.lib. 2. Ruinus conſil 8.in fine, lib 1. Pariſius conſil. 25.num 9. lib. 2. Boerius conſil. 2.Socin.iunior conſil.74. num.7.& conſ. 104. nu. 29. lib.1.Fulgoſius conſ.12. Aretinus conſ. 164 Caſſanæus conſ.47. col.7. Franciſcus Becius in conſ. 16 Alba conſ. 29 Crauetta conſ. 966 lib. 5. Simon Pretus in conſ. 37.nu.14. Burſatus conſ. 67. Hippolytus Riminal.conſ.31.num.47. lib.1.Fridericus Scotus conſ.18. libro 2.

Ego, ne diu ſuſpenſus animus lectoris ſit, ſententiam Azonis veriſſimam eſſe iudico, quod vbi demonſtruero tum argumenta contrariæ ſententiæ confutabo.

Azonis igitur ſententiam veram eſſe ſic demonſtro. Si antiquo iure, quod ante Nouellas Iuſtiniani conſtitutum fuit, filij fratrum in capita ſuccedunt, & illud ex Nouellis Conſtitutionibus mutatum non eſt, conſequens eſt, vt firmum maneat, & ſuum obtineat vigorem: Sed verum eſt prius; ergo verum & poſterius: & ſic fratrum filij nunc etiam in capita ſuccedent, ſicut olim.

Maior propoſitio clara eſt: quia quod non mutatur, cur ſtare prohibetur? l præcipimus, C.de appell. Minor autem, quod iure antiquo ita fuerit conſtitutum, probatur primò Vlpiani teſtimonio in fragmentis apud Cuiacium, tit.26.§.4 *Agnatorum*, inquit, *hæreditates dimidantur in capita, velut: ſi ſit frater filius, et alterius fratris duo pluresue liberi, quotquot ſunt ab vtraque parte perſonæ, tot fiunt portiones, vt ſinguli ſingulas capiant.*

Secundò, id probo teſtimonio Caij lib. 2. Inſtit. tit. 8. *Item ſi moriatur quis* (ait Caius) *& de duobus germanis fratribus dimittat filios, dumtaxat maſculos, & ex vno fratre dimiſerit duos, & ex alio quatuor ſimiliter maſculos: omnes quidem fratrum filij patruo ſuo inteſtato ſuccedunt, ſed non in ſtirpes, ſed in capita.*

Tertio, teſtimonio ipſius Iuſtiniani l.penul.C. de legitimis hæred ſic dicentis; *Illo procul dubio obſeruando, vt ſucceſſio non ad ſtirpes, ſed in capita dimidatur.* Et loquitur de ſucceſſione filiorum fratrũ, vt patet ex verbis præcedentibus ibi: *Et mortuo eo, qui patruus quidem eſt*; &c.

Quod autẽ ex Nouella Iuſtiniani Conſtitutione, quæ habetur in tit. de hæred. ab inteſtato venientib. hoc ius antiquum immutatum non ſit, patet; quia in ea Conſtitutione nihil habetur, quod pertineat ad ſucceſſionem in ſtirpes filiorum fratrum; niſi quando ipſi filij fratrum ſuccedunt vnà cum patruis ſuis, quod vt planum fiat, & ſimul intelligatur nullam vim habere argumenta Sonsbechij, quæ adfert ex dicta Nouella pro contraria ſententia, ego referam ipſius Nouellæ verba, vt ea ob oculos lector habens, facile nulla diſtractione alia impeditus, rẽ percipiat, atque dijudicet. Verba hæc ſunt, quod attinet ad rem noſtram.

Si igitur defunctus neque deſcendentes, neque aſcendentes reliquerit, primum ad hæreditatem vocamus fratres, et ſorores ex eodem patre, & ex eadem matre natos, quos etiã cum patribus ad hæreditatem vocauimus. His autem non exiſtentibus in ſecundo ordine illos fratres ad hæreditatẽ vocamus, qui ex vno parente coniuncti ſunt defuncto, ſiue per patrem ſolum, ſiue per matrem. Si autem defuncti fratres fuerint, & alterius fratris aut ſororis præmortuorum filij, vocabuntur ad hæreditatem, iſti cum de patre, & matre Theois maſculis aut fœmimis, & quanticunque fuerint, tantam ex hæreditate percipient portionem, quãtam eorum pa-

A *rent futurus erat accipere, ſi ſuperſtes eſſet. Vnde conſequens eſt, ut ſi fortè præmortuus frater, cuius filij viuunt, per vtrãque partem nunc defunctæ perſonæ iungebatur, ſuperſtites autem fratres per patrem ſolum forſitan, aut matrẽ ei iungebãtur: præponantur iſtius filij proprijs Theois, licet in tertio ſint gradu, ſiue a patre, ſiue a matre ſint Theoi, & ſiue maſculi, ſiue fœmina ſint, ſicut eorum parens præponeretur, ſi viueret. Ex diuerſo, ſiquidem frater ſuperſtes ex vtroque parente coniungitur defuncto, præmortuus autem per vnũ parentem iungebatur: huiuſmodi filios ad hæreditate excludimus, ſicut ipſe ſi viueret, ab hæreditate, excludebatur. Huiuſmodi vero priuilegium in hoc ordine cognationis ſolis præbemus fratrum maſculorum, & fœminarum filijs, aut filiabus, ut in ſuorum parentum iure ſuccedunt. Nulli alij omnino perſonæ ex hoc ordine venienti hoc ius largimur. Sed & ipſis fratrum filijs tunc hoc beneficium conferimus, quando cum proprijs uocantur Theois, maſculis, & fœmi-*
B *nis, ſiue paterni, ſiue materni ſint. Si autem cum fratribus defuncti etiam aſcendentes, ſicut iam diximus, ad hæreditatem vocãtur: nullo modo ad ſucceſſionem ab inteſtato fratris, aut ſororis filios vocari permittimus, neque ſi ex vtroque parente eorum pater, aut mater defuncto iungebatur: quandoquidem fratris, & ſororis filijs tale priuilegium dedimus, vt in propriorum parentum ſuccedẽtes locum ſoli in tertio conſtituti gradu, cum ijs, qui in ſecũdo gradu ſunt, ad hæreditatem vocentur. Illud palam eſt, quia Theois defunctis maſculis, & fœminis, ſiue a patre, ſiue a matre præponũtur, ſi etiam illi tertium cognationis ſimiliter obtineant gradum. Si verò neque frater, neque filios fratrum, ſicut diximus, defunctus reliquerit: omnes deinceps a latere cognatos ad hæreditatem vocamus, ſecundum vniuſcuiuſque gradus prærogatiuam, vt viciniores gradu ipſi reliquis præponantur. Si autem plurimi eiuſdem gradus inueniantur ſecundum perſonarum numerum inter eos hæreditas dimidatur: quod in capita noſtræ leges appellant.*

C Iam igitur in hac conſtitutione nullum verbum continetur, quo filios fratrum in ſtirpes ſuccedere ſignificetur, præterquam eo in caſu, quo ſuccedant ſimul cum patruis ſuis: ergo ſi ſoli ſuccedant, non ſuccedent in ſtirpes, ſed in capita, ſicut antiquo iure conſtitutum eſt.

Reſpõdet Sonsbechius, & probare conatur filios fratrum ex ea Nouella in ſtirpes ſuccedere, & repreſentare parentem defunctum, etiam ſi non cum patruis ſuis cõcurrant. Et primò inducit textum in verſ. *Vnde conſequens eſt*. vbi dicitur, ſi non extent fratres vtrinque coniuncti defuncto, ſed ex vno latere tantum, & ſimul extent filij alterius fratris defuncti, qui ex vtroque latere erat coniunctus, filios fratris defuncti repræſentare patrem ſuum defunctum; & ideo excludere fratres defuncti ſuperſtites ex vno latere tantum, ſicut eos parens ipſorum, ſi viueret, tanquam ex vtroque latere iunctus excluderet. Ex quo ſequitur filios fratrum tunc in ſtirpes ſuccedere, & tamen ſoli ſuccedunt, non autem vnà cum
D patruis ſuis, quia nulli extant ex vtroque latere iuncti, ſed tantum ex vno latere, quos ipſi filij excludunt.

Reſpondeo, in eo caſu procul dubio filios fratrum in ſtirpes ſuccedere, quia ſuccedunt iure repræſentationis patris ſui defuncti, alioqui excludere non poſſent fratres defuncti ex vno latere tantum. Et de hoc ſingulari caſu nos non diſputamus. Sed noſtra diſputatio eſt, cùm ſoli extant filij fratrum, & nullus frater defuncti prorſus, neque vtrinque coniunctus, neque ex vno latere tantum: tunc enim ut ipſi filij ſuccedant, nulla opus eſt repræſentatione patris ſui; & conſequenter cùm ex perſona propria uocentur ad ſucceſſionem, illa in capita diuidetur ſecundum ius antiquum.

Et licet infra textus dicat, ipſis fratrum filijs, tunc hoc beneficium collatum, quãdo cum proprijs uocantur patruis, tamen id non repugnat præcedenti ſententiæ, quia etiam eo in caſu, quo extant frater defuncti ex vno latere, & filij fratris præmortui ex vtroque latere coniuncti, poteſt aliquo modo dici eos uocari cum patruo, ſcilicet cum fratre defuncti ex vno latere iuncto, ſed

tamen eum excludunt, quia repræſentant patrem præ- A mortuum, qui defuncto, de cuius ſucceſſione agitur, ex vtroque latere iunctus erat. Hoc enim dicere Imperator voluit, fratrum filios non habere hoc beneficium, quando nullus extat patruus ipſorum, cum quo concurrere, vel cui præferri in ſucceſſione debeant: vel quoties extant quidem patrui, ſed ſimul etiam alij puta aſcendentes defuncti, qui ſimul ad hæreditatem vocantur; tunc enim filij fratrum non concurrunt, vt ſubdit Imperator ſtatim in §. ſi autem.

Secundò, Sonsbechius adſert, ac perpendit textum in verſ. *Illud palam*, vbi dicitur, fratris vtrinque coniuncti filios excludere patruum magnum, qui ſimiliter in tertio gradu eſt, quod non alia ratione contingit, niſi quia patrem ſuum repræſentat, qui ſine dubio, ſi viueret, patruũ magnum excluderet, quoniã vno gradu anteiret ipſum: Et ſic filij fratrũ ibi ſuccedunt neceſſariò in ſtirpes. Reſpondeo, etiam eo in caſu in ſtirpes ſuccedere, quia veniunt ad excluſionem patrui magni, ſed noſtra quæſtio eſt, quando non veniunt ad excluſionem alterius, ſoliq; B extant, & ſucceſſionem ſoli obtinent.

Tertiò, Sonsbechius ponderat textum in verſ *Huiuſmodi verò*, vbi dicitur ſolis conceſſum eſſe fratrum filijs, & non vlterioribus, vt in parentum ſuorum iure ſuccedant. Ex quo patet generaliter hoc beneficium conceſſum eſſe filijs fratrum, ſiue ſint ſoli, ſiue cum patruis ſuccedant.

Reſpondeo, hanc interpretationem corruere ex verbis ſequentibus, quibus dicetur: *Sed et ipſis fratrum filijs hoc beneficium tunc conferri, quando cum patruis ſuccedunt.*

Reſpondet Sonsbechius, illa verba, *ſed, & ipſis*, contrarium probare: quia hoc Imperator vult, non ſolum filios fratrum, quando ſoli ſunt, in ſuorum parentum iura ſuccedere: ſed etiam quando ſimul cum patruis uocãtur ad ſucceſſionem patrui defuncti, quod probatur, inquit, ex copulatiua illa, (*Et*,) quæ ſine cauſa ibi poſita non eſt, immò habet emphaſim. nam ſi voluiſſet Imperator id obtinere ſolum in caſu, in quo cum ſuis patruis ſuccederent, & tunc demum in locum parentũ ſuorum ſuccedere, non dixiſſet, *ſed, & ipſis*, ſed dixiſſet, *ipſis fratrum filij*, neglecta copulatiua, (*Et*,) tunc hoc beneficium conferimus: aliàs Iuſtinianus culpandus eſſet, tanquam ſuperflua dixiſſet. Nam idem ſuprà dixerat in verſic. *Huiuſmodi*

Reſpondeo, nihil eſſe ſuperflui, quia in verſ *Huiuſmodi*, Iuſtinianus hoc ſtatuit, vt huiuſmodi priuilegium ſolis filijs fratrum, & non vlterioribus concedatur. In verſ. *Sed, & ipſis*, aliud ſtatuit, ut nempe ipſis quoque fratrum filijs tunc illud beneficium competat, cum ad ſucceſſionem cum patruis uocantur: Et ſic cum diuerſa utrobique ſtatuerit, non poteſt ſuperfluus videri. Et quod attinet ad diſtinctionem illam, (*Et*,) illa non malè poſita in hoc ſenſu, quia hoc vult Imperator ſolis fratrum filijs priuilegium illud competere, & non alijs, ſed & ipſis tũc ſolum competere, cum ad ſucceſſionem cum pro- D prijs patruis vocantur, quo ſermone reſtringit illud beneficium, quod antea videri poſſet abſolutè filijs fratrũ competere: qui modus loquendi, & vſitatus, & congruus eſt.

Ex his patet reſponſio ad id, quod quarto loco Sonsbechius adſert.

Quintò idem Sonsbechius perpendit textum in §. ſi verò neque fratres, vbi dicitur, poſt fratres, & fratrum filios cæteros in capita ſuccedere: ex hoc infert filios fratrum ſuccedere in ſtirpes, & non in capita. Reſpondeo, non rectè illud inferri, quia Imperator in præcedẽti parte textus, locutus eſt de filijs fratrum ſuccedentibus cum patruis ſuis, uel ad excluſionem uenientibus patrui magni, aut fratris defuncti, ex vno latere tantum coniuncti, qui illis in caſibus in ſtirpes ſuccedunt, non autem in capita; quare poſtea ſubdit ſumma ratione, ſi nec fratres extent, nec filij fratrum, *ſicut diximus*, reliquos cognatos in capita ſuccedere. Quid aũt ſit iuris ſi ſoli fratrum filij exiſtant, nec ad alterius excluſionem veniant, non declarauit Iuſtinianus vllibi in dicta Nouella, & ideo manet ius antiquum in ſuo robore, & efficacia.

Sextò idem autor pependit in eodem §. ſi verò neque fratres, verſ. ſi autem plurimi, anxiè Imperatorem decidere, ſi vltrà fratrum filios plurimi ſint eiuſdem gradus, tunc ſingulos in capita ſuccedere, nõ in ſtirpes: quod tamen indubitatum erat, & antea conſtitutum. Ideo igitur putandus eſt Imperator id ita conſtituiſſe, ne quis crederet priuilegium fratrum filijs conceſſum, vt in locũ parentis ſuccederent, & ſic in ſtirpes ſucceſſio diuideretur, extendi ad nepotes, vel pronepotes quoque præmortuorum fratrum.

Reſpondeo, Iuſtinianum in ea parte idem ſtatuiſſe, ꝙ antiquo iure conſtitutum erat, & id non eſt abſurdum: quia in tota illa conſtitutione multa innouauit, & correxit, & de vniuerſa ſucceſſione ſtatuit. Quare neceſſe fuit exprimere quid innouaret, & quid cõuenienter antiquis B legibus ſtatueret, & non fruſtrà de vlterioribus cognatis id decreuit: quia forſitan exiſtimari potuiſſet, aliquando iure repræſentationis locum futurum ſucceſſioni in ſtirpes. Non tamen inde argumentari licet hoc Iuſtinianũ voluiſſe vt filij fratrum in capita ſuccederent. Et ſanè probabilis coniectura nulla eſt; quoniam cum Imperator ſciret antiquis legibus ſucceſſionem eis in capita deferri, ſi uoluiſſet eas obtinere, certè id dixiſſet, ſicut dixit, & expreſſit illis in caſibus, in quibus filij fratrum cõcurrunt cum ſuis patruis, vel ad excluſionem patruorum aliquorum veniunt.

Ex quibus patet poſtremum argumentum, quod idẽ autor vrget, ſi Iuſtinianus noluit filios fratrũ in ſtirpes abſolutè ſuccedere, nihil noui ſtatuiſſet in d. § ſi verò neque fratres. Etſi enim nihil ea in parte noui ſtatuiſſet, inutilis tamen Conſtitutio non fuit; quoniam ex ea intelligimus, quid Iuſtinianus iuris antiqui abrogauerit, & quid iuri antiquo conuenienter ſtatuerit. Neque enim C vlla neceſſitas eſt, vt omnia iura vetera correcta eſſe putemus ex noua Conſtitutione, ſed ſatis eſt, ſi in aliquibus correcta fuerint, in aliquibus declarata, in aliquibus etiam confirmata.

CAPVT IV.

Quomodo aſcendentes in pari gradu exiſtentes ſuccedant filijs uita functis nullo condito teſtamento.

TRes ſũt Doctorũ ſentẽtiæ hac de re. Prima, aſcendentes hoc modo ſuccedere filijs inteſtatis defunctis, vt in bonis, quæ ex paterna linea ad filios peruenerunt, pater ſuccedat, matre excluſa, & mater contra patre excluſo in bonis, quæ ad filium ex linea materna peruenerunt, in cæteris bonis aliundè quæſitis æqualiter ſuccedant. Ita Bartolus in Authen. Itaque, C. cõ D mun. de ſucceſſ. & multi alij, quos refert Andreas Tiraquell. de retractu conſang. §. 14. num. 12. & poſt eum Couuar. de ſucceſſ. ab inteſtat. num. 2.

Fundamentum eſt primò in l. 3. C. de bonis, quæ lib. ibi: *Sin autem idem nepos ſuperſtitibus tam patre, quam auo paterno diem ſuum ſine liberis obierit, eorum dominiũ quę ad ipſum ex matre, vel ab eius linea peruenerunt, non ad auum, ſed ad patrem eius perueniat.* Secundò in § 1. Inſtit. Per quas perſonas nobis acquir. ibi: *Quę enim inuidia eſt, quòd ex patris occaſione profectum eſt, hoc ad eum reuerti?* Tertiò, quia idem videtur receptum in ſucceſſione fratrum, vt frater vterinus in bonis illis ſuccedat; quæ ad defunctum fratrem ex linea materna peruenerunt: in his vero, quæ ex paterna linea, ſuccedat frater conſanguineus, l. de emancipatis, C. de legitimis hæred.

Secunda eſt ſententia nonnullorum, quos commemorat Couuar. loco annotato, ſolum patrem ſuccedere in lucris nuptialibus, quæ ad filiũm peruenerũt ex linea

paterna:

paternæ: & contra, matrem ſolam in lucris acquiſitis ex linea materna. Ita enim loquuntur l. 2. & 3. C. de bonis quæ liberis.

Tertia ſententia, quæ mihi veriſſima videtur, patrem & matrem cęteroſque aſcendentes in pari gradu exiſtentes filijs ſuis æqualiter ſuccedere nulla bonorum diſtinctione adhibita, vnde peruenerint ad filium. Ita Baldus in Authent. defuncto, C. ad Tertyll. & alij multi, quos refert, & ſequitur Couuar. loco ſupra citato, de ſucceſſ. ab inteſtato, num. 2. & nouiſſimè Valentinus Forſterus de ſucceſſ. ab inteſtato, lib. 3. de ſucceſſione aſcendentium, concluſ. 4.

Fundamentum eſt ſolidum in text. Nouellæ, de hæred. ab inteſtato. *Si autem plurimi aſcendentium viuunt: hos præponi iubemus, qui proximi gradu reperiuntur, maſculos, & fęminas, ſiue paterni, ſiue materni ſint. Sin autem eundem habent gradum, ex æquo inter eos hereditas diuidatur, vt medietatē quidem accipiant omnes a patre aſcendentes, quanticunque fuerint: medietatem verò reliquam a matre aſcendentes, quantoſcunque eos inueniri contigerit.*

Hic nullam vides fieri diſtinctionem bonorum, vnde filijs peruenerint, quæ tamē diſtinctio, ſi neceſſaria erat, exprimi debuiſſet. Non ergo licet nobis eam inducere ſine aliqua legis autoritate. Nam quod habetur in l. 3. C. de bonis, quæ liberis, non pertinent ad rem prorſus: quia ibi, dicitur patrem auó præferri in ſucceſſione. Nam illa verba: *Non ad auum, ſed ad patrem eius perueniat*, non ſunt accipienda de patre matris; & ſic de auo materno, ſed de patre ipſius filij defuncti. Nam facti ſpecies loquitur de patre, & auo paterno ſuperſtitibus; non autem de auo materno, vt patet ex verbis præcedentibus, ibi: *Sin autem idem nepos ſuperſtitibus tam patre, quàm auo paterno, diem ſuum ſine liberis obierit*, &c. Necnon ex verbis ſequentibus, ibi: *Vſufructu videlicet in huiuſmodi caſibus auo, dum ſuperſtes erit, reſeruando*: quæ verba intelligi non poſſunt de auo materno, ſed de paterno; quia ille vſumfructum habere debet, non auus maternus.

Quod autem ſecundo loco adſertur ex Inſtitutionibus, nihil offendit: quia loquitur de bonis à patre profectis, quod ſcilicet æquum ſit, ea patri acquiri, quod à quęſtione noſtra longè eſt alienum.

Denique id, quod tertio loco adſertur de fratre vterino, & conſanguineo, dubito, vtrū verum ſit; Ego enim in ſequenti capite falſum eſſe oſtendam. Sed vt maximè verum eſſet, quod iterum inficior, non inde ſequitur, idem etiam in ſucceſſione aſcendentium ſtatuendum eſſe, quā a ſucceſſione fratrum longè differre conſtat: Præſertim cùm videamus Iuſtinianum nulla bonorum diſtinctione facta, parentes æquo iure ad filiorum ſucceſſionem vocaſſe.

CAPVT V.

De ſucceſſione fratris vterini, & conſanguinei controuerſia.

EXiſtimo fratrem vterinum, & conſanguineū æqualiter ſuccedere fratri inteſtato defuncto nullis proximioribus ſuperſtitibus, nulla diſtinctione adhibita bonorum, vtrum ex linea paterna, vel materna ad defunctū peruenerint. Et moueor autoritate textus in Nouella. De hæredibus ab inteſtato venient. § ſi igitur, vbi Iuſtinianus ita ſcribit: *Si igitur defunctus neq; aſcēdentes, neque deſcendentes relinqueret, primum ad hereditatem vocamus fratres, & ſorores ex eodem patre, & ex eadem matre natos: quos etiam cum patribus ad hereditatem vocamus. Hic autem non exiſtentibus in ſecundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex vno parente coniuncti ſunt defuncto, ſiue per patrem ſolum, ſiue per matrem.*

Vides clarum textum nullam differentiam bonorum comminiſcentem, ſed æqualiter vocantem fratres vterinos, & conſanguineos ad ſucceſſionem. Autores eiuſdē

A ſententiæ habeo Fulgoſium, & Corneum in Auth. itaque, C. commu. de ſucceſſ.

Communior ſententia docet vterinum ſuccedere in bonis, quæ a matre conſecutus eſt defunctus: Conſanguineum autem in illis bonis, quæ a patre habuit; in cæteris autem bonis æqualiter ſuccedere. Bart. in Authen. Itaque, C. commu. de ſucceſſ. Iaſon in l. poſt dotem, ff. ſoluto matr. alios refert, & ſequitur Couuar. de ſucceſſionibus ab inteſtato, poſt num. 8. verſ. Tertiò eſt animaduertendum. quibus adde Iacobum Cuiacium in conſultatione 23.

Fundamentum eſt in l. de emancipatis, C de legitimis hæredibus. in illis verbis: *Exceptis maternis rebus, in quibus, ſi de eadem matre fratres, vel ſorores ſint, eos ſoles vocari oportet.*

Reſpondeo, Iuſtinianum ibi non loqui de fratre vterino, ſed de fratre, qui ex latere etiam matris coniunctus eſt defuncto, vt is alteri fratri conſanguineo præferatur

B in bonis, quæ defunctus frater a matre conſecutus eſt. Nam hæc eſt ſententia legis: Emancipato defuncto fratres, & ſorores ei ſuccedere in dominio bonorum, patrē vero in vſufructu: fratres autem, & ſorores, ſcilicet ex vtroq; latere, vel ex latere patris: ita tamen, vt is, qui non ſolum ex latere patris, verum etiam matris iunctus eſt, præferatur alteri conſanguineo, quoad bona, quæ defunctus habuit a matre.

Hæc veriſſima interpretatio confirmatur quia eo tempore frater vterinus ad ſucceſſionem non admittebatur in ordine fratrum, ſed in ordine aliorum cognatorum. Primum enim ad ſucceſſionem vterini ſunt admiſſi, ex l. meminimus, C. eodem titu. quæ lex eſt poſterior. Nam edita eſt Iuſtiniano IV. & Paulino Conſulibus. Altera verò, nempe, l. de emancipatis, poſt Conſulatum Lampadij, & Oreſtis, anno ſecundo.

Et in dict. l meminimus, ita ſtatuit Iuſtinianus: *Sed nec fratrem, nec ſororem vterinos concedimus in cognatio-*
C *nis loco relinqui; Cum enim tam proximo gradu ſunt; merito eos ſine vlla differentia, tanquam ſi conſanguinei fuerant, cum legitimis fratribus, & ſororibus uocandos eſſe ſancimus, vt ſecundo gradu conſtituti, & legitima ſucceſſione digni reperti alijs omnibus, qui ſunt vlterioris gradus, licet legitimi ſint, præcellant.*

Non igitur eſt veriſimile, Iuſtinianum in d. l de emancipatis, locutum eſſe de vterinis fratribus, qui videlicet tantum ex latere matris ſunt coniuncti; quia eo tempore illi non erant in ordine fratrum. Præterea, ſi Iuſtinianus ibi loqueretur de fratribus vterinis, eoſque præferret in bonis, quæ à matre defunctus habuit, ratio poſtulabat, vt & conſanguineos pręferret ſimiliter vterinis in bonis, quę frater defunctus habuit a patre. quod eſt alterum membrum communis ſententiæ, & diſtinctionis bonorum, qua tamen de re nullum eſt verbum in tota illa lege: Immò, nullum verbum de vterino, vel conſan-
D guineo fratre; ſed de fratribus, & ſororibus generatim textus loquitur. Quare verba illa: *Exceptis maternis rebus*, &c. hunc ſenſum habent, quem dixi, vt videlicet frater ex eadem matre ſolus bona illa conſequatur, qui tamen frater ſit etiam ex eodem patre, non autem, qui ſit ex eadem matre tantum; quia ille non admittebatur in ordine fratrum, vt dixi.

Et ſanè, ſi talis diſtinctio bonorum eſſet adhibenda ex illa lege, æqoum erat, vt idem Iuſtinianus in Nouella Conſtitutione id aliquo modo ſignificaret. Sed nihil hac de re dicit in dicta Nouella, quare argumentum euidens eſt nihil etiam in d. l. de emancipatis ſtatutum fuiſſe; ſed generaliter, & indiſtinctè fratres vterinos æqualiter ſuccedere cum fratribus vterinis, nulla ratione habita bonorum fratris defuncti, vnde illa prouenerint, vt in d. Nouella, de hæredib. ab inteſt. uenientibus. § ſi igitur.

CA-

vocantur ad ſucceſſionem, iuxta Nouellam, de hæredibus ab inteſtato venient. Quod enim dicitur, illud ſpecialiter in fauorem patris conſtitutum eſſe, locum habere poteſt, ſecũdum ius antiquum, quo pater iure patrio, & iure peculij, omnia filiorum bona acquirebat, ſed cũ iam in aduentitijs rebus eis ſuccedat, vt hæres, iuxta Nouellam illam, De hæred ab inteſt. venient. non procul à principio, hinc efficitur, vt ius peculij, & patrium illud, iam ceſſet, & locum habeat ius ſucceſſionis, & hæreditatis; quod cum non ſolius patris ſit, ſed aliorũ quoque, qui cum patre vocantur ad hæreditatem, non ſoli patri conſerendum ſit; ſed etiam cæteris communicandum, quibus communis eſt hæreditas atque ſucceſſio.

CAPVT X.

Nati ex coitu damnato, & nefario, an ſicut aſcendentibus non ſuccedunt, ita etiam excludantur ab inteſtatis ſucceſſione tranſuerſalium. B

NAtos ex nefario, & damnato coitu aſcendentibus non ſuccedere certum eſt, §. vlt. in Auth. Quibus modis natur. effic. leg. & in §. vlt. Quib. modis natur. effic. ſui. Sed controuerſia eſt; an etiam excludantur à ſucceſſione tranſuerſalium, & contrà, tranſuerſales ab eorum ſucceſſione, ſiue ex eodem nati ſint coitu, ſiue non; ſed vnus ſaltem eorum ſcilicet, vel is, qui defunctus eſt, & de cuius ſucceſſione agitur; vel is, qui debet ſuccedere. Et quidem excludi etiam ab huiuſmodi tranſuerſalium ſucceſſione reſponderunt Alexander in conſ 174. lib. 5. Decius in conſ. 311. Ioan de Anania in conſil 95. & alij, quos refert & ſequitur Cagnolus in l. ſi qua illuſtris, C. ad Orficianum, nu. 44. quibus adde Valentinum Forſterium de ſucceſſionib. ab inteſtato. tit. de ſucceſſionibus eorum, qui ex damnato coitu, &c concl. 5.

Cæterùm, non excludi, reſponderunt Corneus, & Io. Petrucius Peruſinus, in d. l. ſi qua illuſtris, Curtius iun. C in conſil. 123. & alij apud Afflictum deciſ. 96. alios citat Peregrinus de iure fiſci, lib. 3. tit. 18. nu 43.

Fundamentum prioris ſententiæ eſt, quia nati ex tali coitu damnato, & punibili, ſunt odibiles, & nulla eis participanda clementia eſt, vt inquit Imperator in d. §. vlt. Nouella, Quib. modis natur effic. legitimi, nec filij nominantur naturales, nec patri, aut matri vllo gradu coniunguntur; & ideo nec inter fratres, aut conſanguineos reputandi ſunt, ſiue perſona patris, ſiue matris conſideretur, ſicut colligere licet ex d. Nouella: *Eos enim*, inquit textus, *qui ſemel ex odibilibus nobis, & propterea prohibitis nuptijs procedunt, neque naturales vocari, neque participanda eis vlla clementia eſt, ſed ſit ſupplicium etiã hoc patrum, vt agnoſcant, quia neque quicquam peccatricis cõcupiſcentia eorum habebunt filij.* Et rurſus Nouella, quib. mod. natur. effic. ſui, §. vlt. *Primũ quidem*, inquit, *omnis, qui ex complexibus, (non enim hoc vocamus nuptias,) aut nefarijs, aut inceſtis, aut damnatis proceſſerit, iſte neque naturalis nominatur, neque alendus eſt a parentibus, neque habebit quoddam ad præſentem legem participium.* D

Poſterioris autem ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum ex l ſi Spurius, ff. vnde cognati. Vlpianus: *Si Spurius inteſtatò deceſſerit, iure conſanguinitatis, aut agnationis hæreditas eius ad nullum pertinet: quia conſanguinitatis, itemque agnationis iura a patre oriuntur. Proximitatis verò nomine mater eius, aut frater eadem natus bonorũ poſſeſſionem eius ex edicto petere poteſt.*

Secundum ex l. hac parte, ff eod tit ibi: *Item ipſi fratres inter ſe ex hac parte bonorum poſſeſſionem petere poſſunt; quia ſunt inuicem ſibi cognati.*

Tertium eſt; quia inter iſtos videtur eſſe quædam ſaltem naturalis cognatio, l. quarta, §. & cognationis, ff. de gradibus.

Quartum eſt, quia licet à parentum ſucceſſione repellantur, nulla tamen eſt lex, quæ à ſucceſſione fratrum, &

A aliorum tranſuerſalium eos excludat. Nec ratio legis cõtra eos locum habere videtur; quia tranſuerſales non peccarunt, ſed parentes ex quibus tales procreati ſunt filij.

Nec obſtat illud argumentum, quod ſint excluſi à ſucceſſione patrum, & nullam cum eis habeant conſanguinitatem; quia non inde efficitur eos non ſuccedere alijs, & non eſſe alijs coniunctos. Nam & aliàs coniunctus ex latere patris ſuccedit, licet pater non ſuccedat, l. 2. §. ſi ſit conſanguinea, ff. ad Orficianum. Rurſus ſi pater reus ſit perduellionis, filij non ſuccedunt, & tamen nemo negabit eos inter ſe ſuccedere, quia remanent agnati. Sic & nepos poſt mortem aui conceptus, auo non ſuccedit, l. Titius, l. item prætor, ff. de ſuis, & legitim. & tamen nemo negabit, quin ſuccedat filio aui.

Ego ſanè iuris rationi magis conſentaneam exiſtimo priorẽ ſententiam. Nam ſi tales nati ex coitu damnato, & punibili nullum habeant ius conſanguinitatis ſeu agnationis ex parte patris, & nullum ius proximitatis ex B parte matris; conſequens eſt, vt nec vllo ſint in gradu, per quem ſuccedere poſſint cæteris tranſuerſalibus: Sed verum eſt prius, verum igitur, & poſterius.

Maior propoſitio probatur, quia Vlpianus de Spurijs loquens ſic argumentatur; eos videlicet non poſſe iure conſanguinitatis, vel agnationis ad aliquem hæreditatẽ tranſmittere; quia ius conſanguinitatis, & agnationis à patre oritur, & ipſi patrem nominare non poſſunt, vnde ſi nec matrem nominare poſſent, ex qua iura proximitatis oriuntur, ſine dubio, nec iure proximitatis eis quempiam ſuccedere poſſe Vlpianus reſpondiſſet, eadem ratione. Minor autem probatur, quia tales nati ex nefario & damnato coitu, nec patrem, nec matrem appellare poſſunt, quia nec ſunt digni filiorum naturalium nomine, nec parentibus ſuccedere poſſunt; ſed omni prorſus auxilio, & omni clementia deſtituti ſunt, vt patet ex Nouellis ſuprà dictis; Igitur non habent iura cõſanguinitatis ſeu agnationis, nec proximitatis. Et ideo rectè infer- C tur, nec eos alijs ſuccedere tranſuerſalibus, nec tranſuerſales eis.

Nec difficile eſt ad argumenta reſpõdere. Nam quod attinet ad l. ſi Spurius, & ad l. hac parte, ff. vnde cognati, nihil obſtant, quia loquuntur de Spurijs, qui non ſunt nati ex damnato coitu; ſed dicuntur vulgo quæſiti, iuxta l. vulgo concepti, ff. de ſtatu homin. & § vulgo, in Inſtit. de ſucceſſio. cognator. Id patet, quia textus dictarum legum ſupponit eos matri ſuccedere poſſe, quod in Spurijs, qui nati ſunt ex damnato coitu, prohibitum eſt. Similiter & de vulgo quæſitis loquitur textus in l. 4. verſi. & cognationis, ff. de gradibus.

Quod autem expreſsè non excludantur aliqua lege à ſucceſſione tranſuerſaliũ nil mouere debet, primò, quia Iuſtinianus eos indignos pronunciauit, & nomine filiorum naturalium, & omni clementia. Deinde, quia pater & mater ſunt fontes, & origines, ex quibus iura conſanguinitatis, & proximitatis oriuntur: qui ſons cum eis de- D ſit, nullum habent medium, ex quo gradum deducere cognationis valeant.

Et licet fratres, & alij tranſuerſales non peccauerint, tamen peccauerunt parentes, qui proinde ſunt digni hac pœna, vt filios omni iure ſanguinis deſtitutos eſſe intelligant. Et quamuis non malè dicatur ex eo, quod filij à ſucceſſione parentum excludantur, non rectè inferri, quod etiam à mutua inter ſeipſos ſucceſſione arceãtur; tamen, quando filij à parentum ſucceſſione ideo excluduntur, quoniam iura prorſus eis deſunt conſanguinitatis, & cognationis, non malè infertur, eos etiam omni iure, & gradu, ex quo ſucceſſio defertur, etiam inter ſeſe ſpoliatos, & deſtitutos cenſeri.

CA-

CAPVT XI.

Titulus pro hærede in ſuis hæredibus, veluti ſunt filij in poteſtate, an proficiat ad vſucapionem?

SVi hæredes ideo appellantur, quia domeſtici hæredes ſunt, & viuo quoque patre quodammodo domini exiſtimantur, inquit Iuſtinianus in §.fin, in Inſtitut. de hæredum qualit. & differ. Domeſtici hæredes, id eſt, proprij, vt Declarat Franciſcus Connanus lib. 10 cap. 5. nume. 7. Quamobrem cum ſint veri & proprij, hæredes, cęteriſque fauorabiliores, vt notum eſt, non video rationē vllam, cur non, ſicut cæteri hæredes, titulo pro hærede vſucapiant Proinde ſequor Viglium in §. ſui, in Inſtit. de hæredum qualit. & diff. Forcatulum Dialogo 36 Cumanum in l. 2. § filium, ff. pro hærede. Fulgoſium in l. 1. C. eod. tit. Pinellum ad Rub. C. de bonis mater. in 2. parte, poſt nu. 38. docentes æquè ſuos, atque alios hæredes titulo pro hærede poſſe vſucapere.

Contrarium docuerunt Accurſius, Bartolus, Paulus, Alexand. Alciatus & alij antiquiores, ac recentiores interpretes, quos refert & ſequitur Couuar ad c. poſſeſſor, in 2. parte, § 5. de reg. iuris, lib. 6. & latius à Pinello commemorantur, quorum argumentis facilè reſponderi poteſt.

Primum eſt ex l. 2. § filium, ff. pro hærede: *Filium quoque*, inquit Iulianus, *donatam rem à patre pro hærede negauit vſucapere, Seruius ſcilicet, quia exiſtimabat naturalem poſſeſſionem penes eum fuiſſe viuo patre, cui conſequens eſt, vt filius à patre hęres inſtitutus res hęreditarias à patre ſibi donatas pro parte cohęredem vſucapere non poſſit*

Reſpondetur, vſucapionem ex titulo pro hęrede, meritò locum non habeat in re donata filio, quia illam viuo patre poſſidet ex cauſa, ſiue titulo donationis, licet enim donatio non valeat, tamen naturalem poſſeſſionē transfert, ſicut cum vir vxori donat, l. 1. §. ſi vir vxori, ff. de acq. poſſeſſ. Et ideo filius non poteſt rem donatam ex alia cauſa, nempe titulo pro hærede poſſidere. Nemo enim cauſam ſibi mutare poſſeſſionis poteſt, l. 2. §. 1. ff. eo. l. 3. §. illud, ff. de acquir. poſſeſſ. Conſequenter nec vſucapere poteſt pro hærede.

Et ſane, vt Pinellus acutè animaduertit, ex hoc loco potius argumentum ſumi poteſt, filium regulariter poſſe vſucapere, quia ſi nō poſſet vſucapere pro hærede, nulla erat ratio, cur quæreretur, an in ea ſpecie poſſet vſucapere, in qua illud obſtabat, quod nactus erat filius poſſeſſionem ex alia cauſa, quàm pro hęrede.

Secundum argumentum eſt ex l. nihil, C. pro hęrede: *Nihil pro hęrede poſſe vſucapi*, inquit textus, *ſuis hæredibus exiſtentibus obtinuit.*

Reſpondetur, non eam ſententiam legis eſſe, ſuos hæredes vſucapere non poſſe. Neque enim verba hoc ſignificant; Sed ſuis hæredibus exiſtentibus, nullum aliū poſſe vſucapere Cuius rei ratio adſerri poteſt ex l. in ſuis, ff. de lib. & poſthu. vbi Paulus inquit: *In ſuis hæredibus continuationem dominij eò rem perducere, vt nulla videatur hęreditas fuiſſe, quaſi olim hi domini eſſent*, &c. Ex quo apparet in ſuos hæredes, & rerum dominium, & poſſeſſionem mortuo patre transfundi, & quamuis poſſeſſionem non apprehenderint, tamen eoſdem intelligi poſſidere, vt ſi alius ex teſtamento fortè quod vitioſum erat, hæreditatem adierit, vſucapere non poſſit, quia non poſſideat. Præcedit enim eius aditionem ea poſſeſſio, quam ſuis hæredibus lex tribuit.

Poſtremum argumentum eſt ex d. l. in ſuis, ff. de lib. & poſthumis. Nam ſi filij patre mortuo dicuntur potius poſſeſſionem continuare, quàm hæreditatem adquirere, teſtimonio Pauli in d. l. ex hoc infertur, eoſdem nec poſſeſſionem ex titulo pro hærede adipiſci, nec ex eo titulo pro hærede (quem non habent) vſucapere poſſe.

Reſpondeo, filijs optimè, ac præ cæteris conuenire ti-

A tulum hæredis; quia ſunt veri, & proprij hæredes, & conſequēter vſucapere titulo pro hærede poſſe, licet hoc amplius, quàm cæteri hæredes habeant, quod viuente patre quodammodo domini exiſtimantur, & ideo videantur potius liberam bonorum adminiſtrationē mortuo patre conſequi, quàm hæreditatem percipere. Sed non impedit hæc res titulum hæredis, & non facit, quo minus filij hęredes dicantur. Erant quidem viuente patre exiſtimatione quadam domini; Sed & mortuo patre verè ſunt domini, verè ſunt hæredes Continuatio illa dominij ex legis interpretatione rei veritatem non immutat, atque adeò filij ius, & titulum hæredis non aufert.

CAPVT XII.

Vtrum pater Monachus effectus amittat vſumfructum, quem habet in bonis aduentitijs filij?

B SI pater filium habens in poteſtate Monachus efficiatur, vtrum vſumfructum bonorum filij aduentitiorum, ſiue maternorum amittat; an verò ſaltem, donec ipſe viuit, Monaſterium habeat, pugnantes ſunt Doctorum ſententiæ. Multi docuerunt vſumfructum manere debere apud Monaſterium, donec pater vixerit. Accurſius in Authen. Idem eſt, C. de bonis, quæ liberis. Baldus, Paulus Caſtrenſis, & Corneus in Commentarijs dicti loci. Decius in c in præſentia, nu. 66. de probat. & alij, quos refert & ſequitur Pinellus ad l. 2. C. de bonis maternis, in 1 parte, num. 49 Caualcanus de vſufructu, pag. 421. nu. 241.

Cæterum, alij etiam non pauci exiſtimarunt vſumfructum ad Monaſterium non tranſire, ſed ſtatim profeſſione ſecuta ad proprietatem redire. Ita olim docuit Martinus Silimanus, Salycetus in Authent. Idem eſt, C. de bonis, quæ liberis, & in Authent. Ingreſſi, quæſtio. 7. C. de ſacroſanct. Eccleſ. & ibid. Iaſon, col. vlt. Cy-
C nus & Albericus in d. Authen. Idem eſt, C. de bonis, quę liberis. Hippolytus Singulari 668. Couuar. in cap. 2. nume. 8 de Teſtam.

Alij denique dixerunt dimidiam vſusfructus partem apud Monaſterium manere debere: alteram verò dimidiam ad filium pertinere. Ita Bartolus, & Angelus in d. Authen. Idem eſt. Panormitanus in cap. in præſentia, num. 57. de probat. Syluester Prierius in Summa, in verbo, Religio, 6.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt; quia ſi vſusfructus hoc in caſu amitteretur, & ad proprietatem tranſiret, id eam ob cauſam contingeret, quia filius patria poteſtate ſolutus eſſet, quæ patria poteſtas eſt cauſa, vt patri acquiratur vſusfructus. Sed hæc cauſa non obſtat; quia vſumfructum ſemel acquiſitum pater retinet, licet patria poteſtas ſit ſublata; Ergo in caſu propoſito vſumfructum pater non amittit. Probatur aſſumptio ex l. vltima, C. ad Tertyl. & ex l. 3. C. de vſuſfructu.

D Secundæ opinionis fundamentum eſt; quia per ingreſſum Religionis, & profeſſionem, tollitur patria poteſtas, quæ fons eſt, & origo acquiſitionis vſusfructus patris. Nam cum Monachus ipſe in poteſtate ſit Abbatis, non poteſt alium in poteſtate habere, & mortuus dicitur mundo, conſequenter non poteſt talia ſecularia munera obire & exercere, legitimuſque adminiſtrator eſſe bonorum filij, actiones mouere, & excipere, bonaque adminiſtrare, vt paterfamiliàs debet filiorum, quos in poteſtate habet, ſed orationi vacare debet, & in Monaſterio manere ſecundum regulas Religionis.

Tertiæ autem opinionis illud eſt fundamentum; quoniam ita conſtitutum eſt in patre filium emancipante, vt dimidiam partem vſusfructus retineat ac lucretur, l. cū oportet, §. cum autem, C. de bonis, quæ liberis. Videtur autem pater Monaſterium ingrediens filium emancipare, quia ſeculo renunciat, ſeque & ſua omnia offert, & dedicat Deo.

Ego

Ergo puto vſumfructum extingui, & ad proprietatẽ redire, hoc nouo argumento. A Nam certum eſt patrem, ipſum Monachum effectum, vſumfructum, de quo agitur, non retinere, cum nihil proprij iuris habeat: Ergo ſi apud Monaſterium manere debeat, iuſta aliqua cauſa interueniat, neceſſe eſt: At nulla poteſt eſſe iuſta cauſa. Nã ſi vlla eſſet cauſa, illa eſſet ex eo, quod pater Monachus effectus ſua omnia bona, & iura transferret in Monaſterium; Sed vſusfructus transferri non poteſt, quia extraneo cedi non poteſt, ſed proprietatis domino tantum, §. finitur, in Inſtitut. de vſufructu. Et licet ius percipiendorum fructuum vendi, locari, aut gratis concedi poſſit, vt in §. 1. in Inſtitut. de vſu & habitatione, tamen hoc non fit in præſenti ſpecie. Nam cum aliquis concedit alteri ius percipiendi fructus, retinet ipſe ſine dubio ius vtendi, & fruendi, & quaſi per alium videtur vti frui. Sed nullum ius apud Monachum eſſe poteſt; quia, vt inquit Iuſtinianus in Auth. de Monachis, §. ſi quis autem. *Ingredientem ſimul ſequuntur omnino res; licet non expreſſim, quas introduxerit eas dixerit, & non erit dominus earum vlterius vllo modo.* B Ergo non poteſt in Monaſterium ita transferri; conſequenter extinguitur, & ad proprietatem reuertitur,

Ad argumentum contrariæ opinionis reſpondeo, leges, quæ adſeruntur, loqui, quando patria poteſtas ſoluitur, morte filij; tunc enim pater vſumfructum non amittit; ſed nos loquimur cum viuente filio, patria poteſtas ſoluta eſt: tunc enim, quia filius ſui iuris effectus, pro patreſam. habetur, non videtur eſſe conſonum rationi, vt rerum ſuarum vſufructu careat. Præſertim, quia, vt in ſequenti capite oſtendemus, ipſe filius ſtatim patre Monaſterium ingreſſo, & Religionem profeſſo, ius habet legitimæ portionis conſequendæ, perinde, ac ſi naturaliter mortuus eſſet. Et quia filio emancipato certum eſt vſumfructum ceſſare, licet tunc in præmium emancipationis dimidia pars detur patri, l. cum oportet, §. cum autem, C. de bonis, quæ liberis.

Ad argumentum tertiæ opinionis reſpondeo, illud C habere locum, vbi pater filium emancipando liberat eũ à poteſtate; tunc in præmium factæ emancipationis conſequitur, vt dictum eſt, dimidiam partem vſusfructus; Sed in propoſita ſpecie pater non habet animum emancipandi filium, ſed Religionem profitendi; Ex qua profeſſione ius patriæ poteſtatis legis diſpoſitione, non patris beneficio perimitur. Quare nullum inde præmium conſequi debet; quia principalis intentio ſpectanda eſt.

CAPVT XIII.

Poſſitne filius patre Monaſterium ingreſſo, & Religionem profeſſo, adhuc viuente, legitimam portionem petere?

AFfirmant Corſetus in Sing. in verbo Legitima, nu D me. 3. Ioan. Anan. in c. 2. de delictis puerorum. Baldus Nouellus de dote, parte 1. in principio. nu. 3. Couuar. cap. 2. nu. 7. de Teſtam.

Negant Gloſ. & Bartol. in Authen. Si qua mulier, C. de Sacroſanct. Eccl. & ibid. Salycet & Iaſon. Decius in c. in præſentia, nu. 67. de probat. & ibid. Felyn. num. 56. Abbas in c. cum ſimus, de regul. Alex. ad l. ſi cum dotem, num. 13. ff. ſol. matrim. Aſcanius Clemens de patria poteſtate, cap. vlt. nu. 77.

Affirmantis fundamentum eſt in c. cum ſimus, de Regularib. in illis verbis: *Et bona paterna, quæ ipſi ex ſucceſſione proueniunt, poſtulare.*

Huc accedat, quod dicitur in d. Authen. Si qua mulier, C. de Sacroſanct. Eccl. ſcilicet permiſſum eſſe patri Religionem profeſſo, portiones legitimas filijs aſſignare. Id enim non permitteretur, ſi viuente patre portiones auferri Monaſterio non poſſent.

A Negantis fundamentum eſt: quia filio legitima non debetur patre viuente, l. 1. §. ſi impubere, ff. de collat. bonorum. Nec contrarium eſt in præſenti ſpecie conſtitutum: immò non poſſe legitimam peti viuente patre, indicare videtur textus in d. Authen. Si qua mulier, illis verbis: *Sed ſi poſt ingreſſum Monaſterij moriatur: antè, quam inter eos diuidat, filij legitimam percipient reliqua ſubſtantia Monaſterio competente.* Et ad text. in d. c. cum ſimus, reſpondent, illa verba accipienda eſſe de ſucceſſione per mortem patris.

Ego priorem ſententiam veriorem puto tribus argumentis. Primum eſt §. ſi quis autem, verſic. ſi verò filios, in Authen. de Monachis, vbi Iuſtinianus ita dicit: *Si verò filios habuerit: ſiquidem contigerit eum res aliquas donaſſe eis, aut per antenuptialem donationem, aut per dotis occaſionem contuliſſe, & faciunt hęc quartam ab inteſtato eius ſubſtantię: nullum in reliquis habeant participium filij Sin autem nihil eis donauerit, aut minus quarta, poſtquam abrenuncians conuerſatus fuerit inter Mona-* B *chos, nihilominus quarta debeatur filijs, aut ſupplemẽtum, ſi contigit iam eos aliquid accepiſſe, aut etiam quatenus totum eis detur.*

Hoc in loco Iuſtinianus indicat legitimam filijs deberi, aut eius ſupplementum, poſtquam pater Monachus effectus, renuncians ſeculo profeſſionem fecit, indicat in quam ſtatim deberi, non expectata morte patris, ibi: *nihilominus quarta debeatur filijs*, &c.

Secundum argumentum; quia omnia bona Monaſterio acquiruntur, vt patet ex Nouella ſupradicta; Ergo Monaſterium tenetur filijs ſuam portionem ſtatim aſſignare, ex qua ſe alere poſſint, aut lege cauendum erat Monaſterium teneri ad ſuppeditanda filijs alimenta, quod factum non eſt, nec iuris rationi conuenit; quia poſſet fieri, vt legitima portio, vel non ſufficeret ad alimenta, vel vt inde onus ſentiret Monaſterium maius, quàm ſi legitimam portionem filio aſſignaret.

Tertium argumentum; quia patris Monachi effecti, C & profeſſi nulla poteſt eſſe ſucceſſio, quia nihil habet. Nam omnia bona transtulit ad Monaſterium, Authent. Ingreſſi, C. de Sacroſanct. Eccleſ. Ergo fruſtrà expectari debet mors eius, vt filij [illegible] legitimam ſuccedant.

Ex his reſponſio patet ad contrariæ ſententiæ argumentum, quia licet regulariter filius non poſſit legitimã petere viuente patre; ſumma tamen æquitate, & ratione videtur excipiendus caſus iſte, ne vel filius legitimo bonorum ſubſidio careat, vel Monaſterium onus habeat alendi, & quod attinet ad textus in d. Authen. Si qua mulier, nihil obſtat; quia non dicit, filium petere non poſſe legitimam viuente patre Monacho; ſed dicit, ſi non fuerit ante patris mortem aſſignata, patre mortuo aſſignandam eſſe. Interim non negat textus peti poſſe. Quod autem peti poſſit, & debeatur etiam patre viuente, ſatis luculenter colligi poteſt, ex argum. ſupradictis.

CAPVT XIV.

Teſtamentum factum ante ingreſſum Religionis, an per ingreſſum reuocetur, ſecuta ſcilicet profeſſione.

TEſtamentum antea conditum rumpi ex eo, quod teſtator poſtea fuerit Religionem profeſſus, auctores ſunt multi. Accurſius in Authent. Si qua mulier, C. de Sacroſan. Eccl. Fridericus Senenſis in conſil. 165. Iaſon in dicta Authen. Si qua mulier, num. 17. & 18. & quidã alij. Fundamentum verò eſt, quia Monaſterium ſit habendum loco filij; Et ideo, ſicut agnatione poſtumi rumpitur Teſtamentum, ſi præteritus ſit, ita & Monaſterij præteritione rumpi. Quod ſanè fundamentum ideo firmum non eſt; quia iure non probatur Monaſterium eſſe loco filij. Etſi enim à multis id dicatur, à nullo tamen probatur. Et quæ adfertur Authent. Niſi rogati, C. ad Trebellianum, non hoc dicit, vt ex-

ex eius verbis,& ex Nouella vnde ſumitur, facilè eſt intelligere.

Alij dixerunt, teſtamentum rumpi, etiamſi legitima portio Monaſterio fuerit relicta,propterea, quod teſtator videatur eſſe ex profeſſione capite diminutus, quaſi Religionis profeſſio ſit capitis deminutio. Ita Salic. & Fulgoſius in Auth.ſi qua mulier, C.de ſacroſanct.eccleſ. Romanus in conſil. 237.

Sed non probatur iure, hanc eſſe capitis deminutionem. Non obſtat, quod de arrogatione adfertur, per quam teſtamentum rumpitur, l. conficiuntur, §. ſi poſt, ff.de iure Cod. § alio autem modo, & § ſeq.in Inſtitut. quib. mod. teſtam. infirm. quia hæc arrogatio non eſt. Quod enim dicitur, ſicut per arrogationem, ita & per iſtam profeſſionem bona transferri in alienam familiã & poteſtatem:& libertatem amitti,quia monachus tran ſit in poteſtatem Abbatis,parum iuuat hanc ſententiam, quia monachus obedientiam ſpondet, non autem ſeruus efficitur,& ante ingreſſum Monaſterij de rebus ſuis diſponere poteſt: *Ingredientem namque ſimul ſequuntur omnino res,et non erit vlterius earum dominus*.inquit tex. in § illud,Nouella,de Monachis. Et Ideo ſi res ſuas aliter diſpoſuerit teſtando,nõ tranſeunt ad Monaſterium; ſed ad illos,quibus relicta ſunt. Auth. Nunc autem,C.de epiſc.& clericis ibi. *Si prius teſtatus non ſit*.

Et quamuis,vt teſtamentum valeat,neceſſe ſit teſtatorem habuiſſe factionem teſtamenti, & cum illud fecit, & cum mortuus eſt.l.1.§.exigit,ff.de bonor.poſſeſ.ſecundum tab.non tamen ideo teſtamentum, quo de agitur, infirmari poteſt,quaſi mortis tempore factionem teſtator non habuerit; quia lex poteſtatem faciens teſtamenti ante ingreſſum Religionis,faciendi,in conſequentiam illud valere præcipit, licet poſtea mortis tempore factionem teſtator non habuerit.

Denique Romanus ſic argumentatur: Non rumpitur teſtamentum,quando monachus inter liberos teſtatur,Authen.ſi qua mulier, C.de ſacroſanct. eccleſ. Ergo rumpi debet, quando inter extraneos teſtatur. Nego conſequentiam. Verba enim textus hæc ſunt: *Sed ſi perſona liberos habens ante ingreſſum ... ſuis inter eos diſponat, Monaſterium iure ... poſtea inter eos diuiderat legitima non diminuta*. Non licet a contrario ſic argumentari,quia antequam Monaſterium quis intret,licentiam habet teſtandi, ut in d. §.illud,Nouella,de Monac. Auth.Nunc autem, C.de epiſc. & cler.

At Romanus id negat, exiſtimans textum in §.illud, Nouella,de Monachis,non accipi de teſtamento. Ait enim tex. *Antequam Monaſterium ingrediatur,licentiam habere ſuis, quo modo voluerit*, vti.non dicit *teſtari de rebus ſuis*; ſed (vti) quod uerbum potius pertinet ad contractum, & ad diſpoſitionem inter viuos, quàm ad vltimam voluntatem.

Sed fallitur Romanus ex lapſu memoriæ. Extat enim alia Conſtitutio, nempe, Nouella 76. ſub titulo; Hæc Conſtitutio interpretatur priorem Conſtitutionem de his,qui ingrediuntur Monaſterium. vbi Imperator declarans priorem illam Conſtitutionem de Monachis, quæ ex Nouella 5. oſtendit teſtamentum fieri poſſe ante ingreſſum Religionis ex dicta Nouella 5. Sic dicens: *Et quoniam noſtrę pietatis lex,vult eos,qui ſe Monaſterijs dederint, ſeu viros, ſeu mulieres antequam ingrediantur Monaſterium,eo quo voluerint modo, quæ ſua ſunt diſponere*,&c. Hæc enim verba, *eo quo voluerint modo, quę ſua ſunt diſponere*, ſignificant procul dubio diſpoſitionem tam inter viuos,quàm in vltima voluntate; quia oratio eſt vniuerſalis,ut patet.

Non igitur hæc ſententia rectè probatur, quæ monachiſmum docet eſſe capitis deminutionem, aduerſus quam Cuiacius præclarè in expoſitione d. Nouellę 5. *Hic cognitis tractemus*, inquit, *an verum ſit, quod Accurſius notat monachiſmum eſſe capitis minutionem. Equidem puto non eſſe; quia nec ciuitatem, nec libertatem, nec familiam adimit. Nõ omnis ſtatus mutatio,capitis minutio eſſe*

A *Manumiſſio non eſt capitis minutio: Senatus motio non eſt capitis minutio: monachiſmus non eſt capitis minutio: nam & ius legitimarum hæreditatum monachi habent, l. vlt §. Hoc etiam, C de epiſcop.& cler.& ante hanc Nouellam habuerunt bona propria,& teſtamenti factionem l. generali. C.de ſacroſanct. Eccleſ quaſi ciues,& irritum teſtamentum non fit monachiſmo, quod tamen conſtat irritum fieri capitis minutione etiam minima Idque hæc Nouella probat,& 76.* &c. Hactenus ille.

Alij igitur diſtinctionem adhibendam cenſuerunt,vt ſi teſtator eo tempore, quo teſtamentum fecit, religionẽ ingredi cogitabat, minimè rumpatur teſtamentum. Cæterum,ſi non cogitabat, quaſi ex noua quadam voluntate rumpatur.argumen l.ſancimus. C. de teſtament. Ita Bartolus in dicta Authen.ſi qua mulier.num. 7. C. de ſacroſanct.eccleſ Decius in cap.In præſentia nu.61. de probatio.& eo loci Imola col.vlt. Clarus,§.teſtamentum. q. 28. verſ. ſed retenta.

B Sed certè ad huius ſententiæ confirmationem nihil pertinet tex.in d.l. ſancimus. C. de teſtam. & nulla iuris ratio ei ſuffragari videtur.

Couuar.in 2.poſt num.5.de teſtamen.poſt Antonium Butrium, quem refert in cap. in præſentia. de teſtibus. Bartoli ſupradictam diſtinctionem amplectitur ad effectum, vt teſtamentum factum ab eo, qui religionis profeſſionem minimè cogitauerat,profeſſione ſecuta rumpatur ſolum, quoad legitimam portionem monaſterio competentem.

Sed huic ſententię duo obſtant; Vnum eſt, quod Iuſtinianus licentiam concedit,vt ante religionis ingreſſum, aliquis diſponat res ſuas quocunque voluerit modo; & conſequenter poteſt etiam monaſterium præterire. Alterum, quod iam concluſum eſt, iure non probari, quod monaſterium ſit loco filij: Et tunc ei portio legitima relinquenda ſit, quando iam ingreſſus monaſterium vniuerſas res ſuas inter filios diſtribuit; Debet enim eo caſu ſua perſona filijs connumerata partem ſibi retinere, C quæ monaſterio competere debet,vt inquit tex.in d. Authen.ſi qua mulier, C.de ſacroſanct. Eccleſ.

Poſtrema igitur ſententia eſt, quæ mihi veriſſima videtur,teſtamentum ante religionis ingreſſum conditum nequaquam ingreſſu,& religionis profeſſione rumpi nulla diſtinctione adhibita, vtrum de religione teſtator cogitauerit, vel non cogitauerit. Ita Franciſcus Aretinus ad l.1.numer.quatto; quinto,ff de teſtamen. Panormit. in cap.in præſentia.num. 51.& Felyn.ibid numer. 54. de probat. Et in hac ſententia maluiſſem perſiſtere. Couua. in dicto capit.ſecundo, de teſtament. dum dixit ſe malle Abbatis,& Aretini concluſionem defendere. Nam fundamentum eſt firmiſſimum huius ſententiæ in lege Iuſtiniani permittente bonorum diſpoſitionem, quocunque modo ante ingreſſum religionis, vt in dicta Nouella 5.de Monachis,§.illud. & in Nouella 76. Hæc conſtitutio,&c. Si enim licentia data eſt teſtandi ante ingreſſum, iuſta eſt interpretatio teſtamentum valere, & ne- D quaquam rumpi propter ingreſſum. Eſſet enim ridiculum dare hanc teſtandi poteſtatem ingreſſuro religionem,diſponendi, & eo iam ingreſſo teſtamentum infirmare. Nulla ſanè eſt ratio illud infirmandi, quia ante ingreſſum dominus eſt, qui teſtatur, bonorum ſuorum: quia teſtandi licentiam habet: Non per ingreſſum capite minuitur. Non per ingreſſum dominium amittit, cum antea teſtatus eſt,ideo dicit textus, cum *Non vlterius dominum* futurum,id eſt, dominum eſſe,ac diſponere poſſe ante ingreſſum quocunque velit modo; non autem poſtea. Et magis clarè tex. in Auth. Nunc autem, C. de epiſcop. & cleric.

Nunc autem (inquit) *cum monachus factus eſt, hoc ipſo res ſuas omnes obtuliſſe monaſterio videtur, ſi prius teſtatus non ſit*.

CAPVT XV.

Teſtamentum factum ante profeſſionem poſſitne monachus poſt factam profeſſionem reuocare?

TEſtamentum ante profeſſionem factum a monacho mutari & reuocari poſſe poſt factam profeſſionem reſpondit Bart. in Auth. Si qua mulier. nu.14. C. de ſacroſanct. Eccl. Aretinus in l.1.nu.5.verſ. Circa articulum ſecundum. ff. de Teſtam. Antonius Butrius in conſ.79. & in c. In præſentia. nu. 34 de probat. Guilhelmus Benedictus in cap. Rainutius. verſ. Mortuo itaque teſtatore. in primo, num.300.

Sed contrarium reſponderunt Decius in c. In præſentia. nu 68 de probat. & ibid. Auguſtinus Berous, nu. 537 & alij, quos refert & ſequitur Couuar. in cap. 2. nu. 9. de Teſtam.

Alij dixerunt, teſtamẽtum poſt factam profeſſionem mutari poſſe in fauorem Eccleſiæ, inter liberos & Eccleſiam diuidendo hæreditatem. Ita poſt Baldum, Fulgoſium, Caſtrenſem docet Iaſon in d. Auth. Si qua mulier, num.33.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in l. Sed ſi mors. §. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor ibi *Humanum eſt donationem cauſa mortis, quæ ab initio facta eſt, tali exilio ſubſecuto confirmari, tanquam ſi mortuo marito rata habeatur; ita tamen, ut non adimatur licentia marito eam reuocare*, &c. Idem habetur in l. Res vxoris. C. eod. tit.

Addit Aretinus hoc argumentum, quia ſcilicet ratiò, cur monachus teſtari non poſſit poſt factam profeſſionem, illa ſit, quod non ſit dominus rerum, ut in §. Illud in Authent. de Monachis: ſed hæc ratio non habet locũ tempore mortis monachi, quia ſi tunc rerum dominus non eſſet, nec hæredem habere poſſet ex teſtamento antea condito: quia dominium rerum ipſo iure tranſit a defuncto in hæredem. l. Cum hæredes. ff. de acq. poſſeſſ. Cũ igitur hæredem habeat, videtur eſſe dominus rerũ mortis tempore, & conſequenter teſtamentum antea factũ reuocare poteſt.

Ad extremum affert Ioan. Andr. doctrinam in c. Non poteſt. de præben. lib. 6. quoties aliquis ex priuilegio redditur habilis ad faciendum teſtamentum, in conſequentiam eidem permiſſum videri, teſtamentum reuocare.

Fundamentum verò ſententiæ negantis poſſe teſtamentum reuocari, illud eſt, quia profeſſione facta non licet amplius teſtari. c. Quia ingredientib. 19. q. 3. in Auth. de Monachis. §. Illud Ergo nec reuocare licet teſtamentum, quia reuocari non poteſt, niſi per aliud teſtamentũ. § Ex eo. in Inſtit. Quib. mod. teſtamen. in fi.

Huc accedat ratio. Nã facta profeſſione monachi non ſunt ulterius rerum ſuarum domini, vt in d. §. Illud. & in Authen. Ingreſſi. C. de ſacroſanct. Eccl. Ergo nec de illis poterunt aliquomodo diſponere.

Ternæ opinionis fundamentum eſt in d. Authent. Si qua mulier. C. de ſacroſanct. Eccl vbi dicitur poſt ingreſſum monacho permiſſum eſſe, vt inter liberos teſtetur, ibi: *Liceat ei poſtea inter eos diuidere.* Et infrà *Sua perſona filijs connumerata partem ſibi retineat, quæ monaſterio cõpetere debet.* Si enim licet ei teſtari; ergo multò magis teſtamentum reuocare.

Ego ſententiam, quæ negat reuocari poſſe teſtamentum, veriorem eſſe exiſtimo, & pro eius confirmatione perpendo verba Iuſtiniani in Nouella. Hæc conſtitutio interpretatur priorem conſtitutionem, &c. *Et quoniam* inquit, *noſtræ pietatis lex vult, eos qui ſe monaſterijs dederint, ſeu viros ſeu mulieres antequam ingrediantur monaſterium, eo quo voluerint modo, quæ ſua ſunt, diſponere: nec poſſe, poſtquam ingrediuntur monaſterium, ulterius agere quidquam de proprijs, vtpote domini rerum non exiſtentes ulterius eo, quod nos ſanciuerimus eiuſmodi viros & mulieres, cum corpore & anima ipſo ingreſſu ad monaſterium* A *dedicare ſe ſuasq́; ſubſtantias, &c.*

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia; quia maritus deportatus reſtitui poteſt, & ſic reſtitutus donationem mortis cauſa factam reuocare: Sed monachus effectus non poteſt facta profeſſione reſtitui ad priſtinum ſtatum, ut ſic res ſuas reciperet, quæ iam monaſterio ſunt acquiſitæ: tenetur enim eas relinquere monaſterio, ut in c. Statutum. 18. q. 1.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, negando monachum mortis tempore dominum eſſe: omnes enim ſubſtantias tranſtulit in monaſterium. Quod ſi dicatur hoc uerum eſſe, ſi prius monachus teſtatus non ſit, ut inquit textus in Auth. Nunc autem. C. de ſacroſanct. Eccl. reſpondeo, ſi monachus prius teſtatus ſit, in monaſteriũ bona non tranſire, quantum ad hoc, ut ijs perſonis auferantur, quibus in teſtamento relicta ſunt: nam auferri non poſſunt, ſed bona apud monaſteriũ manere debent, donec uixerit monachus, & poſt eius mortem debentur hæredibus inſtitutis; ſed non inde ſequitur, ipſum mona- B chum adhuc dominum eſſe bonorum, & ius teſtandi, ac de illis deponendi habere. Nã omne ius diſponendi amiſit profeſſione facta, ſalua diſpoſitione antea facta.

Non obſtat, quod dicitur, ſi non ſit dominus mortis tempore, dominium in hæredem tranſire non poſſe: quia licet dominus non ſit, lex tamen cõſeruat ius hæredibus inſtitutis, quaſi monachus tunc mortuus naturaliter fuerit, cùm teſtamentum condidit. Non enim vult lex, vt per ingreſſum, & profeſſionem fiat præiudiciũ illis, quibus bona relicta ſunt.

Quod uerò dicebat Aretinus ex Ioan. Andrea locum habere poteſt, quando impedimentum medij temporis non obſtat. Poteſt enim is, qui priuilegium teſtandi habuit, teſtamentum reuocare, niſi medio tempore, ſcilicet poſt conditum teſtamentum, impeditus fuerit, puta religionis ingreſſu, & profeſſione, quæ omnem de rebus proprijs diſponendi facultatem adimit.

Fundamentum denique ſententiæ vltimæ non eſt ſa- C tis firmum: quia textus in Auth. Si qua mulier: non dicit, teſtamentum antea factum reuocari poſſe in fauorẽ Eccleſiæ, & liberorum, ſed dicit, licere monaſterium ingreſſo inter liberos bona diuidere, ſi antea non diſpoſuerit: *Sed ſi perſona*, inquit, *liberos habens, antequam de rebus ſuis inter eos diſponat, monaſterium intret, liceat ei poſtea inter eos diuidere, &c.* Ratio eſt, quia non potuit pater ijs vnquam præiudicare, quoad legitimam debitam.

CAPVT XVI.

Virum hereditas delata monacho, immediatè monaſterio deferatur, vt eam adire valeat abſque facto monachi; an vero ex perſona ipſius monachi, vt proinde neceſſaria ſit eius aditio.

IN hac iuris quæſtione in contrarias ſententias abie- D runt Canoniſtæ, & Legiſtæ, ut uidere licet ex commentarijs Doctorum in cap. In præſentia. de probation. in l. 1. ff. de vulg. Socin. in conſil. 52. lib. 4. Claro in §. Teſtamentum, q. 30. Nam Canoniſtæ docuerunt, hæreditatem immediatè deferri monaſterio; Legiſtæ contrà immediatè monacho deferri. Negant illi, aiunt iſti, neceſſariam eſſe monachi aditionem. Nituntur illi hoc argumento, quod nulla ſit amplius penes monachum uoluntas ac poteſtas, ſed penes Monaſterium, & Prælatos. cap. Nolo. c. Non dicatis. 12. quæſt. 1. c. Si religioſus. de Elect. lib. 6 Nullum rerum dominium, nulla adminiſtratio. § Illud. Nouella de Monachis. Quod nõ ſibi, ſed monaſterio acquirat hereditatem. c. Statutum. 18. q. 1. Quod nulla ratio habeatur perſonæ eius, ſed monaſterij: cuius etiam cõtemplatione in dubio relictum præſumi debet. c. Requiſiuiſti. de Teſtam. Nituntur iſti eo argumẽto, qđ ſumitur ex l. Deo nobis. §. 1. C. de Epiſc. & Cleric. in illis

 verbis:

verbis: *Omnem parentum ſubſtantiam hæredes, quibus ab inteſtato competit ſecundùm leges noſtras, ſibi defendant, nullo eis impedimento ex ſanctimoniali conuerſatione generando, &c.* Et quoniam, ſiue monachus ſeruo comparetur, ſiue filio in poteſtate exiſtenti, dicendum videtur, neceſſariam eſſe eius aditionem. Nam quod attinet ad ſeruum neceſſariam eſſe eius aditionem, patet ex l 3.C. de hæred. inſtit. Et olim filiusfam. non poterat abſque iuſſu parentis adire, vel repudiare, & ei acquirebat, & tamen iuſſu patris præcedente neceſſe erat, vt ipſe filius adiret l. Placet.l. Is qui hæres.§.vlt.l. Qui in aliena.§. Iuſſum.ff.de acquir.poſſeſſ. licet nouo iure Iuſtinianus ſtatuerit patrem adire poſſe etiam filio inuito, & contrà filium inuito patre, lege vlt C.de bonis, quæ lib. Vnde & monachus dicitur acquirere monaſterio, cap. Statutum. 18. quæſt. 1. Nec obſtat, quod dicitur, in monaſterium omnes res transferri; quia transferri nõ poteſt ius adeũdi, quippe quod in bonis noſtris non eſt, l. Precia rerum. ff.ad legem Falcid.

Ego video hanc quæſtionem neutro iure deciſam eſſe, vtriuſque autem iuris ratione perpenſa rectè decidi poſſe. Nam iure Ciuili certum eſt hæreditatem eſſe adeundam ab eo, cui delata eſt, vt ei acquiratur. Nam ſi repudietur, non acquiritur l. 1.& 2.C. de repud. hæred. Item eodem iure certum eſt, hæreditatem deferri monacho, ſanctimoniali profeſſione non obſtante. l Deo nobis.§. 1.C.de Epiſcopis & Clericis nec contrarium iure Canonico ſtatutum eſt; Ergo neceſſaria eſt aditio monachi, ſed quia ille nil poteſt facere ſine conſenſu ſuperioris cap. Si religioſus, de elect. lib 6 neceſſarius erit ſuperioris conſenſus ac proinde; ſi defuerit, nec monacho, nec monaſterio hæreditas acquiri poterit. Nõ rectè monachus ſeruo, vel filiofamil. comparatur: nec enim libertatem amittit, aut patrem nactus eſt, ſed ſuperiorem, ac prælatum. Non rectè etiam illud adfertur, quod dominium rerum ſuarum monachus amittat; quia id nemo negat; neque enim ſibi acquirit hæreditatem ex aditione, ſed monaſterio. Et quod dicitur, monachum non habere, *nec velle, nec nolle, ſed ex illius, quem vice Dei ſupra caput ſuum poſuit, & cuius imperio ſe ſubiecit, voluntate pendere*, in cap. Si religioſus de Elect lib. 6. hoc argumẽtum præſtat, monachum adire hæreditatem non poſſe, niſi cum conſenſu ſui ſuperioris.

Ex his patet, ſententiam Legiſtarum vtriuſque iuris rationibus ſatis conſentaneam videri.

CAPVT XVII.

Quid ſi monachus, cui delata eſt hæreditas, adire nolit, an poſſit eo inuito monaſterium adire?

CVm Monachus nec velle habeat, nec nolle, ſed ex imperio ſui Superioris, ac Prælati dependeat, vt inquit textus, in cap. Si religioſus, de Elect. lib 6. rarò poterit accidere, vt Prælato ſuo reluctetur iubenti eum hæreditatem adire, ſi tamen caſus accideret, nõ dubito, quin vera ſit Bartoli ſentẽtia in l. 1. n. 21. ff. de vulg. docentis Prælatũ ſiue Monaſterium eo inuito adire poſſe, non quidem ex comparatione, qua ipſe vtitur monachi & filijfamilias; ea enim, nec ſatis probatur, nec perpetua eſſe poteſt; ſed ex iuris ratione, quę ſumi poteſt ex eo, quòd de filiofam. adire recuſante conſtitutum eſt, nempe vt pater adire nihilominus, & ſibi acquirere poſſit hæreditatem, l. vlt C.de bonis, quæ lib. Id enim eam ob cauſam conſtitutum fuiſſe videri poteſt, quod iniquum authori noſtro viſum eſt, factum filij, qui ſubiectus eſt patri, iuribus patris præiudicare, ac emolumentũ acquiſitionem ei impedire, cùm tamen ea ratio iniri poſſit, vt patre adeunte nullum ipſe filius præiudicium, ac dam-

A num ſentiat: Hæc ſuggerit æquitas, etiamſi iure deficiamur, vt quod mihi non nocet, & tibi prodeſſe poteſt, facilè permittatur. l 2.§. Item Varus. ff de aqua pluuia arcenda. Hæc ratio locum ſibi vendicat in præſenti ſpecie; quia Monachus Prælato ſuo ſubiectus eſt, ideo non debet impedire ſua recuſatione monaſterij emolumẽtum, & commodum, cùm ipſe Monachus nullum damnum eam ob cauſam paſſurus ſit; quia monaſterium ſine dubio tenebitur creditoribus & legatarijs, ſicut paterfamilias tenetur eo in caſu, quo filius recuſat adire. Hinc fundamentum contrariæ ſententiæ corruit, quã ſecuti ſunt Angelus, Fulgoſius, Aretinus, & alij, quos commemorat Socinus in d l. 1. ff de vulg. nu. 22. verſ. Circa ſecundum, de qua latè diſſerit Ripa ibidem, nu. 150.& ſeq. Nã in eo eſt poſitum, quod non poſſit Monachus filiofam. æquiparari, ſed potius ſeruo; quod ſi filiofam comparandus ſit, ea comparatio locum habere debeat, cùm agimr

B de bonis profectitijs, hoc eſt, filio contemplatione patris relictis, vel donatis: tunc enim locum non habet l. vlt. C. de bonis, quę lib. Iſtud, inquam, fundamentum ideo corruit; quia ſententia, quam defendimus, non ea nititur comparatione filijfam. ſed iuris ratione, qua nititur conſtitutio de filiof.am. adire hæreditatem recuſante, ut dictum eſt. Quanquam nec mihi diſplicet argumentum, quo vſus eſt Ripa loco annotato, quod videlicet Monachus ſit pars monaſterij, ſuamque voluntatem in monaſterium tranſtulerit. Et ideo, ſi monaſterium eo recuſante adierit, videri nihilominus ipſum Monachum adiuiſſe, ratione habita maioris partis, & communis conſilij, ac voluntatis Monachorum. Maneat igitur ſententia, quæ religioni fauet. l. Sunt perſonæ. ff. de relig. & ſumpt. funer.

CAPVT XVIII.

C *Quid ſi monachus deceſſerit ante aditam hæreditatem, an monaſterium poſſit illam adire.*

RVrſus controuerſia eſt inter Canoniſtas & Legiſtas in eadem facti ſpecie, ſi proponatur monachum ante aditam hæreditatem deceſſiſſe, poſſitne monaſterium eam adire, & ſibi acquirere? Nã Canoniſtæ affirmant. Legiſtæ verò negant, vt videre licet ex Bart. in l. 1. ff. de vulg. nu. 24 Soci. ibid nu. 23. circa tertium. Ripa num. 154 & alijs ibidem interpretib. Item ex Panur. Fely. Pariſio & alijs in c. In præſentia, de probat. Couuar. in c. 1. de teſt nu. 21.

Fundamentum legiſtarum eſt; quia aut monachus æquiparatur ſeruo, aut filiof.mil. Si ſeruo, non poterit monaſterium adire eo defuncto; quia nec dominus poteſt ſeruo mortuo adire l. 3. C. de hęred inſti. Si filiuſfam. Idem reſpondendum; quia nec parenti licet hæreditatem adire filio mortuo, niſi infans exiſtat, iuxta l. Si in-

D fanti. C. de iure delib.

Fundamẽtũ Canoniſtarũ eſt; quia monaſterium poteſt hæreditatem rectè adire abſque perſona monachi; quia monachi nulla ratio habetur, cum omnem ſuam voluntatem & poteſtatem in monaſterium tranſtulerit.

Ego ad propoſitam quæſtionem ita reſpondendum puto: Aut monachus ignorauit ſibi delatam fuiſſe hæreditatem, aut verò ſciuit. Si ignorauit, tunc nihil monaſterio exiſtimo nocere, quòd viuente monacho adita non fuerit. Nam licet ex l. Quoniã ſororem. C. de iure delib. certum ſit, hoc in caſu hæreditatem non aditam ab eo, cui eſt delata, non tranſmitti ad hæredem, tamen non agitur hic de tranſmiſſione. Neque enim monaſterium petit hæreditatem, tanquam ad ſe tranſmiſſam ex perſona monachi defuncti; ſed eam petit, tanquam ſibi acquiſitam monacho viuente. Omnia enim iura monachi acquiruntur monaſterio, ut dictum eſt in præcedentibus, & conſequenter etiam hæreditas delata monacho: Et ideo monaſterium non poteſt excludi iſta actio-

ne

ne petitionis hæreditatibus, niſi ſpatio temporis longiſſimi. l. Licet. C. de iure delib. Si verò monachus ſciuit ſibi fuiſſe delatam hæreditatem, & ante aditionẽ anno nondum elapſo deceſſerit, tunc monaſterio annale tempus puto concedendum, iuxta l. Cum antiquioribus. C. de iure delib intra quod hæreditatem adire poſſit. Quod ſi illud tempus viuente monacho elapſum fuerit, & ſciente delatam eſſe hæreditatem, tũc ſi nihil factum ſit, ex quo adeundam hæreditatem manifeſtauerit, monaſterium excludendum cenſeo; ſaluo tamen ipſi monaſterio reſtitutionis in integrum auxilio, iuxta, cap. 1. de reſtit. in integ. Intra quadriennium, iuxta cap. 1. de in integrum reſtit. lib. 6.

CAPVT XIX.

Si intra annum profeſſionis monachus decedat nullo condito teſtamento, ad quem pertineant eius bona, an ad monaſterium: an verò ad hæredes, qui ſunt proximiores.

MOnaſterium ingreſſus ante factam profeſſionẽ moritur inteſtatus, controuerſia eſt, an bona eius ad legitimos hæredes, qui ſunt ab inteſtato proximiores, pertineant; an verò ad monaſterium, Abbas Panormitanus in cap. In præſentia de probat. dixit ad monaſterium pertinere, ſi monachus expreſsè bona obtulit, ac dedicauit monaſterio. Cæterum, ſi non dedicauit, ad legitimos hæredes pertinere. Fundamentum eſt, quando bona dedicauit, in c. In præſentia de probat. in illis verbis: *Quare cum conſtet, quod idem M. his monaſterio veſtro obtulerit ſe, & ſua, nec ex aduerſo probetur, &c.* Idem ferè probatur in cap. vlt. de ſucceſſ. ab inteſt. Quando verò bona non obtulit, fundamentum eſt, quia monachus religioſus cum effectu cenſeri non debet, antequam profeſſus religionem fuerit tacitè vel expreſsè c. Religioſo de ſentent. excomm. lib. 6. Ergo nulla eſt ratio, cur bona pertinere debeant ad monaſterium, & non potius ad legitimos hæredes. Idem docuit Immolenſis in d. cap. In præſentia, num. 24. & Iaſon in Authent. Si qua mulier. ad finem. C. de ſacroſanct. Eccleſ.

Contrarium docet poſt multos alios, quos commemorat Decius in d. cap. In præſentia. nu. 73. exiſtimans abſolutè bona defuncti monachi ad monaſterium pertinere, quia per ingreſſum videtur purè facta dedicatio perſonæ, & bonorum monaſterio, licet illa reſolui poſſit, ſi monachus diſceſſerit ex monaſterio. Huic ſententiæ videtur adſtipulari tex. in Authẽ ingreſſi C. de ſacroſanct. Eccl *Ingreſſi monaſteria, ipſo ingreſſu ſe ſuaq́, dedicãt, &c.* Sed illud eſt accipiendum, facta profeſſione expreſsè vel tacitè.

Mihi probatur diſtinctio Pariſij in d. cap. In præſentia. ſub nu. 188. vt ſi quidem ingreſſus monaſterium, animum habuerit abſolutè mutandi vitam, idq́ue euidenter conſtet, vel profeſſus fuerit tacitè vel expreſsè religionem, tunc ad monaſterium bona pertineãt. Et idem dicendum puto, quando ſua bona monaſterio dedicauit. Cæterum, ſi nihil ex his interuenerit, ad hæredes proximiores bona ſpectare non dubito.

Nam quando facta eſt profeſſio, res eſt plana, quod ſpectent ad monaſterium, ſola legitima filijs reſeruata Authent. Si qua mulier. C. de ſacroſanct. Eccl. Idem conſtat iuris eſſe, quando bona expreſsè dedicata ſunt monaſterio, ex cap. In præſentia de probationibus. & c. vlt. de ſucceſſ. ab inteſt.

Cùm verò agitur de eo, qui non eſt profeſſus; ſed tamen propoſuit abſolutè vitam mutare, vt ſub habitu regulari omnipotenti Deo de cætero famuletur, res non eſt ita clarè deciſa, ſed tamen ratio ſuadere videtur, idem

A ſtatuendum eſſe; quia is non poteſt amplius ad ſeculum redire, licet aliud monaſterium ingredi poſſit. capit. conſulti. de regularibus. c. ſtatuimus eod. tit. cap. non ſolum. cap. conſtitutionem. c. Priuilegium, eod. tit. in 6. Et ideo pro religioſo haberi debet, ac proinde idem de bonis ſuis eo caſu videtur ſtatuendum, ac ſi profeſſus fuiſſet. Nam hoc propoſitum etiam videtur ſimile eſſe aliquo modo profeſſioni, in d. c. Priuilegium. de regularibus. lib. 6. ibi: *Aut conſtet, quod vitam voluerit abſolutè mutare, vel profeſſionem expreſſam fecerit.*

CAPVT XX.

Vtrum eccleſia hæres teneatur inuentarium conficere, vt legis beneficijs frui poſſit, vt non teneatur vltra vires hæreditarias.

B GRatis in controuerſiam hæc quæſtio reuocata eſt a doctoribus noſtris, quoniam ſatis perſpicuè a Iuſtiniano, cui locus nullus iuris canonici aduerſatur, deciſa eſt, ita ſtatuente in ſua Nouella conſtitutione de hæredib. & Falcid. *Eam obtinere, & in omni perſona, ſiue priuata, ſiue militari, ſiue ſacerdotali, ſiue Imperiali, ſiue alterius cuiuſlibet.* Et cũ, ſicut leges nõ dedignãtur ſacros canones imitari, ita ſacrorũ ſtatuta canonũ Principum conſtitutionibus adiuuentur. cap. 1. de noui oper. nunc. dubitari non poteſt, quin Iuſtiniani conſtitutio, etiam ex Pontificio iure robur obtinere debeat. Atque ita rectè docuerunt Gloſ. in c. 1. de Teſtam. in verb. Patiaris, quam eo in loco ſecuti ſunt Immola, Antonius Butr. & Barbatia, Iaſon ad l. vlt. §. vlt. C. de iure delib. Alios refert eandem ſententiam amplexus Rolandus a Valle, de confectione inuentarij, in 1. par. §. Duodecimò quæritur.

Contrarium docuerunt Cardinalis & Abbas in d. c. 1. de Teſtam Bart. in l. 1. nu. 46. C. de ſacroſanct. Eccleſ.
C Bald. in d. l. vlt. C. de iure delib. & ibib. Angelus in §. Si verò poſtquam. Io. Annan. in c. In literis de raptorib. Felin. in c. De quarta. de præſcript. Caſtrenſ. in Auth. Sicut. C. de ſacroſanct. Eccl. Nouiſſimè Lælius Zanchus de Priuilegio 126. nu. 4.

Argumenta ſunt iſta: Primum, quia ius ciuile obligare non poteſt eccleſiam vltra vires hæreditatis, cùm talis obligatio repugnare videatur iuri naturali. Secundò, quia in hæredibus cæteris ideo conſtitutum eſt, vt teneãtur vltra vires hæreditarias, ſi inuentarium non confecerint, quia præſumũtur aliquid ex hæreditate ſubtraxiſſe. Hæc autem ratio ceſſat in eccleſia. Tertiò, quia nihil poteſt eccleſia accipere, ex quo oneretur vltra id, quod accipiat, vt in Auth. Sicut. C. de ſacroſ. Eccl. Poſtremò, quia ſic in fiſco videtur receptum, vt inuentariũ facere non teneatur. l. 1 §. an bona ff de iure fiſci.

Reſpondeo ad primum, ideo lege hac ciuili etiam eccleſiam obligari; quia iure canonico recepta eſt, aut cer-
D tè non improbata, argumento text. in cap. Raynaldus. de Teſtam. ibi: *Cumque inuentarium fecerit, &c.* Ad ſecundum multi negant cauſam illam fuiſſe præcipuam, vt Anchar. conſ. 411. Fuit enim potius impulſiua; vt noſtri doctores loquuntur, & præcipua cauſa, quia hęres adeundo hæreditatem abſque inuentario, videtur ſuſcipere onus ſoluendi, vt declarat Aretinus in rub ff de acq. hæred. in 2. col. verſ. Ergo oportet. Ad tertium reſpondeo, textum, qui adfertur, ad rem hanc noſtram nõ pertinere: neque enim loquitur de eo, quod ad eccleſiam peruenit ex hæreditate, ſed ex alia particulari cauſa: alioqui ſequeretur ad eccleſiam hæredem non pertinere res ſteriles & inutiles, cùm tñ hæres ſuccedat in vniuerſum ius Verba ſic ſe habẽt: *Sicut alienatio rerum eccleſię interdicitur, ita prohibetur, ne qua ſterilis ei detur poſſeſſio, aut alioqui onerosa, vel fiſcalium nomine vel onere* Vides, vt puto, lector, ad rem noſtrã nõ facere; & vt certior ſis, videas tex. in §.

Sicut. Nouella, de non alien. rebus eccle ex quo ſumpta eſt authent. Iuſtiniani, vbi loquitur de eo, quod ex cauſa donationis aut venditionis, alteriuſue contractus eccleſię datur: non autem loquitur de eo, quod ad eccleſiam peruenit ex cauſa hęreditatis: *Interdicimus*, inquit, *rectoribus venerabilium domorum tale aliquid agere, quia ſi nō cum omni ſubtilitate fecerint contractus, ſed ſęnea quędam poſſeſſio, aut damnoſa detur eccleſiis, &c.* Ad vltimum argumentum reſpondeo negando fiſcum hæredem eſſe, cùm ſuccedit in bona vacantia, ſicut loquitur text. qui in argumento adſertur, de quo in capite ſeq.

Alij hac vtuntur diſtinctione, vt eccleſia vltra vires hęreditarias teneatur creditoribus, cum quibus videtur adeundo hæreditatem quaſi contrahere, non autem legatarijs, quia in eccleſia ceſſat pſumptio ſubtractionis bonorum. ita Alex. & Corneus in l. vlt. §. vlt. C. de iure delib. Aretinus in rub ff. de acq hęred. quos videtur ſequi Couuar. in c. t. poſt nu. 14. de Teſtam.

Sed non mihi probatur hæc diſtinctio, quia hæres ex quaſi contractu tenetur etiam legatarijs, vt in § Hæres, in Inſtit. de oblig. quę ex quaſi contractu naſcuntur, & ideo non eſt ratio differentiæ inter creditores & legatarios. Et cùm præſumptio illa ſubtractiones bonorum nō fuerit præcipua cauſa legis, vt fatetur etiam ipſe Couuar. non eſt opus inquirere, an illa ratio ceſſat in eccleſia, ſeu miniſtris eius. Etſi hęc ratio valeret, idem etiam, quantū ad creditores, reſpondendum eſſet; ac proinde etiam eo in caſu omnibus perpenſis diſtinctio illa conſiſtere non poſſet. Quare priorem ſententiam, quam initio propoſui nunc quoque in fine capitis amplector: Saluo tamen iure eccleſiæ reſtitutionem petendi aduerſus omiſſam inuentarij confectionem.

CAPVT XXI.

Vtrum fiſcus teneatur inuentarium conficere, & eo non confecto, vltra vires hæreditarias.

NOn eſt dubitandum, quin fiſcus hæres teneatur inuentarium conficere, ſub pœnis poſitis a Iuſtiniano, in Nouella de hæred. & Falcid. Nimis. n. diſertè ſtatuit, eam conſtitutionem obtinere, *in omni perſona, ſiue priuata, ſiue militari, ſiue etiam imperiali.* Et ideo nec fiſcum excluſiſſe videri poteſt, qui ſuam perſonā non excluſit. Quare non rectè in dubium id reuocatum eſt a Doctoribus noſtris, ad Rubr ff. de acq. hæred. & a Rolando a Valle, de confectione inuentarij, in 1. parte. §. Vndecimò quæro. Cæterum, non malè, immò verò iuri noſtro conuenienter reſponderunt, qui dixerunt fiſcum in bona ſuccedentem, vel ex delicto, vel propterea, quod ſint vacantia, & nullus hæres reperiatur, non poſſe conueniri vltra vires bonorum. Nam præterquam quod fiſcus non eſt hæres, ſed poſſeſſor, illa ratio accedit euidentiſſima, quod cum id intelligatur ex bonis eſſe, quod deducto ære alieno ſupereſt. l. Subſignatum § Bona. ff. de verb. ſign. conſequenter dici non poteſt, ad fiſcum bona aliqua perueniſſe vacantia, niſi ea, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, quare ſi nil ſuperſit; nihil etiam bonorum ad fiſcum perueniſſe videri poteſt. Et ideo ſuperuacanea eſt quæſtio, an vltra vires bonorum fiſcus tunc obligari & conueniri poſſit. Et iſtud eſt quod dicit Caliſtratus in l. 1. §. An bona ff. de iure fiſci: *An bona*, inquit, *quæ ſoluendo non ſunt ipſo iure ad fiſcum pertineant, quæſitum eſt. Labeo ſcripſit etiam ea, quę ſoluendo non ſunt, ipſo iure ad fiſcū pertinere, ſed contra ſententiam eius edictum perpetuū eſt, quod bona ita veneunt, ſi ex his fiſco nihil acquiri poſſit.* Clarius Iabolenus. l. 11. eo. ti. *Non poſſunt ulla bona ad fiſcum pertinere, niſi quę creditoribus ſuper futura ſunt. Id enim bonorum cuiuſque eſſe intelligitur, quod ęri alieno ſupereſt.*

Cęterum nouiſſimè Marcus Antonius Peregrinus de iuribus fiſci, lib 4. tit. 1. nume. 3. reſpondit, fiſcum, etiam

A hæredem inſtitutum non teneri ad inuentarij confectionem: primò, quia verbum *perſona*, quo Imperator vtitur in dicta Nouella, non comprehendit fiſcum quia in materia ſtricta, & præiudiciali appellatione perſonę, non venit fiſcus, ex Butrio in ca. Graue. in 4. no. de præben. Sed reſpōderi poteſt, vt maximè verum ſit, quod Butrius notauit, nihil tamen id ſuffragari poſſe, quia Imperator in dicta Nouella ita dicit, eam obtinere, *in omni perſona, ſiue priuata, ſiue militari, ſiue ſacerdotali, ſiue imperiali, ſiue alterius cuiuſlibet* Hęc poſtrema verba, *ſiue alterius cuiuſlibet*, ita generalia ſunt, vt neminem excludant, & ſanè mihi videtur valdè improbabile, quòd fiſcus melioris ſit conditionis, quàm Imperator hæres ſcriptus. Secūdo mouetur Peregrinus ex d. l. 1 §. an bona ff de iure fiſci animaduertiſſe ſe dicens, illum textum referri ad omnes caſus præcedentes, inter quos ille cōtinetur, cùm princeps fuit hæres inſtitutus. Reſpondeo, Calliſtratum in ea lege varias cauſas retuliſſe, ex quibus nunciatio ad fiſcum heri ſolet; & inter cæteras etiam illam, quando Princeps **B** hæres inſtitutus eſt. Deinde propoſuiſſe quæſtionem illam, an bona, quæ ſoluendo non ſunt, ipſo iure ad fiſcum pertineant. Hæc quæſtio conuenire poteſt illis in caſib. in quibus bona vacantia fiſco deferuntur. Cæterùm, eo in caſu quo Princeps inſtitutus eſt hæres, congruere nō poteſt. Nam aut is hæreditatem adiuit, aut non adiuit: Si hæreditatem adiuit, certum eſt, eum ſequi commoda & & incommoda l. 1. ff de bonorum poſſeſſione, & conſequēter is tenetur creditoribus hæreditarijs ſatisfacere Et ſi inuentarium non confecerit, tenebitur in ſolidum, licet bona ſoluendo non ſint, quia ſic ſtatuit ipſe Imperator in d. Nouella de hæred. & falcid. dum ſtatuit eam habere locum in omni perſona etiam *Imperiali*, quod fatetur etiam ibi Peregrinus, eam conſtitutionem locum habere, cùm Imperator, vti priuatus ſucceſſit ab inteſtato, vel ex teſtamento. Igitur etiam id concedere debet, ſi ad hunc caſum referatur §. An bona, quo videlicet Princeps hæres inſtitutus eſt, cum lege hac inuentarij nequaquā **C** exemptū fore. Quo conceſſo, argumentum eius corruit.

Si verò Princeps hęreditatem non adierit, non poteſt in quæſtionem illud uocari, an bona, quæ ſoluendo non ſunt, ipſo iure ad fiſcum pertineant: neque enim ex titulo hæreditario pertinere poſſunt, cùm Princeps hęreditatem repudiauerit. Requiritur enim hoc in caſu aditio, vt declarat Bart. in d §. An bona. Quod ſi dicatur pertinere poſſe tanquam vacantia, quia nullus ſit hęres, quo caſu fiſco deferuntur; tunc ad fiſcum non pertinebunt, tanquam ad hęredem, de quo noſtra eſt diſputatio.

Non obſtat quod Peregrinus ſubdit, ſi hęc ſententia admittatur, fateri oportet fiſcum auferentem hęreditatem alicui tanquam indigno, teneri creditoribus vltra vires, quia hęreditatem capit, quod tamen a vero abeſt. d. § An bona: nam reſponderi poteſt non hoc ſequi. Nam cū fiſcus hęres eſt ab inteſtato, vél ex teſtamento, bona poſſidet tanquam hęres, & ideo omnibus oneribus hęreditarijs obſtrictus eſt, quibus cęteri hęredes obſtricti ſint: ne **D** que enim exemptus reperitur. Cęterum ſi alicui hęreditatem auferat, tanquam indigno, non dicetur hęres, ſed poſſeſſor, & tanquam poſſeſſor conueniri debet, licet bon. vindicet cum ſuo onere, & eiſdem conditionibus parere debeat, quibus perſona, a qua ad illum peruenerit, iuxta l. In facto. §. Fiſcus. ff. de condit. & demonſtr.

CAPVT XXII.

Vtrum fiſcus ſuccedens in bona uacantia, teneatur legata & fideicommiſſa præſtare, teſtamento, vel codicillis relicta.

SI nullo hærede exiſtente, qui hæreditatem adire velit, fiſcus ſuccedat tanquam in bona vacantia, controuerti ſolet, an teneatur legata, & fideicommiſſa præſtare ijs, quibus relicta ſunt in teſtamento defuncti. B Et teneri reſponderunt Baldus in l. Eam quam. C. de fideicommiſſ. num. 5. Salicet. ad l. Vni. § pen. num. 39. C. de cad. tollen. Argumenta hæc ſunt. Primum ex l. cum fiſco. ff. ad Silan. Caius: *Cum fiſco caduca bona defuncti adducuntur propter inultam mortem, in eum legatorum actio datur.*

Secundum ex l. Recuſare. § Si fiſco. ff. ad Trebellian. Vlpianus: *Si fiſco vacantia bona deferantur, nec velit bona agnoſcere, & fideicommiſſario reſtituere: æquiſſimum erit, quaſi vendicauerit, ſic fiſcum reſtitutionem facere.*

Tertium eſt ex l. Dicitur. ff. de iure fiſci Caius: *Dicitur, ex aſſe hereditatem ex Silaniano cum fiſcus vendicat quod nec libertates, nec legata tueatur, quod aperire nullam habet rationem, cum ex quibuſlibet alijs cauſis fiſco vendicatis hęreditatibus, & libertates, & legata maneant.*

Quartum eſt ex d. l. Vn. § pen. C. de cad. toll ibi: *Tantum enim nobis ſupereſt clementię, quod ſcientes etiam fiſcum noſtrum, vltimum ad caducorum vendicationem vocari, tamen nec illi pepercimus.* Vbi Gloſ. in verbo Pepercimus, rationem adfert, quia ſcilicet bona ad fiſcum tranſeunt cum ſuo onere, adducit l. In facto. § 1 ff de condit. & demonſtr vbi Paulus: *Fiſcus eiſdem conditionibus parere debet, quibus perſona, a qua ad ipſum, quod relictum eſt, peruenit, ſicut etiam cum ſuo onere hoc ipſum vendicat.* Idem probatur in l. Etiam. C. ad legem falcid. Sed nullus eſt locus illuſtrior, quàm Iuliani, in l. Quidam teſtamento. § Quoties, de leg. 1. *Quoties*, inquit, *lege Iulia bona vacantia ad fiſcum pertinent, & legata & fideicommiſſa præſtantur, quæ pręſtare cogeretur hęres, a quo relicta erant.*

Verùm contrariam ſententiam amplexi ſunt alij non pauci videlicet fiſcum non teneri ad legata præſtanda. Ita docuerunt Ripa in l. Ex facto, num. 6. ff. ad Trebell. Clarius § fin. quæſt. 78. verſic. Sed an teneatur fiſcus, nouiſſimè alios citans Marcus Antonius Peregrinus de iuribus fiſci, lib. 4 tit. 3. num. 26. Proſper Farinacius Variarum quæſtionum criminalium lib. 1. quæſt. 15. num. 186 Fundamentum eſt primò in generali regula: Si nemo hæreditatem adierit, nihil; quod in teſtamento ſcriptum eſt, debetur. l. Si nemo. ff. de teſtamen. tut. l Si nemo, de reg iur. Secundò in l. Quod diuo ff. de manu. teſtam. vbi Papinianus: *Quod diuo Marco*, inquit, *pro libertatibus cõſeruandis placuit, locum habet irrito teſtamento facto ſi bona venitura ſint: alioquin vacantibus fiſco vendicatis, non habere conſtitutionem locum, apertè cauetur.*

Tertiò in l. 4. § Eadem conſtitutio. ff de fideicommiſſ. libert. in illis verbis: *Eadem conſtitutio proſpexit, vt ſi fiſcus bona admiſerit, æquè libertates competant Ergo ſiue iaceant bona fiſco ſpernente, ſiue agnouerit, conſtitutio locum habet. Cęterùm ſi alia ratione agnoſcat, apparet ceſſare debere conſtitutionem: quare etſi caducis legibus bona delata ſint, idem erit probandum.*

Sic enim legendum eſt *caducis legibus*, non autem *caducis legionis*, vel aliter, vt in aliquibus exemplaribus legitur, ſicut rectè admonuit Cuiacius ad l. 3. C. dę bonis vacantibus, lib 10.

Ad leges, quibus prior nititur ſententia, reſpondetur, eas loqui de fiſco auferente hæreditatem alteri quanquã indigno: tunc enim tenetur eiſdem parere cõditionibus, quibus ille, a quo bona auferuntur, parere debebat: ſed

A hæc reſponſio non uidetur eſſe idonea ad l. Quidam teſtamento. § Quoties, de leg. 1. vbi textus loquitur de fiſco ſuccedente in bona uacantia ei delata ex lege Iulia. Nec ad l. Vn. § pen. C. de cad. tollend. qui locus uidetur aduerſari. l. 4. § Eadem. ff de fideicommiſſ. libert. Et ſanè hæc res paulò abſtruſior mihi uidetur. Prima fronte illuc animus inclinabat, ut exiſtimarem, ſi nullus ex teſtamento hæres exiſtat, uel ab inteſtato, & idcirco ad fiſcum, tanquam uacantia bona pertineant, eum non teneri legata & fideicommiſſa præſtare. Nam ſi teſtamento relicta ſint, & ex eo non ſuerit adita hæreditas, iuris regula eſt plana, legata nullius eſſe momenti. l. Si nemo ff. de teſtament. tutela, ſi uerò relicta ſint in codicillis, idem reſpondendum uidetur; quia nullus eſt hæres, & legata præſtari debent ab hærede: Eſt enim legatum, donatio a defuncto relicta, ab hęrede præſtanda. § Legatum Inſtitut. de legatis. Et ideo leges, quæ dicunt fiſcum ad præſtanda legata, & fideicommiſſa teneri, neceſſariò accipiendæ ſunt, quando ex teſtamento, uel ab inteſtato hæreditas eſt adita: tunc enim legata ualent, & ideo licet fiſcus poſtea ſuccedat, auferendo hæredibus tanquam indignis hæreditatem, & bona, tamen legata præſtare debet, & fideicommiſſa, propterea quod ualent. Eſſet enim ualde iniquum, ut culpa hæredum noceret legatarijs, & fideicommiſſarijs: & ideo tunc bona pertinent ad fiſcum, & ab eo uendicantur cum ſuo onere.

Cæterùm, re penitius examinata, ut contrariam ſententiam amplectar, tria potiſſimùm loca effecerunt. Primus locus eſt in d. l. Quidam teſtamento. § Quoties, de leg. 1. ubi uerba ſunt ſatis clara, & generaliter præcipiunt legata præſtari à fiſco ſuccedente in bona uacantia. Secundus locus eſt in d l. Dicitur. ff. de iure fiſci, in illis uerbis: *Cum ex quibuſlibet alijs cauſis fiſco vendicatis hæreditatibus, & libertas, & legata maneant.* Sunt hęc uerba generalia, quę ad unum tantùm caſum, quo uidelicet hæreditas indigno ſit ablata, reſtringi non poſſunt ſalua ratione recti ſermonis. Tertius eſt in l. Vna. C de cad toll. coniungendo. § pen. cum ultimo, ſic enim ait Imperator C in d. § penult. *Si nulli ſint hæredes, vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt* (hæreditatem) *tunc ad noſtrum ærarium deuoluatur.* Deinde pergit, dicens, in § vlt. *Tantum enim nobis ſupereſt clementia, quod ſcientes etiam fiſcũ noſtrum, vltimum ad caducorum vendicationem vocari, tamen nec illi pepercimus.* Ex quibus uerbis patet, fiſcum ſuccedentem in bona uacantia, nullo hærede exiſtente, qui uelit, uel poſſit hęreditatem capere, uel qui capiat, teneri ad legata pręſtanda, ſicut hæres tenebatur, à quo relicta erant.

10 Non obſtat primum argumentum ex regula generali, ſi nemo ex teſtamento hæreditatem adierit, quæ in eo continentur nullius momenti eſſe: quia non eſt abſurdum hanc regulam ſic interpretari, ut locum nõ habeat, quando bona ſic uacantia tranſeunt ad fiſcũ: tunc enim, quia is loco hęredis habetur, meritò præſtare tenetur legata & fideicommiſſa.

Ad ſecundum, & tertium argumẽtum notandum eſt, D pro uera interpretatione ita olim reſcripſiſſe diuum Marcum, ut ſi ij, qui libertatem acceperunt à domino in teſtamento, ex quo non aditur hæreditas, uelint bona ſibi addici libertatum conſeruandarum gratia, audiantur, ſi idoneè creditoribus cauerent de ſolido, quod cuique debetur, ſoluendo, & ſic bona non uendantur: & tunc ſi fiſcus bona agnoſcere uoluerit, tanquam ad ſe deuoluta, quia nullus ſit hæres, libertas nihilominus ſalua manet, perinde ac ſi ex teſtamento hęreditas fuerit adita. Ita clarè, & prolixè declarat hoc reſcriptum. Iuſtinianus in Inſtitut. De eo cui libertatis cauſa bona addicuntur.

Quod igitur attinet ad l. Quod diuo. & ad l. 4. § Eadem. ff. de fideicommiſſ. lib. reſpondeo, non negari dictis legibus, libertatem teſtamento relictam locum habere, quando fiſcus bona accipit uacantia, ſed negatur locum habere ex dicta conſtitutione, ſiue reſcripto diui

Marci. Sic enim loquitur tex in d.l. Quod diuo, illud diui Marci reſcriptum locum habere irrito teſtamento facto, ſi bona vænitura ſint: *Caterum vacantibus fiſco vendicatis, non habere conſtitutionem locum, aperte cauetur.* Et in d.l.4 § Eadem, *Caterum*, inquit, *ſi alia ratione agnoſcat, apparet ceſſare debere conſtitutionem*. Itaque ceſſat eo in caſu conſtitutio diui Marci, pro bona in eo ſtatu non ſunt, vt addici poſſint libertatum ſeruandarũ cauſa, ne vendantur: tunc enim fiſcus ea agnoſcens, libertatem impedire non poteſt. Cęterùm ſi alia ratione & cauſa ad fiſcum ex caducarijs legibus pertineant, tunc nõ habet locum illa conſtitutio. Sed tamen non inde ſequitur libertates non deberi: Nam libertates quidem debẽtur, ſed non ex diui Marci conſtitutione, verùm ex alijs legibus, quibus cauetur ex quibuſcunque cauſis fiſco vendicatis hæreditatibus, libertates & legata manere. l. Dicitur ff. de iure fiſci. Et eodem modo ſunt accipienda illa verba d.l.4. *Quare etſi caducis legibus bona delata ſint, idem erit probandum*, Scilicet vt conſtitutio locum non habeat, ſed tamen nõ negat textus libertates deberi, nec id negare poteſt, ne alijs legibus repugnet, quibus conſtitutum eſt, & libertates, & legata præſtanda.

CAPVT XXIII.

An iure Canonico hæres non confecto inuentario teneatur vltra vires hæreditatis?

IVre Canonico hæredem Inuentarium non conficientem vltra vires hæreditarias creditoribus non teneri, docuerunt Baldus ad l. Cum à matre, in fine. C. de ret vend. & in conſ. 145. ſuper primo puncto, nu 4 lib. 4. Antonius Buttrius in cap. In literis, de raptoribus, & in c. Rainald in 2. not de teſtam. Petrus Ancharanus in conſil. 41 t. Argumenta nonnulla Ancharanus adfert, ſed ad eam facti ſpeciem pertinentia, ſuper qua ipſe reſpondit, hæredis videlicet ad vſuras reſtituendas obligati ex perſona defuncti, quem docet vltra vires hæreditarias non teneri ob multas cauſas, quæ huc non pertinent. Fundamentum igitur non aliud inuenio huius ſententiæ, niſi quia ſecundùm naturalem rationem & æquitatem, quã ius Canonicum plerumque ſequitur, non tenetur hæres ex perſona defuncti vltra vires hæreditarias.

Sed valdè infirmum mihi videtur hoc fundamẽtum. Nam iuſtis de cauſis iure Ciuili conſtitutum eſt, hæredẽ non conficientem inuẽtarium in ſolidum teneri, etiam vltra vires hæreditarias, vt patet ex Nouella Iuſtiniani de heredibus & falcid Nec iure Canonico contrariũ eſt conſtitutum; quare illa naturali æquitate iuſtas ob cauſas valere iuſſa, iuri Ciuili inhærendum videtur, argum. c. 1. & 2. de ope. no. nunc. Atque ita docuerunt idem Baldus ſibi contrarius in l vlt. C. de iure delib. col. 2. Abbas in c. Rainald. de Teſtam. Ang & Alex. in rub. ff. de acq. hæred. & multi alij, quos refert & ſequitur Rolandus de confect. inuentarij, vlt. par. § Nunquid de iure Canonico, quos & ipſe ſequor in foro externo.

CAPVT XXIV.

Hæres, qui inuentarium non confecit, an vltra vires hæreditarias teneatur in foro conſcientiæ.

NOn mittimus falcem in alienam meſſem, quoniã & Canoniſtæ & Legiſtæ hanc quæſtionem tractant, ſitne hæres in foro conſcientiæ obligatus creditoribus & legatarijs vltra vires hæreditarias, ſi inuentarium non confecerit? Tres ſunt Doctorum ſententiæ: Vna teneri. Altera non teneri. Tertia, diſtinguẽ-

A dos eſſe creditores à legatarijs & fideicommiſſarijs, & hæredem creditoribus quidem vltra vires hæreditarias teneri, legatarijs autem & fideicommiſſarijs nequaquã. Vide Bartolum, Caſtrenſem, Iaſonem, Aretinum, & alios ad Rubr. ff. de acquir. hæred. Ioan. Andr. & alios ad c. Quanquam, de vſuris, lib. 6. Federicum Senen. cõſi. 21. Vaſquium de ſucceſſionum creatione, lib. 1. §. 2. num. 12. Couuar. in capit. primo, de Teſtam. numero 16. 17. Roland à Valle de confectione inuent. in vltima parte, §. An in foro conſcientiæ, vbi multos alios citat, quibus addi poteſt Prerius in Summa, in verb. Hæreditas 3. in 5. quæſtione.

Fundamentum prioris ſentẽtiæ illud eſt pręcipuum; quoniam leges humanæ, ſi iuſtæ ſint, habent vim obligandi etiam in foro conſcientiæ à lege æterna, à qua deriuantur, ſecundum illud Prouerb. 8. Per me Reges regnant, & Legum conditores iuſta decernunt, vt declarat S Thomas 1. 2 q 96. art 4 ſed negari non poteſt, quin B Iuſtiniani lex ſit iuſta, quæ hæredem inuentarium non conficientem obligat vltra vires hæreditarias. Ergo hæres tenetur vltra vires hęreditarias ad ſatisfaciendũ creditoribus, etiam in foro conſcientiæ.

Fundamentum autem eorum, qui negant hæredem obligatum eſſe vltra vires hæreditarias in foro conſcientiæ, illud eſt, quia Iuſtiniani lex, quæ ita hæredem obligat, ſi inuentarium non confecerit, videtur niti quadam præſumptione, quod ſcilicet hęres, qui inuentarium nõ confecit, aliquid ex hæreditate ſubtraxerit, vt patet ex Nouella, de hæredibus & Falcid. §. Hinc nobis. ibi: *Et non per ea, quę fortè ſurripiunt, aut malignantur, &c.* Sed in foro conſcientiæ nõ eſt locus præſumptionibus, ſed veritati, quæ ſola ſpectatur. c A nobis 2. c. Inquiſitioni, de ſentent. excom. Ergo, ſi hæres nihil reuera ſubtraxerit ex bonis hęreditarijs, non videtur eſſe in foro conſcientiæ obligatus.

C Tertiæ denique ſententiæ fundamentum eſt; quia, quod attinet ad creditores, hæres etiam Iuſtiniani lege tenebatur illis vltra vires hæreditatis ſatisfacere. l. Si te bonis. C. de iure deliber. Et hoc ea ratione, quia adeũdo hæreditatem videbitur ſuſcipere onus ſoluendi, quare etiam in foro conſcientiæ tenetur, cùm illa lex ſit iuſta. Cæterùm, quod attinet ad legatarios & fideicommiſſarios, ut hæres illis obligatus ſit vltra vires hæreditarias, noua Iuſtiniani conſtitutione introductum eſt, ea præſumptione innixa, quod hæres inuentarium non conficiens aliquid ſubtraxerit ex bonis hęreditarijs; quæ quidem præſumptio cùm in foro conſcientiæ nõ ſpectetur; ſed veritas præualeat, conſequitur, hęredem, qui nil ſubtraxerit, non fore obligatum in foro conſcientię, licet inuentarium non confecerit.

Ego ſanè eorum ſententiam veriorem eſſe puto, qui ſimpliciter negant hęredem in foro conſcientiæ ultra vires hęreditarias teneri. Et moueor hoc argumento: D Hęres in foro conſcientiæ non debet in plus teneri, quàm defunctus teneretur, ſed in tantum, in quantum defunctus tenebatur. Eſt enim hęreditas ſucceſſio in vniuerſum ius, quod defunctus habuit. l. Nihil aliud ff. de verb. ſignific. Et hęres dicitur defuncti perſonam reprę ſentare. §. 1. in Auth. de Iureiur. à morien. pręſtito. & ex eius perſona dicitur obligari. l. Ex qua perſona, de regulis iuris.

Sed defunctus in foro conſcientię non tenebatur ad creditoribus ſoluendum vltra vires ſuas, quia nemo tenetur ad impoſſibile. Sanctus Auguſtinus relatus in c. Si res. 16. quęſt. 6. Sanctus Thomas 2. 2. q. 61. artic. vlt. in reſponſione ad primum argumentum Didacus Couuar. alios citans in relectione c. Peccatum, in 1. par. nu. 2. de reg. iur. lib. 6. Ergo neque hęres in foro conſcientię obligatus erit.

Ad argumentum prioris ſententię ſi amplectamur eorum ſententiam, qui exiſtimant legem Iuſtiniani fundatam eſſe in pręſumptione illa, quod hęres non conficiens

ciens inuentarium aliquid ſubtraxerit, facilè reſponderi poteſt; Nimirum eiuſmodi legem quantumuis iuſtam in foro conſcientiæ non obligare, quoniam in eo foro veritas attenditur, & non præſumptio, vt declarat Nauarrus in Manuali, cap 17. nume. 283. Sylueſter in verba Lex. quæſt. 9. & colligitur ex cap. Is qui. &c. Tua de ſponſalibus.

Verùm, quia dubia eſt illa interpretatio, reſpondeo, legem Iuſtiniani obligantem hæredem vltra vires hæreditarias eſſe quidem iuſtam in foro externo; quia hæres videtur quaſi contrahere cum creditoribus & legatarijs adeundo ipſam hæreditatem, atque adeò onus ſoluendi ſuſcipere in ſolidum ipſis creditoribus & legatarijs. Cęterùm in foro interiori animę iuſtum non eſſe, vt hęres, qui nihil ex hæreditate ſubtraxit, in plus teneatur quàm defunctus; defunctus autem vltra ſuas uires non tenebatur. Et in foro conſcientiæ non habet locum illa fictio, ſiue pręſumptio à lege inducta, quod hęres adeundo hęreditatem videatur ſuſcipere onus ſoluendi in ſolidum omnia debita, etiam vltra uires hęreditarias. Hæc fictio lege quidem humana inducta eſt, ſed non diuina. Ergo in foro Cæſaris obligabit, non in foro Dei, ſi nihil reuera hæres ſubtraxerit ex hæreditate.

CAPVT XXV.

Poſſitne teſtator inuentarij confectionem hæredi remittere in præiudicium legatariorum & fideicommiſſariorum.

INter omnes conſtat, teſtatorem hęredi remittere nō poſſe inuentarij confectionem in præiudicium creditorum: ſed an remittere poſſit in pręiudicium legatariorum & fideicommiſſariorum, non eſt eadem omnium ſententia. Etenim affirmant Paulus Caſtrenſis, Alexander & Aretinus in l. Nemo poteſt. de leg. 1 Idem Alexander in conſ. 51. lib 6. nu. 18. Decius in conſ. 418. Aymo. conſil. 174. & alij, quos refert & ſequitur Rolandus à Valle de confectione inuentarij, in vltima parte, §. An Teſtator.

Sed negant Bald. in l. vlt. C. arbit. tutelę. Caſtrenſis in l Cum tale. §. 1. ff. de cond. & demonſt. Iaſon in l. Nemo poteſt: in prima lect. ad finem. de leg. 1. Ioan. Crotus ibidem, nume. 52. verſ. Secunda concluſio. Ioannes Annibal. num. 406. Procellinus tractatu de inuentario, cap. 1. num. 15.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt; quia teſtator potuit legata & fideicommiſſa non relinquere, & relicta etiam adimere; ergo multò magis pręiudicare ipſis legatarijs & fideicommiſſarijs remittendo hæredi cōfectionem inuentarij; Præſertim, quia fieri poteſt, vt ipſius teſtatoris interſit, aut hęredum eius, inuentarium bonorū ſuorum non fieri, ne patrimonium eius detegatur; quæ cauſa eſt, vt etiam tutori remitti poſſit confectio inuentarij. l. vlt. C. arbit. tutelæ.

Poſterioris autem fundamentum eſt; quia hæc inuentarij confectio videtur eſſe iure publico introducta, *vt viuentes relictis potiantur, et deficientes cum ſecuritate moriantur: ſcientes, quia lex eis etiam ſepultis miniſtrabit, & quęcunque illi diſpoſuerint, ad effectum ipſa perducet*, vt inquit Iuſtinianus in Nouella de hæred. & Falcidia. non procul à fine: qua ratione etiam conſtat vſufructuario remitti non poſſe cautionem, quam ſecundùm leges pręſtare debet. l 1. C. de vſufruct. l Scire debetis. C. ut in poſſeſſ. legat. Huc accedat, quod ſi remitti inuentarij confectio poſſet, occaſio daretur hæredi delinquendi; quia bona poſſet ſurripere, & occultare in fraudem legatorum & fideicommiſſorum.

Nec obſtat, quod in poteſtate teſtatoris fuerit legata non relinquere; quia etiam in eiuſdem poteſtate eſt non A legare vſumfructum, vel legare etiam proprietatē ſimul cum vſufructu; & tamen cautionem remittere vſufructuario non poteſt.

Addi poteſt ratio, quod nemo poſſit facere, quin leges locum habeant in ſuo teſtamento. l. Nemo poteſt de legatis 1.

Ego ſanè in priorem ſentētiam longè ſum proclinior, & pro eius confirmatione perpendo, hanc fuiſſe rationē conſtitutionis Iuſtiniani, quæ mandat inuentarium cōfici ab hærede, *ut uiuentes relictis potiantur*, ut in ſumma voluntates defunctorum executioni mandarentur. Id ipſe Iuſtinianus teſtatur in d. Nouella de hęredib. & falcid. circa finem. ibi: *Hęc nos uti communiter omnibus profuit hominibus ſcripſimus: quatenus & uiuentes relictis potiantur, & deficientes cum ſecuritate moriantur, &c.* Ergo, ſi voluntates teſtatorum hoc fauore proſequi Imperator voluit, quo magis adimplerentur, vt hęredes cōpelleret ad inuentarium conſcribendum ſub pœnis, de B quibus in ea conſtitutione, non videtur eſſe rationi conſonum, vt ea conſtitutio locum habeat contra uoluntates defunctorum. Quod enim fauore alicuius conſtitutum eſt, non debet in eius odium retorqueri. l. Quod fauore. C. de legibus. & quod ob certum effectum conſtitutum eſt, non debet contrarium operari.

Nec verum illud eſt, hęredibus occaſionem hinc dari delinquendi; quia teſtator inuentarium remittens confiſus eſt de hæredis integritate, & occaſio remota nimis eſt, & ideo non attendenda: Quamobrem in tutore locū non habet, vt patet ex l. vlt. C. arb. tutel Et olim apud veteres, quibus inuentarium Iuſtiniani cognitum non erat hęredibus, nulla vnquam habita eſt ratio huiuſmodi occaſionis & ſuſpicionis.

Et ſanè ego ſic ſtatuo, Iuſtinianum ad eam legem cōdendam motum non fuiſſe, eam præcipuè ob cauſam, vt huiuſmodi occaſionem hæredibus auferret occultandi C res hæreditarias; ſed vt eiſdem conſuleret, ne amplius hęrerent circa deliberationem, an vellent adire, vel repudiare hæreditatem. Ita ſcilicet, vt inuentario confecto, ab omni periculo liberi eſſent, ſicut ipſe Iuſtinianus teſtatur in l. vlt C. de Iure delib. quanquam iuſta fuit ratio auferendi legis beneficium, & obligandi vltra vires hæreditarias eos, qui legem contemnendam putauerint, vt in d. Nouell. de hæredibus & falcidia prolixè habetur.

CAPVT XXVI.

Legatum obſcurum, an in fauorem Eccleſiæ, ſeu piæ cauſę latiùs ſit interpretandum.

SEmper in obſcuris, quod minimum eſt, ſequimur l. Semper. de reg iur. Et ideo in legatis, quod minimum eſt, debetur, ſi obſcura ſit teſtantis voluntas. l. Numis. de leg. 3. Sed controuerſia eſt; an & in legatis D ad pias cauſas idem ſit iuris. Negant enim multi, & multi affirmant, ut videre licet ex Tiraquello de priuilegijs piæ cauſæ. 35. Priuileg. vbi Authores citat copioſè, quibus adde Cagnol. ad l. Sēper in obſcuris. de reg. iur. Couuar. in c. Indicante num. 4 de Teſtam. Menoch. de Pręſumpt lib. 4. Pręſumpt. 106. nu. 33.

Omnis difficultas poſita eſt in l. Titit. §. Seia ff. de auro & argent. leg. quam Doctores tam pro affirmante, quàm pro negante ſententia perpendunt. Eius verba hęc ſunt: *Seia teſtamento ita cauit. Si mihi per conditionem humanam contigerit, ipſa faciam. Sin autem, ab hęredibus meis fieri uolo, iubeoq́; ſignum Dei ex libris centum in illa ſacra ęde, & in patria ſtatui, cum ſubſcriptione nominis mei: quęſitum eſt, cùm in illo templo non niſi ęrea, aut argentea ſint dona, hęredes Seię, utrum ex auro an argento ſignum ponere compellendi ſint, an ęreum? Reſpondi ſecundùm ea, quę proponerentur, argenteum ponendum.*

Igitur

Igitur qui affirmant etiam in legatis pijs id, quod minus eſt, ſequendum, ita legunt textum: *Quæſitum eſt, cũ in illo templo, non niſi aurea, aut argentea ſint dona* Et quoniam Iuriſconſultus reſpondit argenteum ponendum, inde argumẽtarũt, quod minus eſt, deberi. Si enim quid maius eſt, deberetur, aureum præſtandum eſſet.

Qui verò contrarium docent, ita legendum putant: *Cum in illo templo non niſi ærea aut argẽtea ſint dona, &c.* Et ideo inferunt, quod maius eſt deberi; quia Scæuola reſpondit, argenteum ponendum, quod eſt maius, quàm æreum.

Ego non libenter repugno eorum ſententiæ, qui piæ cauſæ fauent, ſed tamen ſi licet, quod probabilius videtur ingenuè fateri, exiſtimo potius legendum *aurea, aut argentea*, quàm *ęrea, aut argentea*; quia textus dicit quæſitum eſſe; Vtrum *heredes ex auro, an argento ſignum ponere compellendi ſint*. Hæc quæſtio non fuiſſet proponenda, ſi in templo non fuiſſent etiam aurea dona. Nam ſi ærea tantùm, vel argentea fuiſſent, quæſtio erat proponenda, an ex ære vel argento hęredes ponere cumpellendi eſſent.

Et licet Iuriſconſultus quærat etiam, an æreum eſſet ponendum, non tamen id ſuffragatur contrariæ ſententiæ; quia licet in templo eſſent dona tantùm aurea, vel argentea, quæri tamẽ potuit, an æreum eſſet ponendum; quia teſtatrix non expreſſerat quale ſignum Dei, id eſt, ex qua materia ponendum eſſet. Et ideo in dubio dicendum videbatur, ſufficere, ſi æreum poneretur ex cẽtum libris à teſtatrice expreſſis. Cõtrarium tamen deciditur, nempe æreum, non eſſe ponendum. Ratio eſt, quia in eo templo dona erant duntaxat aurea, vel argentea, & ideo videtur fuiſſe teſtatricis voluntas, vt ſecundùm ipſius tẽpli conditionem ſignum poneretur, ſcilicet, vel ex auro, vel ex argento. Et quia res erat obſcura, id quod minus hæredes grauabat eligendum erat, atque ideo ad ponendum argenteum compellendi. Hæc mea eſt coniectura, cui tamen piæ cauſæ commodum, & fauores haud grauatè præfero, ſimul & Florentini Codicis authoritatem.

CAPVT XXVII.

An heres conueniri poſſit in rem actione intra tempus, quo inuentarium conficitur.

SIc Iuſtinianus ſtatuit: *Donec tamen inuentariũ conſcribitur, &c. nulla erit licentia, neque creditoribus, neque legatarijs, vel fideicommiſſarijs eos vel inquietare, vel ad iudicium reuocare, uel res hęreditarias, quaſi ex hypothecarum authoritate vendicare; ſed ſit hoc ſpatiũ ipſo iure, pro deliberatione hęredibus conceſſum* l. vlt. §. Donec. C. de iure delib. Hanc legem ſic Doctores magis communiter interpretati ſunt, vt hæres non poſſit à creditoribus, vel legatarijs, aut fideicommiſſarijs conueniri; ſed tanquam poſſeſſor conueniri poſſit actione in rẽ propoſita per eum, qui ſe dominum eſſe alicuius rei, quã defunctus in hæreditate reliquerit contendat, eamque iure dominij vendicet. Nam ad hunc caſum verba legis non pertinent. Vide Alexandrum in commentarijs dicti §. Donec. & poſt eum Rolandum à Valle de confectione inuentarij in 4. parte. §. Quarta eſt vtilitas.

Sed mihi iuſtior interpretatio videtur Cyni & Alberici, qui dixerunt generaliter conueniri non poſſe hæredem, etiam ab ijs, qui nec creditores ſunt, nec legatarij, nec fideicommiſſarij. Nam ſi hęres moleſtari non poteſt à creditoribus & legatarijs, qui actionem habẽt iam certam, tantóque fauore dignam, cur ab alijs poſſet? Expendamus cauſam huius priuilegij, quod hęredi eſt conceſſum, dum inuentarium conſcribitur: *Sed ſit hoc ſpacium* (inquit Imperator) *ipſo iure pro deliberatione hęredibus conceſſum*. Conſequenter moleſtari & conueniri nõ poteſt hæres intra illud tempus; non tanquam hæres, & hoc certum, & expreſſum eſt in textu; ſed nec tanquam poſſeſſor; quia non dicitur poſſeſſor, niſi ſit hæres. Neq; enim intelligi poteſt alio, quàm hęredis titulo is poſſidere, qui hæreditate ſibi delata inuentarium conficit. Quare, ſi non habetur pro hærede intra tempus conſtitutum ad inuentarium conficiendum, ſequitur, vt nec pro poſſeſſore intra idem illud tempus haberi poſſit.

Denique ad rationem legis reſpiciamus. Aliqua enim procul dubio ratio Imperatorem induxit ad inducias illas hæredibus cõcedendas; & illa profectò (neque enim alia facilè occurret) quia hæredes occupati ſunt eo tempore in inuentario conſcribendo, quod ſanè opus requirit diligentiam, laborem, & fidem: citandi & uocandi ſunt legatarij, creditores, res inſpiciendæ, obſeruandę, tabellarijs præſentibus. Itaque viſum eſt ęquum, ut interea hęredes non poſſint inquietari. Hæc ratio legis etiam ad hũc caſum pertinet, de quo noſtra eſt diſputatio: quare, etſi verba legis non inſeruiant, fauet tamen ratio legis; quod ſufficit.

CAPVT XXVIII.

Heres, qui ſimpliciter adiuit hereditatem, nulla facta proteſtatione de inuentario conficiendo, vtrum beneficijs eiuſdem poſtea confecti perfruatur.

ANgelus ad l. 1. § Hæc ſtipulatio ff. Si cui plus quã per legem Falcid. circa inuentarium docuit hęredis proteſtationem, antequam is hęreditatem adeat neceſſariam eſſe, qua ſcilicet declaret velle ſe inuẽtarium conficere, & eius beneficijs uti: quod ſi ſimpliciter, ac purè hęreditatem adierit nulla proteſtatione facta, non profuturam ei confectionem inuentarij. Motus eſt in hanc ſententiam ex l. vlt. C. de iure delib. in illis verbis: *Cum igitur hęreditas, ad quendam ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato delata ſiue ex aſſe, ſiue ex parte, ſiquidem recta uia adire maluerit hęreditatem, & ſpe certiſſima hoc fecerit, uel ſeſe immiſcuerit, ut non poſtea eam repudiet: nullo indiget inuentario, cùm omnibus creditoribus ſuppoſitus eſt, vtpote hęreditate et ex ſua uoluntate infixa.*

Sed hanc ſententiam meritò poſteriores interpretes repudiarunt, vt conſtat ex Rolando de confectione inuentarij in 4. parte, § Beneficium inuentarij. quia nõ alia eſt ſententia Imperatoris, quàm hęredi ſic adeunti neceſſarium non eſſe inuentarium, cùm ſcilicet ſpe certiſſima hoc fecit, quod lucroſa ſit hęreditas, & nullo ſit opus inuentario, ut indicant illa verba, *nullo indiget inuentario, &c.* Et illa verba *ſpe certiſſima hoc fecerit*, quibus verbis non negat Imperator, hęredi competere beneficia inuentarij, ſi illud conficeret; ſed negat opus eſſe inuentario, & ſignificat hęredem poſſe illud omittere, ſi velit; ſicut etiam hęreditatem repudiare eam poſſe, qui ſimili modo non titubante animo eam reſpuendam, vel abſtinendam crediderit, vt ſtatim Imperator ſubdit. Quod ſi hæres ſimpliciter agnouerit hæreditatem, & fortan dubius, an ſit vtilis, vel damnoſa futura, inuentarium poſtea conficere voluerit, non dubium eſt, quin ei profuturum ſit inuentarium. Sic enim ſubiungit Iuſtinianus: *Sin autem dubius eſt, utrumne admittenda ſit necne defuncti hęreditas; non putet ſibi eſſe neceſſariam deliberationem, ſed adeat hęreditatem, uel ſeſe immiſceat: omni tamen modo inuentarium ab ipſo conficiatur, &c.*

Ex quibus omnibus apparet, tres conſtitui caſus ab Imperatore. Primus eſt eius hæredis, qui certiſſima ſpe adductus hęreditatem agnoſcit, & inuentarium propterea negligit, & hunc dicit non indigere inuentario, & obligatum eſſe creditoribus omnibus ſimpliciter.

Secundus

Secundus caſus eſt hęredis, qui deliberauit hęreditatem non adire, eamque repudiauit, & hunc dicit alienum eſſe ab hæreditate, ſiue damnoſa, ſiue lucroſa ſit. Tertius eſt illius, qui vult quidem hæreditatem adire, ſed non incertus eſt de eius uiribus, quin fortaſſe eam ſibi repudiandam iudicet, & hunc dicit adire poſſe, ac ſeſe immiſcere, deinde inuentarium facere oportere intra conſtitutum tempus. Nullam Imperator à tali hærede proteſtationem requirit, antequam hæreditatem agnoſcat, ſed ait ſimpliciter, & abſolutè, *adeat hæreditatem, vel ſeſe immiſceat, omni tamen modo inuentarium ab ipſo conficiatur.* Hæc paulò fuſius explicaui; quoniam etſi omnes ab Angelo recedant, pauci tamen hanc rem ediſſerunt. Tunc autem arbitramur nos aliquid ſcire, cùm cauſam cognouerimus, & fundamentum rei.

CAPVT XXIX.

Hæres, qui fecit inuentarium, an detrahere poſſit ſumptus factos in litigando pro defendenda hæreditate?

SEd & controuerſia eſt, ſi hæres, qui inuentarium cōfecit, ſumptus fecerit pro defendenda hæreditate, quam alius ſibi uindicabat in iudicio, poſſitne eos detrahere? Variæ ſunt doctorum ſententiæ. Prima eſt, non poſſe, ita docuit Baldus in l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib quem uidetur ſequi Paulus Caſtrenſis in commentarijs eiuſdem loci; & fundamentum eſt, quia non dicitur hæres hoc in caſu ſumptus feciſſe pro hæreditate, ſed pro ſua utilitate, ut ſcilicet hæreditatem obtineret. Et ideo non debet eiuſmodi ſumptus detrahere, ſicut non detrahit ſumptus, quos alioqui pro ſua neceſſitate feciſſet domi, ut in l. Sed etſi lege. §. Quod autem. ff. de petit. hæredit.

Secunda eſt ſententia Angeli, quem ſecutus eſt Alex. in eodem loco, ſumptus detrahi poſſe ab hærede, quos fecit in litigando, ſi obtinuit. Fundamentum eſt, quia vidētur fieri hæreditatis gratia, ut ſcilicet illum habeat in dominum, quem defunctus uoluit, uel ex teſtamento, uel ab inteſtato, iuxta l Conficiuntur. ff. de iure codicillor.

Adducitur pro confirmatione, quod habetur in cap. Vt præteritæ. de elect. & in l. Iam tamen. §. In hac ſtipulatione. ff. iud. ſolui.

Tertia eſt ſententia Cornel, in commentarijs eiuſdem loci, ſi hæres expenſas fecit occaſione hæreditatis, quas non repeteret ab alio, puta in confectione inuentarij, in inſtrumento ipſius teſtamenti, & ſimilibus, ſine quibus ſe defendere non poſſet, tunc eas detrahere poſſit, & eo in caſu locum habeat Angeli ſententia; in alijs verò ſententia Baldi.

Quarta eſt ſententia Iaſonis, in d. §. In computatione. ſi hæreditas ſoluendo non ſit, expenſas iſtas poſſe detrahi: & videtur eſſe eadem cum ſententia Angeli.

Animaduerto Angeli ſententiam magis communiter receptam eſſe, vt intelligi poteſt ex Emiliano in conſilio 15. Rolando a Valle, de confectione Inuentarij in 4. parte. §. Quid de expenſis. & Marzario de fideicommiſſis, in vltima parte Epitom. quæſt. 67. E tomnibus maturè conſideratis veriorem quoque iudico, argumento textus in d. l. vlt. § In computatione. C. de iure delib. vbi Iuſtinianus ita ſcribit: *In computatione autem patrimonij, damus ei* (ſcilicet hæredi) *licentiam excipere, & retinere quicquid in funus expendit, vel in teſtamenti inſinuationem, uel inuentarij confectionem, uel in alias neceſſarias cauſas hæreditarias approbauerit ſe perſoluiſſe*. illa uerba; *uel in alias neceſſarias cauſas*, videntur dirimere quæſtionem iſtam. Nam negari non poteſt, quin hæc ſit cauſa neceſſaria, cùm hæreditas defenditur aduerſus eos, qui A eam iniuſtè uendicare, ac auferre conantur lite mota; quare communiorem hanc ſententiam, & ipſe probo?

CAPVT XXX.

Hęres, qui confecit inuentarium, an damnum ſentiat ex interitu rerum hæreditariarum.

CErtum eſt damna, quę ex rerum interitu poſt teſtatoris mortem acciderint, ad hæredem pertinere, non autem ad legatarios, niſi ſpecies, id eſt, certa corpora relicta ſint, quæ abſque mora hæredis perierint: vt in l. ratione. 30. Diligenter ff. ad legem Falci. Cęterùm eſt controuerſia, an idem iuris ſit in eo hęrede, qui inuentarium confecit. Et negat Bart. idem iuris eſſe tam in d. §. Diligenter. quàm in l. vlt. §. Etſi præfatam. C. de iure delib. quem ſecuti ſunt Alex poſt alios, quos citat in dict §. B Diligenter. nec non Iaſon, & Corneus in d § Etſi præfatam. dum loquuntur de ſexta utilitate inuentarij.

Fundamentum eſt: quia hæres, qui confecit inuentarium, debet eſſe ſine damno, vt in d. §. Etſi prętatam: Deinde, quia hæres eſt debitor quantitatis reſpectu certæ ſpeciei, id eſt, propter res hęreditarias & earum reſpectu. Debitor autem quātitatis reſpectu certę ſpeciei, interitu ipſius ſpeciei ante moram liberatur, ut notant omnes in l. Quod te. ff. ſi certum petatur. & dixi lib. 2. Controuerſiarum iuris. cap. 71. in prima parte.

Cęterùm, Caſtrenſis in d §. Etſi prętatam. contrarium docuit, nimirum periculum & damnum interitus rerum pertinere ad hęredem, quoties poſt aditam hæreditatem contigit. Sequitur eandem ſententiam Ripa in l. 1. §. Si is qui quadringenta. nu. 9. ad legem Falcid. & Rolandus à Valle, de Confectione inuentarij in 4. parte. §. Sexta eſt vtilitas.

Fundamentum eſt: quia poſt aditam hæreditatem, ſi C illa ſit ſoluendo, hæres dicitur obligatus eſſe in ſolidum legatarijs, & conſequenter rerum interitu non liberatur. l. Incendium. C. ſi certum petatur. Huc accedat, quod olim hæres etiam nullo inuentario confecto, non tenebatur legatarijs ultra uires hæreditatis. Lege prima. Si is qui quadringenta. ff. ad legem Falcid. & tamen periculum interitus ad eum, non autem ad legatarios ſpectabat, ut habetur in dicta l. In ratione. §. Diligenter. ff. ad leg. Falcid.

Prior ſententia mihi magis probatur: quia quod hęres inuentarium conficiens nullum damnum ſubire debeat, certum, & exploratum eſt, ex d. l. vlt. Etſi præfatam. & ex Nouella de hęred & Falcid § Hinc nobis: ibi. *Homines excepimus ex damno rerum ſuarum, &c.* Quod autem, ut dicebat Paulus Caſtrenſis in ſolidum hæres teneatur poſt aditam hæreditatem, quando eſt ſoluendo, ualde incertum eſt: nam etſi hæres tunc legata ſoluere teneatur, & debita defuncti, tamen dicit textus in d §. Etſi D præfatam. *Et ſatisfaciant* (hæredes) *ex hæreditate defuncti uel ex ipſis rebus, uel earum forſitan venditione.* Ex quibus verbis iudicatur, hæredibus licere res hæreditarias, aut uendere, aut in ſolutum dare creditoribus, & legatarijs, & conſequenter hæredes non eſſe abſolutè, & ſimpliciter obligatos ad ſoluendum ex ſua ipſorum ſubſtantia, & bonis: Quare, ſi ipſę res hæreditariæ non extent, uidentur hæredes liberari ab onere ſoluendi: & ſic fundamentum Pauli Caſtrenſis non ſubſiſtit.

Quod uerò Caſtrenſis urgebat, olim quoque ultra uires hæreditarias obligatos hæredes non fuiſſe ad ſatisfaciendum legatarijs, & tamen damnum ex interitu ad eos pertinuiſſe, non deterret nos ab hac ſententia: quoniam ea comparatio non eſt idonea, quæ ſit inter hæredem reſpectu legatariorum, ſecundum ius antiquum, & hæredem, qui inuentarium conficit, ſecundum ius nouum: propterea quod hęres, qui facit inuentarium ex le-

CAPVT XXXIII.

Vtrum hæres, qui inuentarium non confecit, deducere poſſit id, quod ſibi à defuncto debebatur aduerſus eum, cui ex Trebelliano reſtituit hæreditatem.

HÆc eſt maximi momenti controuerſia; ergo non parum accurratè tractanda & explicanda. Hęres grauatus per fideicommiſſum hæreditatem alteri reſtituere; vtrum, ſi non confecerit inuentariũ, actiones, quæ illi competunt aduerſus defunctum, amittat; an verò ſaluæ ei maneant, ut proinde hæreditatem fideicõmiſſario reſtituendo deducere & petere poſſit, vel retinere id, quod ſibi debetur? Nam ſi inuentarium confecerit, explorati iuris eſt, actiones non confundi, ex l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib.

Communis eſt ſententia non confundi actiones hoc in caſu, & ideo hæredem poſſe, quod ſibi debetur, retinere, vel deducere, aut etiam petere. Ita docuit Baldus in l. Debitori. C de Pactis. Paulus Caſtrenſis in l. Ita tamen. §. Si ex Trebelliano. ff. ad Trebellianum, & ibidem etiam Alexander, & ita ſæpe reſpondit idem Caſtrenſis & Alexander Socinus ſenior & iunior, & plurimi alij, quos adducit Rolandus à Valle, de confectione inuentarij, parte 4. §. Pone hæres. Adde Crauettam in conſilio 144. numero 7.

Contrarium docuerũt Imola in l. Ab omnibus § vlt. de leg. 1. & in l. Debitor ad Trebell. & Ruinus in conſi. 99. num. 4. lib. 2.

Videamus argumenta. Communis ſententię argumẽta hæc ſunt. Primum ex l. Debitor. ff. ad Trebell. vbi patet actionem pignoratitiam ſaluam manere hęredi debitoris, licet inuentarium non confecerit; non enim id requirit ibi Iuriſconſultus.

Secundum eſt ex l. In imponenda. & l. Irritum. C. ad legem Falcid vbi patet, in imponenda ratione legis Falcidiæ aduerſus legatarios deducendum eſſe, quod hæredi debetur; Ergo & idem videtur eſſe ſtatuendum aduerſus fideicommiſſarios.

Tertium eſt ex iuris ratione Nam ſicut olim hæres abſque inuentario in ſolidum legatarijs non tenebatur; quia poterat Falcidiam deducere; ita nunc non tenetur fideicommiſſario vltra vires hæreditarias, imò Trebellianicam deducere poteſt; neque enim eius detractio prohibita videtur, etiam hodierno iure, licet inuentariũ non fuerit confectum, ſecundum veriorem & communiorem ſententiam.

Quartum eſt argumentum; quia hæres per fideicommiſſum reſtituere hæreditatem rogatus, non intelligitur grauatus reſtituere, niſi id, quod eſt in hæreditate; & ideo non tenetur vltra vires hæreditarias, nec ſi fideicommiſſo propria hæredis bona continentur, vt conſtat ex l. Cohæredi §. Cùm filiæ ff. de vulg. & pupill.

Nec obſtat textus à contrario ſenſu in l. vlt. §. In Computatione. C. de iure delib. quia argumentum, quod ſumi poteſt, actiones confundi inuentario non confecto, locum habere poteſt cõtra legatorios inſpecto nouiſſimo iure, & contra creditores nouo & antiquo iure, ſed non contra fideicommiſſarium: quia nec olim, nec hodie tenetur hęres fideicommiſſario vltra vires hæreditaris.

Fundamentum autẽ contrariæ ſententiæ poſitum eſt in d. l. vlt §. In computatione C. de iure delib à contrario ſenſu, quia dum ibi dicitur actiones non confundi hærede inuentarium conficiente, argumentum eſt cõfundi, ſi inuentarium hæres non conficiat. Et eſt regula generalis: ſi creditor debitori ſuccedat, quod actiones confundantur, quia non poteſt idem eſſe debitor & creditor. l. Debitori. C. de pactis. Hęc alij.

A Nunc quid ipſe ſentiam paucis explicabo. Ego puto, ſi actio aduerſus defunctum competens ſit realis, puta pignoratitia, ſiue hypothecaria, vel rei vendicatio, ſimiliue, illam non confundi, licet hæres inuentarium non confecerit; Cæterùm ſi perſonalis ſit actio, non dubito, quin cõnfundantur Pro huius ſententiæ confirmatione adſero textũ in l. Debitor. ff. ad Trebellian. Papinianus: *Debitor ſub pignore, creditorem hæredem inſtituit, eumq́; rogauit reſtituere hęreditatem filiæ ſuæ, id eſt, teſtatoris: cũ nollet adire ut ſuſpectam, coactus iuſſu prætoris adijt & reſtituit: cum emptorem pignoris nõ inueniret, deſiderabat permitti ſibi iure dominij id poſſidere: Reſpondi: aditione hæreditatis, confuſa quidem obligatio eſt Videamus autem ne & pignus liberatum ſit, ſublata naturali obligatione. At quin ſiue poſſidet creditor actor, idemque hæres rem, ſiue non poſſidet: videamus de effectu rei, etſi poſſidet, nulla actione à fideicommiſſario conueniri poteſt, neque pignoratitia, quoniam hęreditaria eſt actio: neque fideicom-* B *miſſum quaſi minùs reſtituerit, rectè petetur; quod eueniret, ſi nullum pignus interceſſiſſet: poſſidet enim eam rem quaſi creditor. Sed etſi fideicommiſſarius rem retineat, & hic Seruiana actio tenebit: verum eſt enim non eſſe ſolutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cùm amiſſa eſt actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, ſed etiam petitio, pignoris nomine competit, & ſolutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.*

Hic vides illa verba poſtrema: *Remanet ergo naturalis obligatio propter pignus.* Quæ ſignificant propter alia obligationem eſſe confuſam, ſed remanere propter pignus: quod & ſuperiora verba indicant, illa ſcilicet: *Reſpondi aditione hęreditatis obligatio quidem cõfuſa eſt.* Confuſione igitur tollitur perſonalis obligatio, non realis: & ratio eſt. vt inquit Iacobus Cuiacius ad Aphricanum Tract. 9. quia confuſio perſonarum non mutat C cauſam rerum. l. Cùm quis. §. vlt ff de ſolutio ibi: *Quamuis ex fideiuſſoria cauſa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit.*

Dices valdè iniquum videri, ſi hæres rogatus ſit hæreditatem reſtituere, quod ſibi debetur, deducere non poſſit, præſertim verò ſi coactus adierit hęreditatem, vt in illa ſpecie d. l. Debitor. Reſpondeo, iniquum nõ eſſe; quia primo inuentarium facere poterit, & actiones ei ũt ſaluæ: Secundò, quia ſi non coactus adijt hęreditatem, detrahere poteſt quartam partem ex Trebelliano. Tertiò, quia cogi non poterit adire, niſi quidquid ſua intereſt, & omne damnum & lucrum à fideicommiſſario ſarciatur, vt in l. Apud Iulianum. ff, ad Trebell. & ſic etiam id, quod ſibi debetur, petere poteſt ex hæreditate deduci: Si ergo non petierit id deduci, ſibi imputare debebit.

Ex hac autem concluſione noſtra perſpicuum eſt, rectè reſpondiſſe eos, qui dixerunt, deduci ab hęrede poſ- D ſe aduerſus fideicommiſſarium, bona ipſi hæredi debita ex cauſa fideicommiſſi; Item bona dotalia ſiue dotes Nã conſtat, bona ex fideicommiſſo debita vendicari poſſe euueniente conditione. l. pen §. Sin autem. C. commu de leg. & pro dote actio hypothecaria competit. l. Vn. C. de rei vx act. quare eiuſmodi actiones tanquam reales, hæreditatis aditione non confunduntur.

Cæterùm actiones merè perſonales confunduntur, vt dictum eſt, niſi hęres coactus adire, cautione in id, quod intereſt, petita ſibi proſpexerit.

Huic concluſioni non obſtant argumenta cõmunioris ſententiæ. Nam quod attinet ad d. l. Debitor. iam reſponſum eſt, & ſatis clarè demonſtratum, niſi fallor, ea lege, perſonalem obligationẽ confundi hęreditatis aditione, non autem realem.

Quod verò attinet ad l. In imponenda. & ad l. Irritũ. C. ad leg. Falcid. nihil aliud dicũt, niſi in ponenda ratione legis Falcidiæ, deductionem, & computationem fieri eius, quod defunctus hęredi debuit, & contrà: hoc ideo,

quia

quia initur ratio omnium bonorum, quæ mortis tempore fuerunt, perinde atque ſi ea bona, quæ tunc fuerunt, nunc quoque eſſent, nec vlla confuſio ſuperueniſſet ex aditione hæreditatis. Mortis autem tempore fuit es alienum, vel nomina debitorum, quę propterea vel in bonis numerantur, vel ex eis deducuntur.

Ad tertiam argumentum reſpondeo, hęredem nõ teneri fideicommiſſario vltra vires hæreditatis, id concedo; ſed non inde rectè infertur eum deducere poſſe id, quod ſibi debetur. Nam remedium habet, quo ſuæ indemnitati proſpiciat, licet actio perſonalis confundatur, vel ex deductione Trebellianici quadrantis, vel ſi coactus adierit, vt curet ſibi ab ipſo fideicommiſſario caueri, quod nullum damnũ patiatur, iuxta Legem, Apud Iulianum. ff. ad Trebellian. & conſequenter, ut quod ſibi debetur, ſoluatur, aut deduci ex hæreditate permittatur.

Ad poſtremum argumentum reſpondeo, in fideicommiſſo non contineri hæredis grauati iura & bona; & ſic etiam nos dicimus, reales actiones & iura in rem non confundi: ſed confunduntur tamen perſonales actiones, niſi vel inuentarium ſit confectum, vel curet hæres ſe non aliter ad adeundam hæreditatem cogi, quàm ſi omne damnum & lucrum ſibi à fideicommiſſario refundatur.

CAPVT XXXIV.

Hæres, qui inuentarium non confecit, an in ſolidum teneatur, ad præſtandum legatum alimentorum?

ALimenta iudicis arbitrio taxanda & moderanda, vt ſecundùm perſonę dignitatem, & patrimonij quantitatem, regionisque conſuetudinem ea decernat, & ex alijs cauſarum circumſtantijs, in confeſſo eſt apud omnes, vt per Menoch. de Arbitr. iudicum, caſu 169. Iam verò facti ſpecies hęc proponitur, Teſtator alimenta legauit, hæres inſtitutus inuentarium non confecit, legatarius ea petit ſibi præſtari abſolutè ac in ſolidum: Hæres excipit facultates eſſe exiguas, & ſecundùm illarum modum eſſe præſtanda, quæritur quid iuris. Reſpondet Baldus in l. Voluntatis. C. de fideicõmiſſis. præſtanda eſſe arbitrio iudicis ſecundùm quantitaté, & vires patrimonij & hæreditatis. Sequitur Aretinus in rubr. ff. de acquiren. hæred columna tertia, verſic. Vnde Alexander ibidem in fine. Vitalis in tract. de Clauſulis, titu Nil nouari inuentarij confectione pendente: numero 56. verſi. Quintus caſus.

Fundamentum eſt; quia hæc eſt legitima interpretatio legati alimẽtorum, ad quam teſtator reſpexiſſe intelligitur. Nec inuentarij omiſſio obſtare poteſt; quia hæres inuentarium conficiens non tenetur ad plus pręſtandũ, quàm legati qualitas expoſcat.

Cęterùm hæredem inuentarium non conficienté in ſolidum teneri ad alimenta legatario præſtáda, Iaſon exiſtimauit in l. vlt. § Etſi pręfatam. in 4. limit. C. de iure delib. Natta in conſilio 387. num. 9. Cotta in Memorial. in verſ. Inuentarij confectio. Addentes ad Matheſilanũ ſingul. 157 nu. 6 & alij, quos refert & ſequitur Rolãdus à Valle de cõfectione inuentarij. in vltima parte. 8. Quid ſi teſtator.

Fundamentum eſt; quia hæres inuentarium non conficiens in ſolidum tenetur creditoribus & legatarijs, vt in d. §. Etſi pręfatam. & in Nouella de hęredibus & Falcid. §. Si vere non fecerit, quia pręſumitur ſubtraxiſſe res hæreditarias; Ergo in ſolidum præſtare debet alimenta; quia hæreditas præſumitur eſſe ſufficiens pro alimentis à teſtatore relictis.

Ergo in poſteriorem hanc ſententiam facilè deſcenderem, ſi verum eſſet illud, quod in argumẽto adſertur, nimirum hæredem inuentarium non conficientem pręſumi ſubtraxiſſe res hæreditarias: ſed vereor, vt verum ſit: Nemo enim præſumitur delinquere. l. Merito. ff. pro ſocio. Nec Iuſtinianus in d. Nouella. de hęred. & Falcid. hoc dixit, hæredem videlicet pręſumi aliquid ex rebus hęreditarijs ſubtraxiſſe, ſed dixit: *Ne per ea, quę fortè ſubtraxerunt, inducere tentent Falcidiam.* Itaque, ſi hęres velit Falcidiam deducere eo nomine, quod legata dodrantem hęreditatis excedant, id vetat Imperator, hæredi exprobans culpam, cur non fecerit inuentarium? Poſſet enim fieri, vt hæres bona aliqua ſubtraheret; deinde diceret, bona non eſſe ſufficientia, nec remanere ſibi Falcidiam. Ad occurrẽdum huic fraudi nõ quidem à legumlatore pręſumptæ, ſed ne committatur, verenti ac timenti mandat inuentarium confici. Sicut exempli cauſa: Ne circa teſtamenta fraudes committantur, lex multa introduxit ſolennia, & numerum teſtium, & alia; non tamen rectè quis dixerit teſtamentum conditum non adhibitis tot ſolennibus, ſtatim falſum præſumi. Nullum quidem erit, ſed non falſum ſtatim præſumitur. Itaque hæres, qui inuentarium non confecit, in ſolidum quidem tenetur creditoribus & legatarijs, ſed non tenetur niſi ſecundùm legati qualitatem & naturam. Et ideo in propoſita ſpecie concludo priorem ſententiam probabiliorem videri. Et tãtò magis, ſi hæres, qui non confecit inuentarium, paratus eſſet probare, non alia in bonis hæreditarijs relicta eſſe à teſtatore, quàm ea, quæ ipſe fatetur & indicat: Tunc enim valdè iniquum eſſet illum condemnare in ſolidum ad præſtanda legatario alimenta, non habita ratione rerum hæreditatis, quæ verè conſtat fuiſſe tempore mortis teſtatoris, atque ita ſentio.

CAPVT XXXV.

Si filius patria poteſtate aliter, quàm per emancipationem liberetur, puta per dignitatem Epiſcopalem, vel Patriciatus honorem, vel per Matrimonium contractum, vbi ex conſuetudine, vel ſtatuto Ciuitatis liberatus eſſe intelligitur a patria poteſtate, an pater vſumfructum amittat bonorum aduentitiorum & maternorum.

OMiſſo nunc inuentario hæredis, de quo ſat multa diximus, ad patremfamilias reuertamur. Filius liberatur patris poteſtate per Patriciatus honorem, vel Epiſcopalem dignitatem. § Filiusfamil. in Inſt. Quibus mod. ius patriæ poteſtat. ſol. Auth. Sed Epiſcopalis. C. de Epiſcop. aud. Multis etiam in Ciuitatibus cõſuetudo, vel ſtatutum extat, per Matrimonium ab ipſo filiofamil. contractum patriam ſolui poteſtatem; Quæritur, an pater vſumfructum amittat, quem habet in bonis aduentitijs & maternis, iuxta Legẽ primam, C. de bonis maternis. Lege cum oportet. C. de bonis, quæ liberis. Videntur mihi pugnantes Doctorum ſententiæ. Nã multi dixerunt, patrem non amittere vſumfructum, licet filius patria poteſtate liberetur propter dignitatem, vel Epiſcopalem, vel Patriciatus honorem, vel aliam qualitatem, vt videre licet ex Aſcanio Clemente de patria poteſtate, cap. 6. effectu 2. nu. vigeſimotertio. Rurſus multi affirmarunt, patrem vſumfructum amittere, ſi filius patris poteſtate liberetur per Matrimonium contractum, vt intelligi poteſt ex Boerio deciſ. 197. nu 6. 7. & 8 Domino meo Cephalo in conſilio 423. nume. 54. libro tertio, Ioan. Schneideuin. ad titu. de patria poteſtate, numero quadrageſimoſeptimo, & ibi etiam VVeſembec. & de conſuetudine Luſitaniæ. Pinello ad l. 1. C. de bonis matern. in 1. parte, nu. 39.

Fundamentum prioris ſententię eſt in l. vltima. C. ad Tertyll.

Tertyl. & in l. 2 C de vſuſruct. quibus legibus probatur, ceſſante patria poteſtate per mortem filij, non ceſſare vſumfructum patri quæſitum: & ratio illa adſertur, quia ceſſante cauſa non ceſſat effectus, quando iam eſt conſummatus & perfectus. l. vlt. ff. vnde liber. Bart. in l. 2 §. vlt. ff de donat. Sed hic effectus eſt conſummatus; quia patri eius quæſitum eſt, ergo licet ceſſet patria poteſtas, non debet amitti.

Iſtis non obſtantibus poſteriorem ſententiam longè probabiliorem eſſe iudico, & moueor, quia id videtur eſſe legibus noſtris conſentaneum, & rationi quoque, vt filius ſui iuris effectus integro iure bona ſua obtineat, nec eorum vſuſfructu careat, cùm pro patrefamilias habeatur. Id probatur primò ex l. Cum oportet. §. Cum autem. C. de bonis, quæ lib. Ex qua lege ita argumentari licet: Si pater non amittere vſumfructum iam acquiſitũ filio eius poteſtate liberato, nulla ratio adferri poſſet, cur, ſi per emancipationem filius eius poteſtate liberetur vſumfructum omnium bonorum pater non retineret: Neque enim minus iuris pater habet in bonis filij eum emancipando, quàm ſi aliter, quàm per emancipationem patria poteſtas tollatur: imò plus iuris habet, ſiquidem in præmium emancipationis dimidiam partem habet vſuſfructus, vt in d. l. §. Cum autẽ. Cùm igitur per emancipationem factam pater vſumfructum non retineat, ſed illam duntaxat dimidiam, quam in præmium habet emancipationis; inde argumentum ſumi poteſt fortiſſimum, nullum vſumfructum patrem retinere ſoluta patria poteſtate aliter, quàm per emancipationem: tunc enim nullum præmium patri debetur; quia ipſe nõ eſt cauſa, vt tollatur patria poteſtas, ſed filius liberatur patris poteſtate legis beneficio.

Secundò, nam certum eſt vſumfructum patri deberi ratione patriæ poteſtatis. l. Cum oportet. C. de bonis, quę liber. ibi: *Eorum vſusfructus apud patrem, vel auum, vel proauum, quorum in ſacris ſit conſtitutus, permaneat.* Et quod ad bona materna attinet, illud eſt certiſſimũ; quia dos materna ad filios ſpectat, tanquam hęredes matris, l. Vna. §. Illa procul dubio. C. de rei vxo. act. & ideo pater nihil iuris habere poteſt, niſi ex pactis nuptialibus, vt ibi dicitur, vel ex ſtatutis lucrum dotis ipſi deferatur, alioqui ijs ceſſantibus nullum ius habet, niſi quoad uſumfructum, & id ratione patrię poteſtatis: Eſt enim neceſſe, vt inde illud ius oriatur, cùm aliunde non poſſit oriri, & ſubrogatum eſt in locum plenę acquiſitionis, quæ olim patri deferebatur, bonorum filij, vt in §. Igitur liberi noſtri in Inſtit. Per quas perſonas nobis acquiritur.

Denique, ſi pater vſumfructum retineret in bonis filij, quia iam ſui iuris effectus eſt, nõ liceret filio ea bona obligare, uel alienare ſine patris conſenſu. argum. l. vlt. §. Filijs autem familias, C. de bonis, quę lib. Quod tamen eſt abſurdum, cùm filius ſit dominus, & ſui iuris iam effectus, & pro patrefam habeatur, & contrahentes quodammodo deciperentur; qui nullum patris conſenſum exigerent.

Non obſtant argumenta contrarię ſententię. Nam quod ad l. vlt. C. ad Tertyll. attinet, & ſimiles, quibus dicitur, mortuo filio patrem nihilominus retinere vſumfructum reſpondeo, illam facti ſpeciem longè differre ab hac noſtra, quãdo ſcilicet filius viuit, & ſui iuris effectus eſt: tunc enim rationi conuenit, ut ipſe ſua bona poſſideat, & eis vtatur, ac fruatur, non pater, ex cuius ſacris ſolutus iam eſt. At cùm mortuus eſt filius, tunc nihil obſtare poteſt patri ſuperuiuenti, quo minus vſumfructum bonorum filij aduentitiorum retineat in dies vitę ſuę.

Quòd verò dicebatur, ceſſante cauſa non ceſſare effectum, qui iam conſummatus & perfectus eſt, vt maximè verum ſit, (eſt autem generale brocardicum) non poteſt ad ſpeciem hãc noſtram accommodari, quoniam, ſi locum in quęſtione noſtra haberet, ſequeretur patrem vſumfructum acquiſitum ex patria poteſtate non amittere, licet filium emanciparet: quia uidelicet effectus acquiſitionis erit iam perfectus, & conſummatus, quod tamen eſt falſum, & contra l. Cum oportet. §. Cum autem. C. de bonis, quæ liber. ubi datur tantùm patri dimidia in præmium emancipationis ipſius vſuſfructus.

CAPVT XXXVI.

Hęreditatis diuiſio, an peti poſſit poſt longiſſimum tempus.

COhæredes in communione manſerunt triginta annis, poſtea unus alterum ad diuiſionem prouocat hæreditatis, utrum ſit audiendus? Negauit ſemper Accurſius exiſtimans longiſſimi huius temporis ſpatio actionem familiæ herciſcundæ tolli in l. 1. §. Nemo. in B uerb. Communi diuidundo. C. de annali except. & in l. 1. verſ. Cohæredibus. ff. Famil. hercisc. & alibi, Accurſium ſecuti ſunt Iacobus Butrig. Baldus, & Angelus in dicto §. Nemo. & alij nonnulli ex antiquioribus, quos commemorat Iaſon in §. Quædam. numer. 28. in Inſtitut. de action.

Fundamentum uerò eſt in d. §. Nemo. vbi Imperator ita dicit: *Nemo itaq; audeat, neq; actionem familię herciſcundę, neque communi diuidendo, neque finium regundorum, neque pro ſocio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cuiuſcunque perſonalis actionis vitam longiorem eſſe XXX. annis interpretari.*

Nec obſtat, ſi dicatur, neminem inuitum in communione retineri poſſe. l. ult. C Commun. diui. Item, ſi conuenıat, ne omnino a diuiſione diſcedatur, huiuſmodi pactum nullas uires habere. l. In hoc iudicium. § Si conuenıat. ff. Commun. diuid. Ergo, nec uires habere temporis præſcriptionem: quia reſpondetur in aliquibus caC ſibus eſſe conſtitutum, ut quis inuitus in communione retineatur, ut in l. ult. ff. de alien. iud. mutan. cauſa fact. & in l. Pupillorum. ff. de rebus eorum, qui ſub tuto. Et conſequenter idem, & in propoſito caſu conſtituendum uidetur propter longiſſimum tempus. Et licet illud pactum non ualeat, non tamen ſequitur præſcriptionem non ualere.

Cæterùm affirmarunt diuiſionem peti poſſe, non obſtante longiſſimi temporis lapſu in ſpecie facti ſupra dicta, magis communiter Doctores, quos ſequor: Bartolus in dicto §. Nemo. & ibidem Cynus. Baldus ſibi non conſtans in l. ult. C. fin. regund. Iaſon alios adducens in d. §. Quædam. nume. 31. in Inſtit. de actio. & ibidem Zaſius nu. 10. Quorum fundamentum eſt in d. l. ult C. Commun diuid. ubi nemo inuitus cogitur in communione permanere.

Ad textum in dict. l. prima. §. Nemo. C. de annali except. reſpondent familiæ herciſcundæ actionem uitam D longiorem XXX. annis non habere, *Ex quo ab initio competit, & ſemel nata eſt*, ut inquit ibi Imperator. Sed actio iſta non oritur, niſi ex uoluntate cohęredum, qui uidelicet diuidere uolunt hæreditatem: & ex eo tempore competit, quo alter alterum ad diuiſionem prouocauit. Verùm donec communiter, ac pro indiuiſo bona poſſident, non oritur actio iſta: quare nec lapſus triginta annorum ex eo tempore, quo in communione cohæredes bona poſſident, inducere poteſt præſcriptionem, & actionem extinguere: ſed requiritur lapſus triginta annorum ex eo tempore, quo cohæredum alter diuidere uoluit, & alterum ad diuiſionem prouocauit.

Hanc reſponſionem Accurſius non ignorauit, & ideo ſemper eam confutauit, dicens: Actionem famil. hercıſc. oriri ex quaſi contractu, ut in §. Item ſi inter aliquos in Inſtit. de oblig quæ ex quaſi contr. non autem ex uoluntate hæredum.

A Et reuera non eſt bona reſponſio. Nam Familiæ herciſcundæ actio oritur ex legibus XII. tabularum. Namque cohæredibus volentibus à communione diſcedere, neceſſarium videbatur aliquam actionem conſtitui, qua inter eos res hæreditariæ diſtribuerentur. l. 1. ff. Familiæ herciſcundę. Et ſine dubio competit ex eo tempore, quo hæreditas eſt adita. Nam hæc actio eſt mixta in rem & in perſonam, vt in §. Quædam in Inſtit. de actio. In rem dicitur, reſpectu portionis hæreditatis, quæ ad ipſum cohæredem pertinet: quia cohæres vẽdicat dominium rei ſuæ, ſcilicet hæreditatis portionem ad ſe pertinentem. In perſonam autem dicitur, reſpectu portionis alterius cohæredis. Etenim in diuiſione fienda hæreditatis, neceſſe eſt alteri cohæredũ attribui pro diuiſo, quod alterius cohæredis erat pro indiuiſo; quod tamen viciſſim debitum eſſe dicimus cohæredibus, & ideo inde oritur actio in perſonam, & etiam ex perſonalibus præſtationibus, vt in l. Item Labeo 23. §. Familiæ. ff. Famil. herciſc. ibi: B *Conſtat ex duobus, id eſt, rebus & præſtationibus, quæ ſunt perſonales actiones.*

Ad argumentum igitur, quod ſumitur ex d. §. Nemo. reſpondetur, illum textum ita eſſe accipiendum, vt actio Familiæ herciſc. non habeat longiorem vitam XXX. annis, quando ſcilicet cohæres, cui illa competit, non eſt in poſſeſſione bonorũ pro indiuiſo, ſed aduerſarius eius, ſcilicet cohæres, omnia bona poſſidet hæreditatis: tunc enim poſt elapſos XXX. annos excluditur talis cohęres, qui tanto tempore non prouocauit ad diuiſionem, nec ſuam hæreditatis portionem vendicauit. Exemplum: Titius & Caius cohæredes exiſtunt Sempronij defuncti. Titius ſolus hæreditatem totam poſſidet, Caius id patitur, nec interpellat eum prouocando ad diuiſionem; labitur tempus longiſſimum XXX. annorum: Poſtea ad diuiſionem illum prouocat. Non poteſt, quia actio Familię herciſcundæ ex longiſſimo tẽporis lapſu ſublata eſt, quare meritò excluditur. Hæc eſt ſententia d. § Nemo. C

Et ratio eſt manifeſta; quia ſine poſſeſſione non procedit vſucapio c. Sine poſſeſſione. de reg. iur. lib 6. Ergo, ſi Titius non poſſideat vniuerſa bona hæreditaria, non poterit ea vſucapere, ſeu præſcribere longiſſimo tempore. Et hoc eſt illud, in quo lapſus eſt Accurſius memoria, nã cùm videret perſonales actiones tolli ſpatio XXX annorum, & actionem Familię herciſcundæ perſonalẽ eſſe, non eſt recordatus etiam realem eſſe: & licet actio in rem tollatur præſcriptione longiſſimi temporis, non tamen in propoſita facti ſpecie tolli poſſe; quandoquidem ambo cohęredes pręſupponuntur in communione manſiſſe, & ideo ambo poſſediſſe pro indiuiſo res hæreditarias: conſequenter locum eſſe non poſſe pręſcriptioni in fauorem eius, qui non poſſidet, & in pręiudicium eius qui poſſidet, & ideo neceſſe non habet bona vendicare: nec ſi maneat in cõmunione, & pro indiuiſo poſſideat, dici poteſt negligens; ideo enim petit, quia & ipſe ſuam D habet portionem. Non petit autem diuiſionem, quia libenter in communione manet, ſciens quandocũque voluerit, ſibi licere alterum cohęredem ad diuiſionem prouocare, iuxta l. vlt. C. commu. diui.

CAPVT XXXVII.

Tractatur controuerſia inter Legiſtas & Canoniſtas circa diuiſionem hæreditatis, an illa ſic inſtituenda ſit, vt maior diuidat ex fratribus & minor eligat?

Canoniſtæ docent, ita hæreditatis diuiſionẽ inter fratres exequendam eſſe, vt maior diuidat, minor eligat. authoritate tex. in c. 1. de Parochijs. in illis verbis: *Ita vt ille diuidat, qui amplius temporis in Epiſcopatu habet, & minor eligat.* Item teſtimonio S. Auguſtini de ciuitate Dei, lib. 16. cap. 20. ita dicẽtis: *Hinc fortaſſis effecta eſt inter homines pacifica conſuetudo, ut quando terrenum aliquid partiẽdum eſt, maior diuidat, minor eligat.* Locutus eſt autem ibi S. Auguſtinus de diuiſione Loth & Abrahæ fratrum, & verba Abrahę, qui erat ſenior, recenſuit, dicẽtis ad Loth: *Si tu in ſiniſtram, ego in dextrã: vel ſi tu in dextram, ego in ſiniſtram.* quod quidem teſtimonium S. Doctoris munitum authoritate veteris, vel noui Teſtamenti, Canoniſtæ dicunt præferendum eſſe cuicunque conſtitutioni, vt per Gloſ. in cap. De libellis. 20. diſtinct. & habetur apud Gratianum 36. quęſtione 2. cap. Placuit.

Legiſtę cõtra iudicis, ſiue arbitri officio diuiſionis hæreditatis negotium committunt; & quod ab eo definiri non facilè poteſt, ſorte dirimendum cenſent l. 4. & 5. 6. l. In hoc iudicio ff. Famil. herciſc. §. Si familię. in Inſtit. de off. iud. & argum. l. Si duobus C. commu. de leg.

Vide Hoſtienſem, Ioan. Andr. & Butr. in d. cap. 1. de parochijs. Iaſonem in l. 1. nume. 39. ff. Si cert. petat. & in §. Quædam. numero 62. Andream Geyll. lib. 2. obſeruat. 116. numero 14. vbi dicit, Conſuetudine Germaniæ in Camera Imperiali approbata receptum eſſe, vt ſenior fratrum diuiſionem pro ſuo arbitrio bona fide, & ex æquo faciat, & minor natu eligendi prærogatiuam habeat. Aliquid etiam per Cuiacium ad l. 2. C. quando & quib. quarta pars, lib. 10.

Ego conſuetudinem, vbi illa viget, ſeruandam eſſe nõ dubito: Iure autem ſi agatur, Canoniſtarum ſententiam pręferendã cenſeo in foro Eccleſiaſtico, & Summi Pontificis ditione temporali, Legiſtarum in foro Cęſaris. Neque enim Canones hac in re vlli extant, qui leges abrogent. Nec exemplum Abrahæ & Loth generale cõtinet præceptum, cui neceſſariò parendum ſit; ſed ex eo orta eſt conſuetudo illa laudabilis, ut frater maior diuidat, minor autem eligat, ſicut S. Auguſtinus loquitur: non autẽ dicit pręceptum datum eſſe generaliter, vt ita fiat ab omnibus, & frater minor illam habeat pręrogatiuam.

CAPVT XXXVIII.

Hæreditas, ſi delata ſit filio alicuius furioſi, an poſſit abſque conſenſu patris adiri, vt nullum inde emolumentum patri acquiratur?

Si hęreditas delata ſit filiofamilias, cuius pater ſit furioſus, vtrum poſſit adiri à ſolo filio, ita vt non acquiratur patri emolumentum, non vulgaris eſt cõtrouerſia. Negantem ſententiam amplexi ſunt Bartolus & Caſtrenſis in l. Cum hæres ff. de acquir. hęred. & ibidem Angelus, Imola, Romanus & Aretinus, Iaſon in l. Qui in aliena. §. Interdum. numero 13. ff eod. Crauetta ad l. Cùm filio. in 2. parte. numero 13. de leg. 1. Sed contrarium docuerunt Cumanus in d. l. Cùm hęres. ad finẽ. Socinus in l. Cùm filio. numero 14. Verſ. Vel fortè melius. de leg. 1. & Pinellus ad l. 1. C. de bonis maternis in 1. par. num. 62.

Prioris ſententię fundamẽtum eſt in d. l. Cùm hęres. Martianus: *Cum hæres inſtitutus erat filius, & habebat patrem furioſum, in cuius erat poteſtate interponere ſe ſuã beneuolẽtiam diuus Pius reſcripſit, vt ſi filiusfam. adierit, perinde habeatur, ac ſi paterfam adiſſet. Permiſit itaque ei, & ſeruos hæreditatis manumittere*

Poſterioris argumenta ſunt iſta. Primum ex l. Antiſtius 62. §. vlt ff de acquiren. hæred. Iabolenus: *Furioſus acquirere ſibi commodum hęreditatis ex teſtamento non poteſt, niſi ſi neceſſarius patri aut domino hæres exiſtat: per alium autem acquiri ei poteſt, veluti per ſeruum, vel eum, quem in poteſtate habet.*

Secundum eſt ex l. Patre furioſo ff de his, qui ſui, vel alieni iuris ſunt, vbi dicitur patriam poteſtatem manere, licet pater ſit furioſus. Ex quo ſequitur effectum etiam manere ipſius patriæ poteſtatis, vt per filium patri etiam furioſo acquiratur.

Tertium

Tertium eſt ex l. vlt. §. Quæri poteſt. ff. Quis ordo in bonor. poſſeſſ ſer. vbi probatur filiofam. non acquiri bonorum poſſeſſionem, niſi pater approbauerit, & textus loquitur de patre furente, ibi: *Patre ita abſente, &c. Vel etiã furente*, Et rurſus, ibi. *Tamen non ante acquireretur, quam pater comprobaſſet?*

Nec id repugnat (vt obiter id addam) l. Cùm hæres ff. de acquiren. hæred. quia ibi acquiritur hæreditas, adiríque poteſt ex gratia Principis, non ex mero iure, vt paret ex illis verbis: *Interponere ſeſuam beneuolentiam diuus Pius reſcripſit, &c.*

Alia quædam argumenta Pinellus adfert. quæ non videntur mihi vrgere: ná quod adfert ex l. penul. ff. de Curatore furioſo, non eſt ſolidum, quia illa lex non dicit id, quod Pinellus teſtatur, vt quilibet ex ea facile cognoſcet.

Reſpondet Bartolus diſtinguendo, vtrum filius adeat ſponte hæreditatẽ, an verò iuſſu Curatoris patris furioſi. Priore caſu dicit ſibi acquirere ex d. l. Cùm hæres. Poſteriori acquirere patri ex d. l. Antiſtius. Addit Paulus Caſtrenſis rationem, nimirum hæreditatem commoda, & etiam onera continere, & ideo æquum non eſſe, vt pater ignorans oneribus hæreditarijs, propter filij aditionem, ſit obſtrictus.

Ego puto vnà cum Pinello, non eam eſſe ſententiam d. l. Cùm hæres, ut filiofam adeunti hæreditatem acquiratur emolumentum, & non patri, in cuius poteſtate eſt licet furioſus ſit. Primò, quia hoc illa lex non dicit, quod tamen dicere debuiſſet, ſi ea erat mens; quoniam iuriſconſultus nouerat filium in patris poteſtate eſſe, licet furioſi. Item ſciebat effectum acquiſitionis, quem producit patria poteſtas, & ideo caſus ille verbis claris & diſertis excipiendus erat a regula generali, quod tamen factum non eſt. Secundò, quia textus mentionem facit gratiæ diui Pij concedentis filiofam. vt adire poſſit hæreditatem, & perinde habeatur, ac ſi pater adiuiſſet: non cenſetur autem id conceſſiſſe in præiudicium patris, cui hęreditas acquirebatur neque enim ſolet Princeps aliquid vni largiendo, alteri præiudicare. l. 2. §. Meritò ff. pro ſocio. Tertiò, quia textus dicit Imperatorem filiofam permiſiſſe, vt ſeruos hæreditatis manumitteret. Certè nõ erat opus ea permiſſione, (quod ante me Pinellus notauit) ſi filius, dominus eſſet hæreditatis Quartò, quia hæc interpretatio repugnat d. l. Antiſtius. §. vlt. vbi patet, patri furioſo commodum hæreditatis quæri per filiũ. Et parum probabilis eſt illa explicatio, vt intelligatur, quando filius cum conſenſu curatoris patris furioſi adiuit; non autem, quando ſponte filius adiuit ex Principis gratia, cuius fit mẽtio in d. l. Cùm hæres Nam verba d. l. § vlt. optimè cõueniunt, & aptari commodè poſſunt vtrique caſui, cùm videlicet etiam ſponte filius adiuit. Poſtremò, quia ratio Pauli Caſtrenſis exiſtimantis non eſſe iuſtum, vt onera hæreditaria tranſeant patrem furioſum & ignorantem, non habet multum ponderis: quoniam hæc diſputatio, qua de agitur, tũc ſolùm incidere poteſt, cùm curator patris furioſi vult agnoſcere hæreditatẽ & eius onera ſubire; ſi enim nolit, & filio adeunti relinquat hæreditatis commoda & incommoda, ceſſabit omnis dubitatio. Filio enim tũc ſoli adeunti hæreditatem Principis permiſſu totum acquiretur emolumentum ex hac repudiatione, prȩſertim nouiſſimo iure. l. vlt. C. de bonis. quæ lib. Cùm itaque fundamentum d. l. Cùm hæres ſuper quo ſententia primo loco relata nititur, non ſit ſatis firmum, non vereor poſteriorem ſententiam longè probabiliorem eſſe affirmare, eamque priori anteponere.

A

CAPVT XXXIX.

Quomodo ſit accipiendum, quod dicitur in l ult §. Vbi autem in unum, C de bonis, quę liber. uidelicet patrem legitimam adminiſtratorem bonorum filij aduentitiorum, mouere & excipere actiones poſſe adhibito filij conſenſu.

IMperator Iuſtinianus ita ſtatuit: *ubi autem uoluntas eorum* (ſcilicet patris, & filij) *in unum concurrit: & pater uſumfructum, & filius habeat proprietatem, & in agentibus, & fugientibus pater quidem ſuſcipiat actiones, & moueat, cuiuſcunque ętatis filius inueniatur: Adhibeatur autem filiorum conſenſus, niſi adhuc in prima ętate ſunt, &c.* in l. ult. §. Vbi autem. C. de bonis. quæ liber.

B Controuerſia eſt autem, quomodo illud ſit accipiendum, quod de conſenſu filij adhibendo prȩcipitur. Et ratio dubitationis oritur, ex l. 1. C. de bonis matern ubi Cõſtantinus nulla mentione facta conſenſus filij ita conſtituit: *Parentes autem penes quos maternarum rerum utendi fruendique tantum poteſtas eſt, omnem debent tuendę rei diligentiam adhibere: & quod iure filijs debetur, in examine per ſe, uel per procuratorem poſcere; & ſumptus ex fructibus impigrè facere, & litem inferentibus reſiſtere, atque ita omnia agere, tanquam eis integrum perfectumque dominium acquiſitum fuiſſet, &c.*

Hic nullum uerbum, quod filij conſenſus adhibendus ſit a patre; ut meritò dubitetur, cur eiuſmodi conſenſus à Iuſtiniano requiratur in d. l ult. §. Vbi autem.

Controuerſia eſt, dixi, quomodo id accipiendum ſit. Et prima eſt ſententia Bartoli in d §. Vbi autem. conſenſum filij in conſtituendo procuratore non requiri: quia dum filius conſenſit patri in aditione hęreditatis, uidetur etiam tacitè conſentire, ut procuratorem conſtituat.

Hæc ſententia refellitur ex uerbis dict §. Vbi autem. Nam Iuſtinianus ibi loquitur de filio, & patre in unã uoluntatem concurrentibus circa aditionem hęreditatis, & tamen requirit filij conſenſum, dicens: *Adhibeatur autem filiorum conſenſus, &c.* Ex quo patet nõ ſufficere conſenſum præſtitum circa aditionem hæreditatis.

Secunda eſt ſententia Angeli in vlt. §. Pupillus. ff. de verb. oblig. patrem abſque conſenſu filij conſtituere poſſe procuratorem, argum. l. 1. C. de bonis mater. niſi de nuda proprietate lis inſtituenda ſit: tunc enim etiam filij conſenſus erit adhibendus; & ita accipiendum, quod habetur in d. §. Vbi autem.

Sed huic ſententiæ repugnant uerba d. §. Vbi autem. quibus exigitur filij conſenſus nulla diſtinctione adhibita inter proprietatem, & vſumfructum.

Tertia eſt ſententia, diſtinguendum eſſe inter procuratoris cõſtitutionem, & alios actus iudiciales. Pater itaque procuratorem abſque conſenſu filij conſtituere poteſt, ut in d. l. 1. C. de bonis mater. ubi nullum uerbum de conſenſu filij adhibendo: ſed actiones mouere, & ſuſcipere non poterit, niſi filij conſenſus interueniat. Ita Baldus & Caſtrẽſis in d l. vlt. §. Vbi autem. C. de bonis quæ liberis. qui textus non loquitur de procuratore, ſed de actionibus mouendis uel ſuſcipiendis. Eandem ſententiam ſecutus eſt Pinellus alijs adductis in l. 1. C. de bonis mater. in 2. part. ſub nu. 66.

Sed obſtat, quod etiam in l. 1. C. de bonis matern. textus loquitur de actionibus mouendis, & excipiẽdis a patre, ut patet ibi: *In examine per ſe vel per procuratorem poſcere.* Et rurſus ibi: *Et litem inferentibus reſiſtere.* Et tamẽ nulla fit mentio conſenſus filij in hoc adhibendi. Rurſus obſtat quod hæc diſtinctio inter procuratorem, & alios actus iudiciales, rationẽ nõ habet diuerſitatis, cur potius in vno, quàm in altero caſu filij cõſenſus adhibendus ſit. Et quod Pinellus dicit maius eſſe periculum in agendo

vel defendendo, quàm in procuratore conſtituendo, nihil mouet: quia hæc ſunt paria, agere per ſe, vel per procuratorem, & ideo in procuratore conſtituendo idem periculum verſatur; imò aliquando maius tam propter mandati formam, quàm etiam propter ipſam perſonam procuratoris, vt ſit idoneus & non ſuſpectus. A

Poſtrema eſt ſententia, vt mihi videtur, vera & communior; textum in l. 1. C. de bonis mater. declarandum & ſupplendum ex l. vlt. §. Vbi autem, C. de bonis quæ lib. nempe patrem agere poſſe, & defendere, & procuratorem conſtituere, vt in d. l. 1. Sed tamen adhibito conſenſu filij, vt in d. §. Vbi autem. Hæc ſanè interpretatio nullam habet difficultatem, quia non eſt nouum, vt una lex per aliam declaretur, ſuppleatur & interpretetur. Ita docuerunt Innocentius in cap. Accedens. de procurat. Imola & Aretin in l. vltima. § Pupillus. ff. de verborum oblig. Angelus in § Actiones, numero 4. in Inſtit. de act. Romanus in conſilio 241. numero 10. Capella Tholoſana deciſ. 105. Et hanc eſſe magis receptam Legiſtarum & Canoniſtarum ſententiam, alijs adductis authoritatibus, fatetur Pinellus loco proximè citato. Quamobrem & ipſe eam ſequor. B

CAPVT XL.

Poſſitne paterfam. abſque Prætoris decreto, res aduentitias filij, ob æs alienum diſtrahere?

SCribit Salicetus in l. Præſes. C. de Tranſact. patrem legitimum adminiſtratorem bonorum aduẽtitiorum filij alienare non poſſe abſque decreto Prætoris bona immobilia, etiam cauſa ęris alieni ſoluendi, argumento ſumpto ex legibus, quibus idem in patre tutore filij conſtitutum eſt l. 3. C. de Prædijs minor. l. Si pupillorum. §. Si pater. ff de rebus corũ, qui ſub tut. vel cur. ſunt. Eandem ſententiam tuetur ibi Iaſon. nu. 5. & pro eius confirmatione præter alia perpendit verbum ritè, in l. vltima, §. Sin autem æs alienum. C. de bonis quæ liber. & adſert iuris regulam, quæ colligitur ex l. Si quando C. de inoff. teſtamen. quoties licentia conceditur aliquid faciendi, intelligi debet adhibita iuris ſolennitate: Et ideo patri licentia conceſſa alienãdi bona filij aduentitia propter æs alienum, ita debet intelligi, vt iudicis decretum interueniat. In eandem ſententiam propendet Curtius iunior ibidem numero decimoquinto, & eam ſecutus eſt Crotus in l. Frater à fratre numero tertio, ff. de cond. indeb. Caſſaneus in Conſuet. Burgundiæ, Rub. 6. § 5. numero 14. C

Sed hæc ſententia facilè refelli poteſt perpenſo textu d l. vlt § Sin autem æs alienum C de bonis quæ lib. Cuius verba hæc ſunt: *Sin autem æs alienum ex defuncti perſona deſcendit: Cùm etiam apud veteres hęc eſſe ſubſtantia intelligatur, quę poſt detractum ęs alienum ſuperſederit: habeat pater licentiam ex rebus hęreditarijs, primum quidẽ mobilibus, ſin autem non ſufficiunt, ex immobilibus, ſufficientem partem nomine filij venundare, vt illico reddatur ęs alienum, & non vſurarum onere prægrauetur.* D

Hic ego perpendo tria. Primùm licentiam expreſsè ab Imperatore conceſſam patri hoc in caſu alienandi bona filij, non igitur decreto Prætoris opus habet: quid enim eſt aliud Prætoris decretum, quàm permiſſio alienandi? l. 5 §. Non paſſim. ff de reb. cor.

Deinde hoc perpendo; licentiam ab Imperatore datam alienandi, cauſa addita, *ne vſurarum nomine prægrauetur*, & modo ſiue ordine etiã adiecto, circa alienationem iſtam, nempe *ex mobilibus primùm, ſin autem non ſufficiunt, ex immobilibus* In bis autẽ potiſſimum verſatur Prætoris diligẽtia & officium, vt ſcilicet excutiat, an aliunde poſſit æs alienum ſolui, quàm ex immobilibus. Quare fruſtrà in hac re Prætoris decretũ deſideratur, cũ in ea agenda modum & formã Imperator deſignauerit.

Tertiò, animaduerto nullam fieri mentionem decreti iudicis ſeu Prætoris in hac alienandi licentia ab Imperatore data: & ſanè non immeritò. Nam lex confidit multum de patris prudẽtia, hoc in caſu potiſſimùm, quoniam ipſius patris intereſt, vt res filij tam mobiles quàm immobiles conſeruentur, & ſi fieri poſſit non alienentur; quia & ipſe pater in his habet vſumfructum, quamobrem non dubitat lex, quin alienatio à patre facta in vtilitatem filiorum ceſſura ſit.

Contrariam itaque ſententiam, decretum ſcilicet non requiri, probabiliorem eſſe iudico, quam amplexus fuit Azo, & receptiſſimam eſſe Pinellus teſtatur allatis authoritatibus in l. 1. C de bonis matern. in 3. par. nu. 21.

Non obſtant argumenta contrariæ ſententiæ. Nam quod attinet ad primum, illud locum habet in patre tutore filij emancipati: nos autem loquimur de patre legitimo adminiſtratore bonorum filij, qui plus iuris habet; habet enim vſumfructum, & alienandi poteſtatem à lege propter æs alienum ſimpliciter, & abſolutè ſecundùm formam legis, nulla mentione facta decreti adhibendi, vt dictum.

Ad ſecundum reſpondeo, ſolennitatem hoc in caſu aliam non requiri, quàm à lege poſitam, ut ſcilicet cauſa ſubſit æris alieni diſſoluendi. Item vt primùm ex mobilibus, &c vt in d § Sin autem æs alienum.

Ad tertium ex verbo, *ritè*, reſpondeo, non eſſe in textu: quod ſi in aliquibus exemplaribus habeatur, ſignificat ordinem ſeruandum à patre in ipſa alienatione fienda, nimirum, ut primùm mobilia diſtrahantur, tum immobilia; non autem ſignificat iudicis decretum: quia hoc in caſu nec à lege requiritur, nec neceſſariũ videtur.

CAPVT XLI.

Ad l. lege obuenire 130. ff. de verb ſign & l. 3. §. De illo ff. pro ſocio.

VLpianus. *Lege obuenire hæreditatem non impropriè quis dixerit, & eam, quæ ex teſtamento defertur: quia lege 12. tabularum teſtamentariæ hæreditates confirmantur.*

Paulus. *De illo quæritur, ſi ita ſocietas coita ſit, vt ſi quę iuſta hæreditas alterutri obuenerit, communis ſit, quę ſit iuſta hæreditas? vtrum quę iure legitimo obuenit, an etiam quę ex teſtamento; & probabilius eſt ad legitimam hęreditatem tantum pertinere.*

Iam controuerſia oritur, quomodo hæc reſponſa accipienda ſint. Nam ſi non impropriè legitima hæreditas dicitur apud Vlpianum, quæ ex teſtamento defertur, ergo & apud Paulum reſpondendum videbatur etiam hęreditatem ex teſtamento delatam in ea ſpecie contineri. Variæ ac diuerſæ ſunt interpretum ſententiæ, quas hic ordine recenſebo, tum eligam, quæ mihi probabilior videtur.

Prima eſt ſententia Iaſonis in l. Vn. num. 8. C quando non peten. part. diſtinguendum, vtrum à lege, vel ab homine proferantur hęc verba: Si à lege, tunc etiam teſtamentaria hæreditas intelligitur; ſi verò ab homine, tunc intelligitur ea, quæ ab inteſtato defertur.

Refellitur à multis hæc interpretatio, quia nec rationẽ affert vllam diuerſitatis inter verba hominis, & verba legis: quia non eſt ſans rationi conſentanea, cùm verba hominis accipienda ſint ſecundùm interpretationem legis.

Secunda eſt ſententia communior cæteris, Vlpianum loqui ſecũdum latiorem ſignificationem verbi: Paulum verò ſecundùm ſtrictam & propriam. Ita omnium primus docuit Accurſ in l Legitimum. 8 ff. de petit. hęred. Decius & Cagnol. ad d l. Vn. C. quando non peten. par. late Bellonus lib. 3. Supputationum iuris, cap. 7. & Pinellus ad l. 2. nu. 7. C. de bonis matern.

Huic ſententiæ obſtare videntur illa verba Vlpiani: *Lege obuenire hæreditatem non impropriè quis dixerit, & eam*

& eam quæ ex teſtamento defertur. Et ideo Alciatus ſemper communem hanc ſententiam impugnauit, arbitratus tam quæ ex teſtamento, quàm quæ ab inteſtato defertur, hæreditatem legitimam propriè dici, vt latè proſequitur lib. 4. Paradoxorum, cap. 7. & in commentarijs d. l. lege obuenire.

Tertia igitur eſt ſententia ipſius Alciati locis annotatis, legitimam quidem hęreditatem vocari, tam eam, quę ex teſtamento, quàm quæ ab inteſtato defertur: ſed iuſtã hæreditatem eam appellari, quæ ab inteſtato defertur; Et de ea Paulus locutus eſt, non autem de legitima: *Igitur ſciendum eſt*, inquit, *iuſtum non ſimpliciter dici quod a iure peruenit: ſicut quod à lege legitimum: ſed eò amplius dictio hac eam habet emphaſim, vt illud ſignificet, quod omni ex parte perfectum eſt, & cui ad rem, de qua agitur, nihil deeſt.* Et infrà: *Itaque vt ad rem redeamus*, inquit, *iuſtam hæreditatem iuris author definiuit, qua ab inteſtato capitur: quoniam ea non ex lege ſolum, ſed & naturali ratione ex bono, & aque debetur.*

Sed Alciatum refellunt locis ſuprà annotatis Pinellus, & Bellonus eo argumento, quòd frequentius in iure iuſtum accipiatur pro legitimo, veluti iuſta ætas, id eſt, legitima l. Cum filio. in fine de leg. 3. Iuſta poſſeſſio pro ciuili. l. Quod ſeruus. ff. de acq poſſeſ. Iuſtus filius pro legitimo, ſiue adopt. l. 2. ff. de adopt. Imò & iuſta vxor dicitur, quæ ſolo reſcripto Principis vxor fit. l. Si ſenatori. ff de ritu nupt.

Ego ex pręmiſſis ſententijs ſecundam ordine relatam communiorem, ut dixi, eligo, & pro eius confirmatione, adſero primùm Cuiacium nouiſſimè ad lib. 32. Pauli ad Edictum, vbi tractans locum illum, l. 3. § De illo, ſcribit: *Ergo vt legitimæ, ita iuſta hareditatis nomine ſignificatur tantum ea qua obuenit ab inteſtato, non qua ex teſtamento, quamuis etiam ea ſit legitima: ſed legitima propriè ea dicitur, quæ ex ſola lege defertur, ſine teſtamento, ſine voluntate defuncti: iuſta qua ex ſolo iure defertur.*

Secundo adſero Fornetium in commentarijs d. l. lege obuenire. ff. de verb ſign. qui præclarè hanc ſententiam confirmat. Et totam hanc rem eleganter explicat. Eius verba hæc ſunt: *Etenim ſi verum amamus, ea demum legitima dicetur hęreditas, quę a lege 12. tabularum, Edictis S. C. vel qua alia iuris parte ab inteſtato defertur, l. 3. § De illo pro ſocio. l. penult de ſtatu hom § Cęterum ſi. de legitim. agnat. ſucceſſ. l. 11. Is autem. de iure patron. l 11. Capitis. de ſuis & legitim. hared. l. 1. l. 2. ad S. C. Tertyl l. 6 quia l ſeq. Si quis omiſſa cauſa teſtam. l. 8. legitima. de petitio hared. l. 26. ſi cum. de neg geſtis l. 47. ſi pater de fideicom. libert. l. 10. Pater de capt. l 3. de interd. & releg. Vnde fit vt teſtamẽtaria ac legitima hareditas inuicem, ſicut hæres legitimus ac teſtamentarius, perpetuè opponantur. d. §. De illo l 14. Cõtrouerſia de Tranſact. l. penult de except. rei iud l. 82 ſi quis omiſſa cau l 9. Preponebatur. de Caſtrenſi peculio l. 77. Cum pater. § Filius de leg 2. l. 29 ſtatu liberi. de ſtatu lib. l. 12. ſi quis §. Funus. de relig. Non ſecus ac teſtamentaria tutela legitimę ex aduerſo reſpõdet, vt quamdiu illa ſperatur, hęc ceſſet: legitimos tutores nemo dat: ſed lex 12. tabularum legitimos tutores facit l. 11. ſi quis ſub. l. 27. Idem. de teſtam. tut l. 1. l. 5 l ſeq de leg. tuto. Teſtamentarius igitur hares minus propriè legitimus. l. 15. Nam ſi l ſeq de inoff teſtam imò non legitimus perſpicuè vocatur l. 24 Generaliter de fideic. libert. Veruntamen propter confirmationem legis, non adeo impropriè lege obuenire videtur, & ea, qua teſtamento defertur hareditas.* Hactenus Fornetius qui paulò ante illa verba enarrans d. l. lege obuenire: nempe *non impropriè. Vt inter velle, & nolle,* inquit, *medium, & interiectum eſt non nolle: ſic & inter propriè, & impropriè eſt non impropriè.*

A

CAPVT XLII.

Ad interpretationem l. 3. C. de bonis maternis.

Controuerſia eſt circa l. 3 C. de bonis maternis: interpretationem; an pater uirilem uſusfructus portionem conſequatur, tanquam vxoris hæres, & quaſi vxori ſuæ ſuccedat; an uerò per ipſos liberos, quos emancipauit. Nam Baldus, Salicetus, & Corneus dixerunt per liberos eam portionem acquiri. Sed Io. Faber, Cyn. Fulgoſ. & Caſtrenſ virum in ea portione uxori ſuccedere contendunt, & ante eos Accurſ. in uerba, Præſcripta, dicens, *nota caſum in quo vir ſuccedit vxori in aliquo.*

Poſteriorem hanc ſententiam ſecutus eſt Pinellus in commentarijs d l. 3. eo potiſſimùm argumẽto, quod auo paterno competit hæc portio cum nepotibus ex filio emãcipato natis poſt emancipationem: & ſic quos auus in poteſtate non habuit, nec in eos beneficium cõtulit: Item,
B quia datur etiam eadem portio auo materno cum nepotibus, quos nec habuit, nec habere potuit ſub poteſtate; & ſic patet auum hæredum, maritumq; defunctæ ſuccedere ex beneficio legis, non autem per nepotes id acquirere, cùm eos nunquam habuerit in poteſtate, deficiatq; illud neceſſarium poteſtatis fundamentum, quo parenti per liberos acquiri ſolet.

Sed priorem ſententiam ego puto eſſe probabiliorem, & ſic exiſtimo, ſi bona obueniant filio iam emancipato materna, patri concedi virilem portionem uſusfructus, non tanquam in hac parte hæredi vxoris ſuæ, ſed munus capienti à lege oblatum reuerentiæ patris manumiſſoris, ut uerbis utar Cuiacij in paratitlis illius tituli.

Non obſtat argumentum Pinelli, quia notanda ſunt uerba textus: *Nam licet hoc nouum*, inquit, *præſens lex conſtituat in nepotes; non tamen abs re eſt, vt in hoc caſu deteriores*
C *eſſe nepotibus filij non ſinantur.* His enim uerbis indicat textus in nepotibus, & alijs ad quos extenditur legis conſtitutio, non habere locum rationem huius beneficij; quia propter emancipationem patri collatum eſt à lege; ſed tamen idem nihilominus ſtatui alia ratione, ne ſcilicet abſurdum ſequatur, ut filij deterioris conditionis exiſtant nepotibus. Quaſi dicat, cùm in filiorum præiudicium ſit conſtitutum, ut pater emolumentum illud conſequatur utilis portionis uſusfructus ob memoriam beneficij in filios collati emancipationis; æquum bonum eſt, etiam in præiudicium nepotum idem ſtatui.

CAPVT XLIII.

Hęreditatem petens ab inteſtato, tanquam conſanguineus, an probare teneatur ſe proximiorem eſſe.
D

IS, qui petit hæreditatem, tanquam cognatus ſiue conſanguineus defuncti ab inteſtato, utrum neceſſe habeat probare ſe proximiorem eſſe: an uerò ſufficiat ei probare ſe cognatum, uel conſanguineum. Nõ eſt parui momenti controuerſia, aliquibus affirmantibus ſufficere conſanguinitatis ſeu cognationis probationem, aliquibus contrà aſſerentibus docendum eſſe de proximiori gradu. Authorum nomina utriuſque ſententiæ, & loca diligenter, & copioſè refert Couuar. lib 2 uariar. reſol. capit. 6. & poſt eum Ioſephus Maſcardus de probat. volum 3 concl. 1245. qui ſi tam accuratè fundamenta iuris expendiſſet, omnis opera noſtra ſuperuacanea uideri poſſet. Nos igitur laborem eius in Authorũ catalogo conſcribendo laudantes, argumenta adferemus, eaque expendemus pro more noſtro, & pro ſtudioſorum utilitate: non ingratum nos facturos arbitrati viris doctis, &

eruditis, qui non ex Authorum numero, ſed ex momen- A
tis rationum iuris controuerſias expendere ſoliti ſunt ac definire.

Igitur qui putant hoc ſufficere, vt conſanguinitas cognatiove iudici probetur, adducti in eã ſententiam ſunt, Primùm ex l. Si ſcriptum C. de probat. Diocletianus: *Si ſcriptum hæredem ab amita tua, vel teſtamenti vitio, vel quacumque alia ratione non poſſe obtinere hęreditatem, probari a te poſſe confidis: de hac hęreditate apud Rectorem prouincię agere potes.*

Hæc lex non iuuat ſententiam iſtam, tantùm enim hoc vult, cognatum agere poſſe, & hæreditatem petere; nihil autem textus dicit circa probationem, qualis eſſe debeat, & ſine dubio præſupponit eum, qui agit, proximiorem eſſe amitæ ſuæ.

Secundò, ex l. Amitæ. C. commu. de ſucceſſionibus, quæ lex nihil ad rem noſtram pertinet, declaraturque & reſtituitur a Cuiacio libro 12. obſeruat. capitulo ſeptimo, Non ego fruſtrà huc verba eius adſeram, cum facilè legi poſſint, & nihil prorſus contineant, vnde argumentum B
ſumi poſſit.

Tertiò, ex l. Si amitæ. C. de ſucceſſorio edicto. quæ nihil ad rem facit: hoc enim dicit, ſi is, qui in quarto gradu conſtitutus eſt, non petat, uel non rectè petat bonorum poſſeſſionem, eum, qui eſt in quinto gradu, admittendum eſſe. Hoc autem cum propoſita quæſtione nihil commune habet.

Quartò, ex l. Ex facto §. penul. ff. ad Trebell. vbi hoc perpenditur, quod non ſit neceſſe probare grauatum deceſſiſſe ſine liberis; quia *ſi naufragio, vel ruina, vel aggreſſu, vel quo alio modo filius ſimul cum patre perierit, magis eſt non defeciſſe conditionem* (fideicommiſſi) *quia non eſt veriſimile filium ſuperuixiſſe patri.*

Hoc autem nil ad Rhombum, bona doctorum pace: quid enim hæc res commune habet cum quæſtione noſtra? Noſtra quæſtio eſt, an probandus ſit gradus proximior eius, qui hæreditatem petit tanquam cognatus, Vl-
pianus ſcribit patre, & filio ſimul pereuntibus, non de- C
ficere conditionem fideicommiſſi, quod patri ſcilicet iniunctum erat, ſi abſque liberis moreretur; quia non præſumitur filius ſuperuixiſſe patri. Longo hæc res diſtat interuallo ab eo, quod quæritur in ſpecie propoſita, ut patet, qua de re latè Couuar. libro ſecundo, variat. reſol. capitulo 7.

Quintò, ex notatis in Gloſ. l. Cum de lege ff. de probat. ubi textus dicit. Cùm de lege Falcidia quæritur, hæredis onus eſſe probandi, locum eſſe Falcidiæ; Gloſ. autem ibi dicit hæredem hoc probare; *Si probet tot eſſe legata, & tantùm eſſe in bonis: etſi legatarij dicant tantum apud hæredem manere, quod ſufficiat ad Falcidiam, ipſi debent probare.*

Sed mirum quantum hæc res diſtet à quæſtione noſtra: ego certè ſic cenſeo, tam aliena argumenta, & ex diuerſis conflata, cõfutatione apud viros graues, & doctos non egere.

Sextò, quia cum aliquis tanquam conſanguineus hære- D
ditatem petit, ueriſimile eſt, ſi alij extarent proximiores, petituros eſſe, quare, ſi nulli alij petant, credendum eſt non extare; & conſequenter conſanguineo eam petenti attribuenda eſt.

Sed reſponderi poteſt accidere poſſe, ut alij extent proximiores, qui abſint, uel ignorent hæreditatem ſibi delatam; & conſequenter argumentum non eſt ſatis firmum.

Septimò ex eo, quod difficilè probari poteſt hæc negatiua, ut loquar cum noſtris doctoribus, nempe proximiores alios non extare. Et ideo rarò poſſent cognati, & conſanguinei hæreditatem obtinere.

Sed reſponderi poteſt, difficile quidem id futurum, ſi neceſſariæ probationes requirerentur; ſed quæ eſt difficultas ex ijs teſtibus, qui conſanguineum eſſe petitorem hæreditatis, & cognatum teſtificantur, intelligere, alios

A non extare cõſanguineos defuncti proximiores? Teſtes, qui ad hæc probanda adhiberi ſolent, plerumque ſunt vicini, eiuſdem ciuitatis, & tales, qui ſicut eum nouerunt, qui hæreditatem petit, eſſe cognatum, ita facilè alios non extare ſcirent. Eſt enim hæc negatiua ſatis coarctata loco, tempore & perſonis, & idcirco non ita difficilis eius probatio uidetur.

Poſtremò, quia quod alij extent proximiores conſanguinei, ex facto pendet: Quod autem in facto conſiſtit, non eſt præſumendum, ſed probandum. l. In bello §. Factæ. ff. de capti.

Reſponderi poteſt, non præſumi quidem alios extare: ſed tamen, quia, ut extarent, fieri poſſet, eius eſſe partes id probare, quod non extent, qui in eo ſuam intentionem fundat.

Nec obſtat id, quod replicatur, non incumbere onus probandi ei, cui militat iuris præſumptio: Nam negatur militare iuris præſumptionem pro actore. Aliud enim eſt dicere, non eſſe præſumendum alios extare proxi-
B miores, quod ſponte nos fatemur: aliud uerò præſumendum eſſe, non extare: quod ideò negamus, quia iure non probatur: eſt enim hoc incertum, extent necne alij proximiores. Quamobrem ei, qui dicit non extare, onus probandi incumbit.

Contrarium igitur ſententiæ fundamentum eſt præcipuum, quia is, qui petit hæreditatem, tanquam cognatus, ſine dubio dicit, ſe in aliquo gradu coniunctum fuiſſe defuncto, puta in tertio, quarto, quinto, &c. Ergo ex hoc apparet alios cariuiſſe in proximiori gradu: neque enim poteſt vnus in tertio, uel quarto gradu coniunctus eſſe, niſi alij in ſecundo, & propinquiori fuerint coniuncti. Debet igitur hæc duo probare, ſe in eo gradu coniunctũ eſſe, & alios, qui præceſſerunt non extare. Nam præſumuntur extare, & adhuc uiuere.

Sed certè, quòd præſumantur extare, vel adhuc viuere, non videtur mihi ſatis iuri conſonum. Et ideo magis ſemper placuit vitam, vel mortem ab eo probandam eſ-
C ſe, qui eam allegat, ut declarat Couuar. lib. 2. variar. reſolut. cap. 7. nu. 6. & nos aliàs diſſeremus.

Exiſtimo itaque hanc ſententiam, quæ docet, probandum eſſe proximiorem gradum, probabiliorem eſſe ex communi regula iuris: quemlibet probare debere id, quod eſt fundamentum ſuæ intentionis. l. Actor. C. de probat. l. In illa. Hoc iure ff. de verb. oblig. l. pen. §. Docere. ff. ne quis eum, qui, &c.

Hoc eſt autem actoris intentionis fundamentũ, quod ſit proximior. Nam hæreditates a lege non deferuntur ſimpliciter cognatis, & conſanguineis, ſed proximioribus. Iuſtinianus Nouella de hæredibus ab inteſtato uenient. §. penult. *Si vero,* inquit, *neque fratres, neque filios fratrum, ſicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps à latere cognatos ad hæreditatem vocamus, ſecundum uniuſcuiuſque gradus prærogatiuam, ut uiciniores gradu ipſi reliquis præponantur.*

D

CAPVT XLIV.

Tractatur controuerſia de eo, qui fideicommiſſum petit ſub conditione relictum, ſi inſtitutus abſque liberis deceſſerit, an teneatur probare grauatum abſque liberis deceſſiſſe?

TEſtamento hęres inſtitutus rogatus eſt per fideicommiſſum, ſi abſq; liberis moriatur, hæreditatem Caio reſtituere: Vtrum Caius hęrede defuncto, hęreditatem ex fideicommiſſo petẽs, probare teneatur, eum abſque liberis deceſſiſſe? Non teneri, ſed potius eum, qui aſſerit hæredem ſuperſtitibus liberis deceſſiſſe, id probare debere, Authores ſunt Bartol. & Angel. in l. Ex facto §. Si quis autem. ff. ad Trebell. Alex. in conſi. 39. lib. 1.

lib. 1. Paulus Caſtrenſis in conſilio 387. libr. 1. Decius in conſil. 578 non procul a principio. Alciatus de Præſumpt. Regula prima, Præſumpt. 49. alios citat Mantica de coniecturis vltimarum voluntatem, lib. 11. tit 4 & poſt eum Maſchardus de probat. vol. 1. concl. 343. & lib. 3. conclu. 1344. vbi latiſſimè & nouiſſimè Menochius de Præſumptionibus, lib 4. Præſumpt. 182. nu. 5.

Argumenta ſunt iſta: Primum ex d. l. Ex facto. §. Si quis autem ff. ad Trebell. Vlpianus: *Si quis autem ſuſceperit quidem filium, verum viuus amiſerit, videbitur ſine liberis deceſsiſſe: Sed ſi naufragio, vel ruina, vel aggreſsu, vel quo alio modo ſimul cum patre perierit: an conditio defecerit videamus? Et magis non defeciſſe arbitror: quia non eſt veriſimile, filium eius ſuperuixiſſe. Aut igitur filius ſuperuixit patri, & extinxit conditionem fideicommiſſi; aut non ſuperuixit, & extitit conditio. Cum autem quis antè, & quis poſtea deceſſerit, non apparet: extitiſſe conditionem fideicommiſsi magis dicendum eſt.*

Hæc poſtrema verba pro hac ſententia adferuntur. Nam ſi pronunciandum eſt in dubio fideicommiſſi conditionem extitiſſe; Ergo pronunciandum eſt in dubio hæredem grauatum abſque liberis deceſſiſſe, atque adeò fideicommiſſi conditionem eueniſſe.

Secundum argumentum eſt; quia quod quis decedat abſque liberis, congruit cum primo ſtatu naturali hominis: Hæc enim eſt qualitas, quæ ineſt cuilibet ab initio, quia non habet liberos, quare is qui contrarium dicit, probare debet.

Tertium argumentum eſt; quia quod aliquis liberos habuerit, in facto conſiſtit, & præſupponitur vxorem quoque habuiſſe, & eos ſuſcepiſſe, ac ſuperſtites reliquiſſe, quæ omnia non præſumuntur, ſed probari debent. l. 1. C. de probation. l. Adſeueratio C. de non num. pec.

Sed contrarium docuerunt Raphael Cumanus, Imola, Alexander & Ripa in d. l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell. Et fundamentum eorum eſt: quia vnuſquiſque tenetur probare id, in quo conſiſtit ſuæ intentionis fundamentum, vt in l. In illa, in l. Ita ſtipulatus §. Quod ſi initio. ff de verb. obligat. l. pen. § Docere. ff. ne quis eum, qui in ius vocat. eſt vi ex im. l. actor. C. de proba. Sed hoc fundamentum intentionis actoris, quod hæres grauatus fideicommiſſo abſque liberis deceſſerit; quia ſub illa conditione, ſi videlicet abſque liberis decederet, grauatus fuit, ergo id probare debet.

Couuar. lib. 2. variar. reſol cap 7. num. 7. & poſt eum Mantica loco ſuperius annotato, diſtinguunt hanc rem in aliquot caſus.

Ego vero in poſteriorem hanc ſententiam lubens deſcendo, omiſſa caſuum diſtinctione, quocũque enim modo res proponatur, exiſtimo actorem fideicommiſſariũ probare debere hoc, quod eſt ſuæ intentionis fundamentum, nempe grauatum hæredem abſque liberis deceſſiſſe: Dixi actorem fideicommiſſarium; Nam ſi is ſit reus, & in poſſeſſione bonorum, & aduerſarius auferre ei hæreditatem velit, eam ob cauſam, quòd dicat grauatum deceſſiſſe liberis ſuperſtitibus, non dubito, quin is probare debeat liberos ſuperſtites fuiſſe. Et in his terminis reſpondit Caſtrenſis dicto conſi. 387. lib. 1. Excipio autẽ caſum, de quo loquitur Vlpianus in d. l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell. vt videlicet, ſi pater & filius perierint ruina, vel naufragio, locus ſit fideicommiſſo, quaſi in dubio filius prius deceſſiſſe præſumatur, vt ibi dicitur.

Cur autem in hanc potius ſententiam, quæ paucorum eſt, deſcenderim, illud effecit: quoniam in eligenda opinione hoc potiſſimùm obſeruare ſoleo, vt momenta rationum expendam, tum ei ſententiæ adhæream, quæ ſolidiori nititur fundamento. Iam pro hac ſententia, quam ſequor, pugnat iuris regula, quæ docet actorem probare debere ſuam intentionem; Ergo fideicommiſſarius, qui eſt actor, probare debet grauatum hæredem abſque liberis deceſſiſſe. Hæc eſt enim intentio ſua, quia fidei-

A commiſſum illam conditionem habuit, ſi abſque liberis hæres moreretur, & conſtat fideicommiſſum, quod ſub conditione relictum eſt, non deberi, niſi conditio euenerit l. Legata 41. ff. de conditione, & demonſtratione cum alijs multis; Ergo, iuris rationi conuenit, vt id probetur ab actore fideicommiſſario, qui aſſerit conditionem eueniſſe; non autem ab aduerſario eius id negãte: Et enim onus probandi incumbit, qui dicit; non qui negat. l. 2. ff. de probat.

Contrè verò, ſententia prior, licet magis communiter recepta, nullo firmo nititur fundamento. Nam quod attinet ad text. in l. Ex facto §. Si quis autem. ff. ad Trebell. B ille ad quæſtionem iſtam non pertinet. Rectè enim ſumitur argumentum ex illo reſponſo, quoties dubiũ eſt, vter prior deceſſerit, pater an filius, præſumendum eſſe priorem patrem deceſſiſſe, vt fideicõmiſſo ſit locus; ſed non inde inferri poteſt in omnibus caſibus ita pronunciandum, alioquin eodem modo generalis inde ſumeretur concluſio, quod fideicommiſſum conditionale petẽs non teneretur docere, conditionem eueniſſe, quod tamen repugnat iuris regulis & rationi.

Cur autem in ea ſpecie, qua pater & filius naufragio, vel ruina perierint, & ignoretur vter prior deceſſerit, illa interpretatio locum habeat, illa eſt cauſa; quia teſtator voluit hæreditatem peruenire, primò ad hæredẽ inſtitutum, deinde ad eius liberos, quos ſubſtituto prætulit, iuxta l. Lucius. ff. de hæred. inſtit. Tertiò ad ſubſtitutum. Cùm igitur hæres deceſſerit, & filij non extẽt, quos teſtator prædilexit; extet verò fideicommiſſarius, ſiue ſubſtitutus, ad quem teſtator voluit hæreditatem filijs non extantibus peruenire, meritò, vt voluntas teſtatoris effectum ſortiatur, & ſeruetur, illa interpretatio adhibetur, ut ſi non conſtaret patrẽ prius deceſſiſſe, & res dubia ſit, locus ſit fideicommiſſo.

Et ſanè falluntur, qui putant vltima verba d. §. *Si quis autem*, non pertinere ad ſpeciem ibi propoſitam, cùm verba ſint clara. Nam poſtquam Vlpianus dixit, conditionem fideicommiſſi non defeciſſe, nec filium præſumi C patri ſuperuixiſſe, reſumens articulum, & ex omni parte eum tractans, ac expendens, tres caſus conſtituit: primum, ſi conſtet filium ſuperuixiſſe, & tunc, inquit fideicommiſſum extingui. Secundum, ſi conſtet, patrem ſuperuixiſſe, & tunc dicit conditionem extitiſſe fideicõmiſſi. Tertium, cùm non apparet quis antè, & quis poſt deceſſerit, id eſt, an pater, an verò filius, & tunc extitiſſe conditionem magis dicendum eſſe, reſpondit.

Quod autem ſecundo loco dicebatur, illam præſumptionem præualere, quod quis abſque liberis deceſſerit, quia conformitatem habeat cum primo naturali ſtatu hominis; quia ſcilicet, is natus liberos non habet, nihil mouere debet. Nam hæc eſt debilis admodum argumentatio, & nulla lege, nulla firma ratione munita. Homo in lucem editus vxorem non habet, non liberos; igitur nec poſtea præſumitur habuiſſe. Eiuſdem farinæ ſunt, quæ de paupertate dicuntur, quia naſcimur nudi, ideo non præſumatur quis diues. Sunt hæc brocardica D planè, & parum probabilia, nec digna quæ pro deciſione controuerſorum iuris articulorum adferantur. Cùm longè diuerſus ſit hominis ſtatus, qui poſtea ſequitur ab eo, quem primò habuit. Et frequenter vxorem ducat, liberos procreet, diuitias acquirat, & longè aliam, quàm initio habuit, conditionem conſequatur. Quo ſit, vt incertũ ac obſcurum planè, exiſtat, an quis, abſque liberis, vel cũ liberis mortuus ſit; Et ideo is, qui dicit mortuum quempiam abſque liberis, probare tenetur; ſi iuris regulas magis ſequi, quàm leues coniecturas velimus.

Non procul ab his diſtat, quod tertio loco dicebatur, quæ in facto conſiſtunt, non eſſe præſumenda: Hæc autem in facto conſiſtere, quod quis vxorem duxerit, & liberos procreauerit, &c. Nam non dicimus præſumi quẽpiam liberos habuiſſe, ſed dicimus id incertum, dubiũ, & obſcurum eſſe, habuerit necne. Quare probationem ei in-

ei incumbere, qui dicit abſque liberis hæredem grauatum fideicommiſſo deceſſiſſe. Hic enim illud moneo, quod & in præcedenti capite, hæc inter ſe differre, quempiam non præſumi ſuperſtitibus liberis deceſſiſſe. Item quempiam præſumi mortuum abſque liberis. Prior propoſitio vera eſt. Nam cùm incertum ſit, an quis deceſſerit liberis ſuperſtitibus necne, non videtur temerè affirmandum, ac præſumendum, eum liberis ſuperſtitibus obijſſe. Poſterior autem propoſitio vera non eſt. Nam cũ id incertum ſit, an liberos reliquerit ſuperſtites necne, non eſt temerè affirmandum ac præſumendum non reliquiſſe: ſed veritas eſt inquirenda, & probandi onus actori, ſecundum regulas iuris, iniungendum videtur. tiæ fundamentum, quamobrem poſteriorem hanc ſententiam veriorem puto, ipſeq́; amplector.

Ad textum in d. l. Ex facto. §. Si quis autem. reſpõdeo, non obſtare, nec pertinere ad rem noſtram. Primò, quia continet ſpeciem longè diſſimilem. Secundò, quia conſtare non poterat in illa ſpecie, an prius pater mortuus fuiſſet, vel eius liberi. In quæſtione verò noſtra conſtare poteſt, an is, cui facta eſt ſubſtitutio, mortuus fuerit impubes, vel pubes. Tertiò, quia hæc præſumptio, quod quis impubes mortuus fuerit, non eſt legitima, nec veriſimilis; cùm vita hominis ſit longior plerumque, & vel centum, vel certè ſeptuaginta anni ordinarium vitæ curſum hominis conficiant.

CAPVT XLV.

Controuerſia de pupillari ſubſtituto, qui probat mortem inſtituti, an teneatur probare eam in pupillari ætate contigiſſe, vt obtineat?

AGit pupillariter ſubſtitutus impuberi teſtatoris filio, & probat mortem eiuſdem filij inſtituti; controuerſia eſt, an ſufficiat ea generalis probatio mortis, an verò neceſſe ſit probare eum in pupillari ætate deceſſiſſe. Et quidem probationem mortis ſufficere, nec requiri, vt probetur in pupillari ætate eam contigiſſe, reſpondiſſe fertur Baldus in conſilio quodam, incipiẽte, Ex parte contingenti. Quod ſanè reſponſum nemo hactenus in libris impreſſis inuenire potuit, ſed multi tamen grauiſſimi interpretes huius reſponſi mentionem faciunt, & hanc ſententiam amplectuntur, Socinus in conſi. 89 colum. 4. lib. 1. Decius in cap. In præſentia, nu. 50. de probat. Ioan. Bapt. a S. Seuerino in l. Precibus, nu. 58. C. de impub. & alijs ſubſtitut. & multi alij, quos commemorat Maſcardus de probat. vol. 2. concl. 666. nume. 39. & volum. 3. concl. 1347. num. 4. qui tamen Maſcardus errauit in citanda deciſione 391. In vna Fulginatenſi apud Puteum, lib. 2. Dixit enim, Rotam ita determinaſſe, cùm tamen nil determinauerit, ſed vnus ex iudicibus dubitauerit: *An probata morte eius, cui facta eſt ſubſtitutio pupillaris, præſumatur mortuus in pupillari ætate.* Ruſſus non fideliter citauit Paulum Caſtrenſem in lege. Ex facto §. Si quis autem, ad Trebell. quaſi eiuſdem ſententię authorem, cùm tamen contrariam ſententiam amplexus videatur.

Fundamentum huius ſententiæ, quatenus mihi diligenter quærenti intelligere licuit, poſitum eſt in d. l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell. quatenus ibi pronũciatur locum eſſe fideicommiſſo, cùm incertum eſt, an prius pater deceſſerit, vel liberi eius. Præſumit enim lex prius liberos deceſſiſſe, vt locus ſit fideicommiſſo; Ergo & in propoſita ſpecie præſumẽdum videtur eum, cui pupillaris ſubſtitutio facta eſt, impuberem deceſſiſſe, vt locus ſit pupillari ſubſtitutioni, quæ fauorabilior eſt fideicommiſſo.

Contrarium reſpõdit Bartolus in conſi. 56. ad finem lib. 1. Couuar. lib. 1. variat. reſolut. cap. 7. num. 6 poſt eum alijs adductis, Mantica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 5. tit 9 nu. 6. poſt Mãticam Maſcardus locis proximè citatis. Poſt Maſcardum Menochius de Præſumpt. lib 4 Præſumpt. 182. nu 4.

Fundamentum eſt in iuris regula. Quilibet tenetur probare, quod eſt fundamentum ſuæ actionis, ſiue exceptionis. l. Actor C. de probat. l. 2. ff. de probat. l. In exceptionibus. ff. eod tit. Sed hoc eſt fundamentum actionis inſtitutæ, quod is, cui ſubſtitutus eſt, impubes deceſſerit, vt patet; ergo ſubſtitutus id probare debet.

Ego nõ dubito, quin hoc ſit firmiſſimum fundamentum. Contrà autem vix quemquam futurum puto, qui non facilè intelligat, quàm infirmum ſit alterius ſenten

CAPVT XLVI.

Hæreditatem petens tanquam proximior in ſucceſſione inteſtati, an probare teneatur eum, de cuius hæreditate agitur, nullo condito teſtamento deceſſiſſe.

LIcet hanc controuerſiam diligenter poſt antiquos & nouos interpretes ad l. Si emancipati. C. de collat. exequatur Franciſcus Mantica de coniecturis vltimar. volunt lib. 2. tit. 1. & ante eum Couuar. lib. 2. Variar. reſol. cap. 6. numero 5 & poſt eos Menochius de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. prima, & Maſcardus de Probationibus, volum. 2. concl. 997. & volum. 3. concl. 1352. ſpicas tamen poſt optimorum meſſorum terga, & ipſe colligã nonnullas, ex quibus vera ſententia magis adiuuetur ſoneaturque.

Aio petentem hęreditatem probare debere ſe proximiorem eſſe defuncti, ac proinde a lege ſibi delatam hæreditatem; Nego incumbere illi probationem, teſtamentum a defuncto conditum non fuiſſe; Pro huius ſententiæ confirmatione non confugio ad l. Si emancipati. C. de collat. neque enim illa huic pertinet: nec ad vulgatum brocardicum illud: *Facta non præſumuntur*. Teſtamentum autem eſt quid facti, Ergo non præſumitur: nec ad alterum: Negatiuam non coarctatam loco & tempore probari non poſſe. Tum quia his brocardicis non multum fido; tum quia in decidendis controuerſijs, vbi leges non ſuppetunt, firmam iuris rationem valere oportere iudico. Ea verò hæc eſt: Defuncti hæreditas pertinet de iure ad proximiores eius, Iuſtiniano ita decernente poſt veteres legum authores in Nouella de hæred ab inteſt. veniẽt. §. Si verò neque fratres. Et in lege 12. tabularum antea conſtitutum: *Agnatus proximus familiam habeto.* l. Pronunciatio §. Familiæ. ff. de verborũ ſignificatione Hanc propoſitionem nemo negat. Sed is, qui hæreditatem in hypotheſi noſtra petit, proximiorẽ ſe eſſe defuncti probat: Igitur ad eum pertinet hæreditas defuncti. Fieri autem poteſt, vt is, de cuius agitur hæreditate, teſtamentum fecerit, ac in eo hunc proximiorem hæredem non inſtituerit. At ſecundum iuris regulas: *Ab ea parte, quæ dicit aduerſarium ſuum prohiberi ſpecialiter aliqua lege vel conſtitutione, id probari oportere.* Paulus reſpondit in lege. Ab ea parte. ff de probat. Ergo is, qui dicit, teſtamentum eſſe conditum, & alios hæredes inſtitutos eſſe, id probare debet: quia nihil aliud dicit, quàm proximiorem hunc prohiberi propter teſtamentum hæreditatem capere. Cur enim iſte legitimus hæres probare teneretur nullum conditum teſtamentum, cùm & ſi conditum eſſet, fieri tamen poſſit, (& frequentius fieri ſolet) vt in eo ſit hęres ipſe inſtitutus? Nunquid leges hoc exigunt ab actore, vt poſtquàm intentionem ſuam probauerit, teneatur etiam probare nulla exceptione excludi eam poſſe? Non hoc exigunt: ſed vt reus ſuas probet exceptiones, præcipiunt l. In exceptionibus. ff. de probat. Ex quo apparet actori ſuffi-

ſufficere ſuam intentionem probare: ſi enim reus exceptiones ſuas non probauerit, condemnabitur. Argumenta contrariæ ſententiæ refert, & refellit ſatis luculenter Mantica, quamobrem ipſe non refero, neque refello, ne actum agam.

CAPVT XLVII.

Ad c. Cum eſſes, de teſtamentis.

HAnc epiſtolam decretalem Alexandri tertij præclarè defendit Melchior Canus locorum Theologicorum libro ſexto, capit. 8. Hoc nunc non agimus, ſed iuſtam eius interpretationem inquirimus. Variæ & pugnantes ſunt Doctorum ſententiæ. Prima eſt Gloſſæ in verbo Improbamus, epiſtolam illam accipiendam eſſe de teſtamentis ad pias cauſas, iuxta eiuſdem Pontificis Maximi reſponſum in cap. ſequenti, & ita reſpondit Fulgoſius in conſi. 29. Paulus Caſtrenſis in conſi. 431. lib. 2. quibus & alij acceſſerunt à Neuizano citati in conſ. 26. num. 16. & à Michaele Craſſo de ſucceſſionibus §. Teſtamentum, q. 56. in fine.

Verùm illud ipſum ſequens capitulum hanc interpretationem euertit, quoniam in eo Summus Pontifex de relictis eccleſiæ loquens diuerſam formam ſtatuit ab ea, quam ſtatuerat in dicto cap. Cùm eſſes. Nam in c. Cum eſſes, ſic ſtatuit, *teſtamenta, quæ Parochiani coram presbytero ſuo, & tribus vel duabus alijs perſonis idoneis in extrema fecerint voluntate, firma eſſe.* At in cap. Relatum ſequenti: *Mandamus quatenus, cum aliqua cauſa talis ad veſtrum fuerit examen deducta, eam non ſecundum leges, ſed ſecundum decretorum ſtatuta tractetis, tribus aut duobus legitimis teſtibus requiſitis.*

Cùm itaque in relictis eccleſiæ duo vel tres teſtes ſufficiant ex cap. Relatum. In alijs autem caſibus duo vel tres teſtes requirantur vnà cum presbytero parochiali, ex cap. Cùm eſſes, perſpicuum eſt, hoc poſtremũ capitulum non loqui de relictis ad pias cauſas tantùm, & conſequenter idoneam non eſſe hanc primam interpretationem.

Secunda eſt interpretatio, quæ verſatur in altero extremo, videlicet hanc decretalem accipiendam eſſe generaliter in omnibus legatis tam pijs, quàm profanis, & tam in foro ſeculari, quàm eccleſiaſtico; exploſis iuris ciuilis ſolennitatibus tanquam legi diuinæ aduerſantibus, quæ dicit: *In ore duorum vel trium ſtet omne verbum.* Et ideo non valeant ciuiles leges, quæ ſeptem teſtes requirunt in teſtamentis. ita Hoſt. Ant. Butr. & Abbas in dicto cap. Cùm eſſes. Alciat. in l. 1. in verb. liber ſit ſtylus. C. de ſacroſanct. eccl.

Refellitur hæc ſententia à Couuar. in relect. dicto c. Cùm eſſes, quia dum lex diuina duorum vel trium teſtimonium approbat, indicat non ſufficere vnius teſtimonium, non autem prohibet plures, quàm duos vel tres adhiberi, ſi ita reipub. expedire pro qualitatę cauſæ videatur, & hoc eſt, quòd textus docet in c. Licet vniuerſis, de teſtibus, ſic dicens: *Licet quædam ſint cauſæ, quæ plures, quàm duos exigant teſtes, nulla tamẽ eſt cauſa, quæ vnius teſtimonio, quamuis legitimo, terminetur.*

Tertia eſt ſententia Alciati in cap. Nouit. de iudicijs, num. 47. hanc epiſtolam locum habere in foro conſcientiæ, non autem in foro iudiciali. Pro confirmatione huius ſententiæ perpendit primò verba illa textus: Penitus reſcinduntur. Viſum enim eſt Pontifici Maximo iniquum eſſe, vt teſtamenta abſque iuris ciuilis ſolennitate penitus reſcinderentur, quia debebant ſuſtineri ſaltem per denunciationem euangelicam, de qua in cap. Nouit. de iud. quando veniens ab inteſtato haberet cõſcientiam læſam. Secundò, rationem illam ex lege diuina: *In ore duorum vel trium ſtet omne verbum. Quæ*
A *ratio*, inquit, *fuit introducta, quoad forum conſcientiæ*, vt apparet in euangelio. Tertiò, Alciatus animaduertit Summum Pontificem præſupponere talem in eo Epiſcopatu conſuetudinem fuiſſe, vt teſtamenta reſcinderentur, niſi cum ſubſcriptione ſeptem, vel quinque teſtium fierent; ergo Summus Pontifex loquitur de foro conſcientiæ; non autem de foro contentioſo: quia in foro contentioſo talia teſtamenta non per conſuetudinẽ, ſed per legem reſciſſa fuiſſent. l. Si vnus C. de teſtam.

Non placet hæc interpretatio; quia Summus Pontifex apertè ibi decernit, teſtamenta, quæ parochiani coram presbytero ſuo, & tribus, vel duabus alijs perſonis idoneis fecerint, firma permanere: *Et ſub interminatione anathematis prohibet, ne quis huiuſmodi audeat reſcindere teſtamenta.* Ergo, nemo poterit etiam in foro externo & contentioſo aliter pronunciare, quàm ſit à Pontifice conſtitutum. Nec obſtant illa verba, *penitus reſcinduntur*; quia hoc vult dicere Summus Pontifex, talia teſtamenta reſcindi non debere, *ſed firma permanere*, vt in
B verbis ſequentibus poſtea decernit. Nec illa ratio, *quia in ore duorum*, &c. pertinet ad forum duntaxat cõſcientiæ; ſed etiam ad forum contentioſum, & externũ; quia duo teſtes vel tres regulariter ſufficiunt cap. Forũ. § In omni quoque negocio. de verborum ſignificatione lege. Vbi numerus. ff. de Teſtibus licet in teſtamentis & vltimis voluntatibus ob iuſtas cauſas non ſufficiant ſecundùm leges.

Quod verò Summus Pontifex illam conſuetudinem Hoſtienſis eccleſiæ reprehendat, & per eam teſtamenta infirmari præſupponat, nihil mouet, quoniam abſque vlla hæſitatione dicendum eſt, conſuetudinem illam iuri conſentaneam fuiſſe, quod ex verbis textus patet, dũ ait: *Secundum quod leges humanę decernunt.*

Poſtrema eſt interpretatio vera, communis, & vſu recepta, & ideo amplectenda; Summi Pontificis epiſtolam intelligendam eſſe, vt locum habeat in quibuſcunque teſtamentis, & etiam in foro contentioſo, tam eccle
C ſiaſtico, quàm ſeculari: ſed quantum ad forum ſeculare in ditione Summi Pontificis tantùm, in qua ius canonicum ſeruandum eſt, ſaluis iuris Cæſarei ſolennibus in teſtamento adhibendis, & legibus ea de re loquentibus in foro Cæſaris ſuum obtinentibus vigorem. Hæc interpretatio eſt conſentanea verbis textus, rationi conueniens, & nihil ei obſtare poteſt. Nam Summus Pontifex ſuis in vtroque foro ſubditis ferebat leges, Hoſtienſibus nẽpe ciuibus; Ideo legem ciuilem, qua Imperatores in regionibus ſuis vtuntur, improbare noluit: ſed iudices etiã laicos in eccleſiæ patrimonio, non ſecundum Imperatorum leges, ſed ſecundum ſtatuta canonum de teſtamentis iudicare. Nec enim æquum eſſe cenſuit, vt in rebus temporarijs adiudicandis tam ſoliciti eſſent canones, quàm ſunt leges, honeſtiuſque eſſe iudicauit, in ciuitatibus & oppidis, quę in eccleſiæ iure ac dominio ſunt, non legis ciuilis, ſed canonum conſuetudinem obſeruari. Vide Couuar. in d. c. Cum eſſes. Clarum. §. Teſtamen-
D tum. quæſt. 57. Maſcardum de Probationib. vol. 3. concluſ. 1352. nu. 27.

CAPVT XLVIII.

Hęres an pręſumatur habere notitiam teſtamenti poſtquam hęreditati ſe immiſcuit.

CElebris eſt diſtinctio Bartoli inter ſuos & extraneos hæredes, vt extranei notitiam habere præſumendi ſint teſtamenti à defuncto conditi; ſui autem hæredes, haud quaquam: ita ille docet in lege. Eius, qui in prouincia in V. notab. ff. ſi certum petat. & in l. Qui Romæ. § Duo fratres, in tertia quæſtione. ff. de verborum obligatione, & alibi. Alexand. in dicto. §. duo fratres, numero 53. & ibidem. Ripa & Crot.

Iaſon

Iaſon in d.l. Eius qui num.4. Cagnolus ad l. Qui in alterius.nu.12 de reg iuris, quàm diſtinctionem impugnarunt Fulgoſius, Paulus Caſtrenſis, Crauetta, & alij, quos commemorant Rolandus à Valle, in conſ.36.lib.2. Maſcardus de Probationib. vol.2.concl 780. & concl. 849. Ioſephus Ludouicus deciſ. Peruſina 19.in 1.parte, & iſti latè & copioſè adferunt authores, qui Bartoli ſententiã ſecuti ſunt, eam communiorem eſſe profitentes, qua de re, non tam ipſe ſolicitus ſum, quàm vtra ex dictis ſententijs iuri magis conſona videatur.

Pro Bartoli diſtinctione, quãtum ad ſuos hæredes attinet, pugnare videtur regula iuris: Ignorantia præſumitur, niſi probetur ſcientia. l. Verius ff. de probat. c. Ignorantia de reg iur. lib.6. Deinde ratio illa, quòd cum ipſo iure hæredes ſint. l. 3. C. de iure delib. §. Sui. in Inſtit. de hæred. qualit. & differ. ſiue teſtamentum conditum ſit, ſiue inteſtatus parens deceſſerit, neceſſe non eſt vt teſtamentum inſpiciant: & ideo nullla eſt cauſa, cur præſumere debeamus ipſos notitiam habuiſſe teſtamenti conditi.

Quantum verò ad extraneos attinet, quoniam hæredes non poſſunt eſſe aliter, quàm ex teſtamento, neceſſe eſt, vt ſciant hæreditatem ex teſtamento delatam eſſe, atque adeò ſe inſtitutos hæredes. Quare cùm viderimus eos immiſcuiſſe ſe hæreditati, & pro hęredibus ſe geſſiſſe; in conſequentiam quaſi neceſſariam exiſtimare debemus eos notitiam teſtamenti habuiſſe.

Pro contraria autem ſententia hoc argumentum adfertur. Sui hæredes beneficium habent abſtinẽdi §. Sed his prætor. in Inſtit. de hæred. qualit. & differ. Quamobrem eſt perinde, ac ſi liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent. l. Nam & emancipatus. de leg. 2. Ergo ipſo iure ſunt hæredes non magis, quàm emancipati vel extranei. Et ſicut clauſis tabulis teſtamenti ſui poſſunt hæreditatem adire. l. 3. C. de iure delib. Ita etiam & extranei. l. Vn §. In nouiſſimo. C. de cad. tollend Quare nõ videtur inter ſuos & extraneos, quantum ad hunc effectum attinet, conſtituenda differentia.

Reſpondet Alexander in l. Qui Romæ. §. Duo fratres poſt nu.53. ff. de verb. oblig *Si quęratur, an ad hoc, vt per immixtionem fiat filius in poteſtate cum effectu heres, adeò quod poſſit conueniri à creditoribus hęreditarijs, & quoad alios effectus, quos non operatur ſola exiſtentia ſuitatis: & verum eſt, quod ad talem effectualem immixtionem requiritur illa eadem notitia teſtamenti, quę requiritur in emãcipato, vel in extraneo. Aut ſolùm quęrimus, an eo ipſo, quod filius in poteſtate confitetur ſe ſimpliciter hęredem, etiam abſque eo, quod dicat eſt teſtamẽto vel ab inteſtato: vel vbi non apparet, quod dixerit ſe hęredem, aliquo modo pręſumatur habere ſcientiam contentorum in teſtamento; & ſic non poſſit poſtea allegare ſe ignoraſſe contenta in teſtamento, & tunc dicendum eſt, quod non pręſumitur ſcientia.* Hactenus Alexander.

Sed certè doctores loquuntur, quantum ad effectualem immixtionem, vt ipſe loquitur, verbi gratia, ſi quid hæres fecerit, promiſerit, dixerit, tanquam hęres: & dicunt non præſumi notitiam contentorum in teſtamento, & fideicommiſſorum habuiſſe, ſi ſit ſuus, puta per diuiſionem hęreditatis factam, quæ ſine dubio ſit poſt immixtionem: & tamen dicunt renunciatum fideicommiſſo non cenſeri; quia non pręſumitur hęres ſuus notitiam habuiſſe fideicommiſſi.

Ego in hac controuerſia ſic ſtatuo, ſi clauſis tabulis teſtamenti adeatur hęreditas, prout adiri poſſe conſtitutum eſt in d.l. Vn §. In nouiſſimo. C. de cad. toll. tam in ſuis hęredibus, quàm in extraneis ignorantiam contentorum in teſtamento pręſumendam eſſe: quia cùm tabulæ ſint clauſæ, teſtamenti tenor proculdubio ignoratur.

Cęterùm, ſi non clauſæ proponantur tabulę teſtamenti, puto ſcientiam præſumi, quia non poteſt hæreditas adiri, quantum ad hoc, vt oneribus hęreditarijs obligetur

A tur hæres (in quibus terminis hęc quæſtio accipiẽda eſt) niſi hæres ſciat an ab inteſtato, vel ex teſtamento fuerit delata: Item an pure vel ſub cõditione inſtitutus fuerit. Moueor ex l 22 ff. de acq. hæred. Paulus: *Nam vt quis pro hærede gerendo obſtringat ſe hęreditati, ſcire debet, qua ex cauſa hęreditas ad eum pertineat, veluti agnatus proximus iuſto teſtamento ſcriptus hęres antequam tabulę proferantur, cùm exiſtimaret inteſtatò patremfamil mortuum, quamuis omnia pro domino fecerit, hęres tamen non erit.* Et ex l. 32. ff ed tit. Vlpianus: *Sed etſi ſcit,* hæres, *ſe hęredem inſtitutum, ſed vtrũ purè, an ſub conditione ignoret, non poterit adire hęreditatem, licèt purè hæres inſtitutus ſit, vel ſub conditione, & paruerit conditioni.*

Si ergo adiri non poteſt hæreditas, niſi cognito tenore teſtamenti, nec antequam tabulæ teſtamenti proferantur, ſequitur dicendum, ſi fuerit adita hæreditas, & hæres ſe obſtrinxerit ad aliquid faciendum, præſumendum eſſe (ſi dicamus valere geſta ab hærede) ipſum cognouiſſe, ex qua cauſa ſibi delata ſit hæreditas, & quo

B modo hæres inſtitutus fuerit, & conſequenter teſtamenti notitiam habuiſſe: Neque enim veriſimile eſt eum, qui vnam partem teſtamenti vidit, reliquas partes ignorare.

CAPVT XLIX.

An hęreditas repudiata eſſe intelligatur, cùm quis dixit, ſe nolle hæreditatem adire.

SI quis dixerit, ſe nolle hæreditatem adire; controuerſia eſt, an videatur hæreditatem repudiare, vt videre licet ex Gloſ. & doctoribus ad l. Qui ſe patris. C. vnde liberi tam antiquis quàm recentioribus: & præterea ex Mantica de coniecturis vlt. volunt. lib.12. tit. 14. Maſcardo de Probat. vol 2. concluſ. 853. Menochio de Præſumpt lib.4. Præſumpt. 102. nu.5. Mihi & verborum

C naturam, & eorum vſum apud Iuriſconſultos intuenti, probabilior eorum ſententia videtur, qui dixerunt huiuſmodi verbis repudiationem ſignificari. Nam negari nõ poteſt, quin horum verborum ea ſit vis, & ſignificatio, quòd quis nolit hæres eſſe, & hæreditatem acceptare, conſequenter quòd hæreditatem repudiet, & habere nolit. Et cùm Paulus dicat: *Recuſari hęreditas non tantũ verbis, ſed etiam re poteſt, & alio quouis indicio voluntatis:* l Recuſari. ff. de acq. hęred. non video, quod ſit maius indicium voluntatis, quàm ſi quis dicat, ſe nolle hæredẽ eſſe, vel hæreditatem adire.

Sed Iuriſconſultos audiamus, & verborum. & rerum optimos magiſtros. Paulus: *Filius, qui ſe nolle adire hęreditatem matri dixerit, an poſſit mutata voluntate adire, antequàm conſanguineus vel agnatus adierit, videndum, propter hæc verba: Si nemo filiorum volet hęreditatem ſuſcipere, quib extenſiua ſunt. & cum verba extenſiua ſint,*

D *pœnitentia eius, vſque ad annum admittenda eſt, &c.* l. Filij. § 1. ff ad Tertyll.

Vlpianus: *Si nemo filiorum, eorumue, quibus ſimul legitima hęreditas defertur, volet ad ſe eam hęreditatem pertinere, ius antiquum eſto. Hoc ideo dicitur, vt quamdiu vel vnus filius vult legitimam hæreditatem ad ſe pertinere, ius vetus locum non habeat Itaque ſi ex duobus alter adierit, alter repudiauerit hæreditatem, ei portio adcreſcet.* l. 1. §. Si nemo. ff ad Tertyll.

Vides quod dictum eſt: *Si nemo volet ad ſe hęreditatem pertinere,* idem eſſe quod repudiare.

Vlpianus in l. 1. § Qui ſemel ff. de ſucceſſ edicto. *Qui ſemel voluit bonorum poſſeſſionem petere, perdidit ius eius, etſi tẽpora largiantur Vbi n noluit, iam cepit ad alios pertinere bonorum poſſeſſio, aut fiſcum inuitare* Idem Vlpianus, paulò infrà: *Quibus ex edicto bonorum poſſeſſio dari poteſt, ſi quis eorum aut dari ſibi noluerit, aut in diebus ſtatutis non admiſerit: tunc cęteris bonorum poſſeſſio perinde*

com-

competit, ac ſi prior ex eo numero non fuerit.

Et quid eſt, quod ſcribit idem Vlpianus. l. Nolle. ff. de acquir. hæred. *Nolle adire hæreditatem non videtur, qui non poteſt adire?* Niſi dicamus nolle adire hæreditatem, perinde valere, atque ipſam hæreditatem repudiare. Et quia is repudiare poteſt, qui poteſt acquirere. lege. Is poteſt. ff. eodem titulo, rectè colligi, eum non videri nolle adire, hoc eſt, repudiare hæreditatem, qui non poteſt adire.

Denique huc etiam pertinet, quod ſcribit Paulus in l. In plurium. § vt. ff. de acquir. hæredit. *Et ideo dicendũ eſt, & in eo caſu, ſi reſponderit, neutram hæreditatem ad ſe velle pertinere, bona defuncti a creditoribus poſſidẽda ſunt.* Item quod reſpõdit Vlpianus in l. Si ſeruum. § Si quis ſuus. ff. eod. tit. *Si quis ſuus ſe dicit retinere hæreditatem nolle, aliquid autem ex hæreditate amouerit, abſtinendi beneficiũ non habet.* Et l. Filium 60. ff. eod. ibi: *Nam filius emancipatus cùm hæreditatem teſtamento datam, ad ſe pertinere noluit, continuo ea ad ſubſtitutum hæredem tranſit.*

B Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, non hoc decidi his legibus & reſponſis, quod illa verba: *Nolo hæreditatem adire*, repudiationem ſignificent, ſed præſupponi hæreditatem repudiari, & de repudiationis effectu diſputari, & reſponderi. Sed hoc ego contendo, verba illa ita à Iuriſconſultis vſurpari, vt ſignificent hæreditatis repudiationem, atque idem eſſe Iuriſconſultis repudiare, & nolle adire hæreditatem; quòd ſanè negari non poteſt.

Quod verò dicunt pro contrariæ ſententię fundamẽto, hæc verba: Nolo adire hæreditatem, Nolo hęres eſſe, accipi etiam poſſe de eo hærede, qui liberare velit, quaſi nondum deliberauerit, non tamen abſolutè velit hæreditatem repudiare, nihil mouet. Poteſt enim huic rectè obijci, vt ſententiam quidem ſuam retineat, ſed alijs vtatur verbis: Nondum decreui hæreditatem adire, Nondũ adeo, Deliberabo. Hæc verba non ſignificant repudiationem, & ad hæredem deliberare volentem pertinent: non autem illa: Nolo hæreditatem adire, neque enim includunt animum deliberandi, ſed voluntatem indicant C ab hæreditate adeunda alienam, quod voluntatis indiciũ ſufficit ad repudiationem inducendam ad l. Recuſari. ff. de acquir. hæred.

Quæ verò adſeruntur leges pro huius ſententię confirmatione, confutatione non egent, nihil enim iuuant eam ſententiam l. Nonnunquam. ff de collat. bonor l. Celſus §. vlt. cum l. ſeq. ff. de recept. arb. l Quia poterat. ff. ad Trebe l. & ſi quæ ſunt aliæ, nihil iuuant eam ſẽtẽtiam, vt quilibet videre poteſt imò ex l Quia poterat. contrarium ſumi poteſt argumentum, ex illis verbis: *Quia poterat fieri, vt hæres inſtitutus nolit adire hæreditatem, &c.* Noluit adire, id eſt, repudiare: ideo cogi poteſt à fideicommiſſario, vt ibi dicitur.

CAPVT L.

D

His verbis: Volo hęreditatem adire, an cenſeatur adita hęreditas?

NOn cenſeri aditam hęreditatem his verbis ab hęrede prolatis. *Volo hęreditatem adire*, ſcriptum reliquerunt multi, ijque grauiſſimi authores, nonnullis tamen moderationibus adhibitis. Bartolus, in l. Gerit, nu. 10. ff. de acquir hæredit. Menochius alios citans de arbitrarijs iudicum, caſu 456 num. 21. & nouiſſimè de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. 100. nu. 10. Mantica de coniect. vlt. volunt lib. 12. tit. 11. Maſcardus de Probationibus, vol. 1 concl 41 nu. 5.

Fundamentum eſt, quia non hæc videtur eſſe mens proferentis eiuſmodi verba, ut tunc hæreditatem adeat, ſed eiuſmodi verbis ſignificat ſe adire velle, ſcilicet alio

A tempore, ſicut cùm quis dicit; *Ego volo eligere, teſtari, ire, agere*, non tunc eligit, nec teſtatur; ſed in tempus futurum ſuam refert diſpoſitionem.

Sed contrarium docuerunt Raphael Cumanus & Aretinus in d. l. Gerit. regulariter ex ijs verbis aditionem hæreditatis induci affirmãtes, quibus me ſocium adſcribo. Etenim latum mihi uidetur eſſe diſcrimen inter aditionem hæreditatis, & alios actus, qui pro ſimilibus adferri ſolent. Nam, verbi gratia, actus teſtandi non expeditur per ſolam & nudam voluntatem, quam quis habet teſtamentum faciendi: ſed neceſſe eſt, vt ad rem ipſam, nempe ad teſtamenti confectionem procedat, & cum effectu teſtetur. Sic & electio ſola voluntate non fit, ſed requirit actum ipſum. Et ſi quis dicat, volo relinquere, & ſimilia, requirit iſta factum ipſum, & actum apparentem & realem. Verùm hęreditatis aditio non eſt huiuſmodi, ſed nuda voluntate expeditur. Paulus: *Gerit pro hęrede, qui animo agnoſcit ſucceſſionem.* l. Gerit. ff. de acquirenda hęreditate l. Si auia, ibi: *Et ſola animi deſti-*

B *natione pater tuus hęres fieri poterat.* C. de iure delib. Iuſtinianus in § vlt. in Inſtitut. de hæredum qualit. & diff. *Poteſt aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate hęres fieri.* Quare ſi quis dicat *Volo hęreditatem adire*, videtur mihi ſatis clarè ſuam voluntatem exprimere, & quia nuda voluntas ſufficit, videtur eo ipſo hæreditatem adire, & agnoſcere. Id fatentur Doctores contrariæ ſententiæ, ſi quis dicat: *Volo hęres eſſe*, ex l. Iam dubitari. ff. de acquirenda hæred. Quæ igitur hęc eſt ſubtilitas, id negare, cùm quis dicit: *Volo hęreditatem adire?* Profectò hæc non differunt: qui enim vult hæres eſſe, vult hæreditatem adire; & econtrariò, qui vult hæreditatem adire, vult quoque hæres eſſe.

Denique, ſi vera eſt ea ſententia, quam in capite pręcedenti poſui, atque defendi, illa verba: *Nolo adire hęreditatem*, repudiationem indicare, non intelligo, cur & hęc ſententia vera non ſit, verba iſta, *Volo adire hęreditatem* aditionem importare, atque ſignificare. Aditio enim, & repudiatio iiſdem regulis conſiſtunt. § vlt. in

C Inſtitut. de hęredum qual. & diff. ibi: *Sicut autem nuda voluntate extraneus hęres fit, ita contraria deſtinatione, ſtatim ab hęreditate repellitur*, & idem probat lex. Sicut. C. de repud. hęred.

Excipio ſpeciem illam, in qua manifeſtè apparet, eum, qui dicit, *Volo hęreditatem adire*, non habuiſſe animum tunc adeundi, quod vix arbitror accidere poſſe, niſi quoties conditione annexa proferuntur illa verba, puta: Volo hęreditatem adire, ſi prius inuentarium fecero, eius vires cognouero, ſi hoc vel illud erit. Alioqui certè mihi videntur illa verba tam apertè animum adeundi, & deſtinationem voluntatemq; ſignificare, vt uix dubitandi mihi locus videatur, licet contraria ſententia magnos habeat propugnatores.

CAPVT LI.

D

Aditio hęreditatis an ex eo inducatur, quòd debita quis non ſoluerit?

SIt hęc facti ſpecies. Paterfamil. dotem ab vxore accepit, ex ea liberos ſuſcepit: Vxor moritur, liberis infantibus relictis, ſi nõ reſtituerit dotem acceptã, videtur filiorũ noĩe matris hęreditatem adire, iuxta l. Si infanti. C. de iure delib. Similiter, ſi liberi grandiores natu, dotẽ matris defunctę (patre quoque mortuo) non reſtituant, videntur matris hęreditatem adire. Ita docuit Bartolus in l. nu. 28. ff. de acquirẽda hęreditate; id ita ſibi locum vendicare dicens, ſi filij ipſi ex hoc ſe hęreditatẽ adiuiſſe allegauerint, non ſi alij, aditę ab eis hęreditatis inde argumentũ attulerint. Bartolum ſecuti ſunt quamplurimi apud Manticam de coniecturis vltimar. volunt. lib. 12.

lib.12.tit.13. & apud Menochium de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt.cap.7.nu 89.

Sed contrarium multi docuerunt, Baldus in l.1. num. 40.C.Qui admitti.& alibi ſæpe Salicetus in l. Cum antiquioribus, num. 3.C.de iure delib. Aretinus ad l. Gerit. num.5 Zaſius in l.Etſi contra tabulas,in fine.ff.de vulg. & pupillari.

Argumenta prioris ſententiæ hæc ſunt. Primum eſt ex l.Recuſari.ff de acquirenda hæreditate. Paulus: *Recuſari hæreditas non tantùm verbis, ſed etiam re poteſt & alio quouis indicio voluntatis.* Exemplum attulit Iacobus de Arena, cùm quis negligit res hæreditarias, & patitur eas interire; & ſic ex non facto, vt Doctores loquuntur, induci poteſt repudiatio: ergo ſimiliter & aditio, quia iiſdem regulis conſiſtunt l.Sicut.C. de repud. hæred. §. vlt.in Inſtit.de hæred.qualit.& diff.

Hoc argumentum ideo nullius momenti mihi videtur, quòd vt maximè verum eſſe proponatur, iiſdem regulis aditionem ac repudiationem conſiſtere, & ex non facto, ſiue ex negligentia repudiationem induci: non tamen inde efficitur, ex negligentia, ſiue ex non facto, quo de agitur, induci. Non enim ex omni negligentia induci poſſe, vel aditionem, vel repudiationem, probatur, ſed ex ea, quæ indicat animum repudiandi: quamobrem probandum eſt, hanc, qua de agimus, negligentiã animum adeundi indicare.

Secundum argumentum eſt ex l.vlt.§. Sin autem aliquis.C. de iure delib. Iuſtinianus: *Vt ſciant omnes, quod omnimodò poſt petitam deliberationem, ſi adierint, vel pro hærede geſſerint, aut non recuſauerint hæreditatem, omnibus in ſolidum hæreditariis oneribus teneantur Si quis autem temerario propoſito deliberationem quidem petierit, inuentarium autem minimè conſcripſerit: & vel adierit hæreditatem, vel minimè eam repudiauerit, non ſolum creditoribus in ſolidum teneatur, ſed etiam legis falcidiæ beneficio minimè vtatur.*

His verbis patet, aditionẽ hæreditatis induci, & probari ex eo, quod quis poſt tempus ſibi datum ad deliberandum, eam non repudiat; ſiue enim adierit, ſiue non recuſauerit hæreditatem, hæreditariis oneribus tenetur, & ſic adiuiſſe hæreditatem intelligitur.

Hoc argumentum nihil ad rem pertinet, quia tempus ad deliberandum conceditur, vt vel hæreditas adeatur, vel repudietur: ſi ergo lapſum fuerit tempus, & hæreditas repudiata non fuerit, meritò adita eſſe videtur: quę res quàm longo à quæſtione propoſita diſtet internallo, nemo non intelligere poteſt. Neque enim in ſpecie noſtra certum tempus ad deliberandum hæredi conceditur, an velit adire, vel repudiare Quare etſi textus iſte à Bartolo rectè allegatus ſit: *quando ſcilicet ad petitionem creditorum aſſignatus eſt terminus heredi ad adeundum, vel repudiandum, & intra terminum nihil facit*, non tamen rectè applicatur ad quæſtiones & exempla, quę poſtea ipſe Bartolus proponit, in quibus non ita terminus hæredi eſt aſſignatus ad adeundam, vel repudiãdam hęreditatem, & in his noſtra verſatur in præſenti diſputatio, quare nihil ad eam argumentum allatum pertinere, manifeſtum eſt.

Tertium argumentum eſt. Debitor adueniente die tenetur ſoluere.l. Magnam.C.de contrahen.& commit. ſtip.ſi non ſoluat, dicitur eſſe in mora Sed mora eſt delictũ l. Quod te.ff.ſi cert.pet l.Qui ſine, de reg.iur.l Omne delictum.ff.de re milit. Delictum autem non præſumitur.l.Meritò. ff. pro ſocio. Ergo in dubio præſumere oportet hæredem, eundemque debitorem ideo non ſoluiſſe debitum, quoniam hęreditatem adire voluerit; quo caſu debitum ipſum extinguitur.

Sed hoc argumentum ita confectum, non admodum eſt forte; primò, quia negari poteſt moram eſſe delictũ; eſt quidem culpa, negligentiaue, ſed non delictum, & loquimur de mora in ſoluendo debito commiſſa, non de militis ſegnitia, contumacia, vel deſidia, de qua loquitur A tex.in d.l. Omne delictum.ff.de re milit. Illa enim meritò ponitur; quia eſt contra diſciplinam militarem, vt ibi dicitur. Secundò, quia debitor, qui non ſoluit, à culpa excuſatur hoc in caſu, cùm nullus hæres eſſet, cui ſolueret.l. Pecuniæ ff.de vſuris §.vlt. ibi. Si tamen poſt mortẽ creditoris nemo fuit, cui *pecunia ſolueretur, eius temporis inculpatam eſſe moram conſtitit*

Poſtremum argumentum eſt huiuſmodi: Sicut hæreditas aditur ſolo animo, qualitercunque fuerit declaratus.l. Pro hærede.l Gerit.ff de acquir hæredit. Ita etiam peculium ſeruo adimitur nuda voluntate.l. Non ſtatim. ff. de peculio. Sed ſi dominus eſt debitor ſerui, & non ſoluit, in dubio creditur illud de peculio adimere, ſeu diminuere voluiſſe. l. Peculium.§.Sicut.ff. de peculio leg. Ergo ſic, & in propoſito caſu, ſi debitor non ſoluit, probabilis eſt coniectura, eum voluiſſe adire hæreditatem.

Sed longè hæc diſtant, & valdè diſſimilia ſunt Peculium, Dominus, ademptio, hæreditas. Hæres, nõ ſolutio debiti, hæreditatis aditio. Quare argumentum proculB dubio ſatis firmum & ſolidum non eſt; & ipſum retuliſſe, confutaſſe eſt.

Sed & poſterioris ſententię argumenta non ſatis firma ſunt. Adfertur enim l.Cum antiquioribus.C.de iure delib. vt ex ea probetur, in adeunda hæreditate factum requiri, propter verbum *geſſerit*, quod argumentum nullius eſt argumenti, cùm ex nuda voluntate aditio inducatur.§.vlt. Inſtit.de hæred qual & diff. Item l.Nõ hoc. C.vnde legitim quæ nihil facit propter illa verba: acquirendę ſibi hęreditatis. Item l.Si filius.C. de petit. hæred. vbi aditio præſumitur ex longi temporis patientia; ſed non rectè ex eo licet argumentari, aditionem non induci, licet longum tempus nõ præterierit, ſi alia adſint voluntatis eius adeundæ argumenta atque indicia Et quædam aliæ adferuntur leges, quæ nullum pręſtant probabile argumentum. Illud nonnihil vrgere uidetur, aditionem præſumendam non eſſe in dubio hęrede tacente, ne videatur ſe oneribus hęreditariis obligare, argumen.
C l Inuitus.ff de probat. & eius quod vulgò dicitur: tacentem non videri conſentire in ſui præiudicium.l.Qui vas. §. Vetare ff de furtis, cum aliis ſimilibus.c.Qui tacet, de reg.iur lib.6.

Mihi tamen diligenter totam hanc diſputationẽ mẽte agitanti, prior ſententia veriſſima videtur. Nam omiſſa nimia quadam iuris ſubtilitate, quæ plerumque pernicioſa eſt, ipſam iuſtitiam, æquitatem, veritatem conſiderandam arbitror; Tum quod rationi magis conſentaneũ eſt, & veritati magis proximè accedit, ueriſimiliuſque & probabilius uidetur, nobis hęc ſpecies proponitur. Filii vocantur ad matris defunctæ hęreditatem; aut eam adire debent, aut repudiare. Si repudiare uolunt, illa defertur proximioribus, ſecundùm ordinẽ edicti ſucceſſorii, quibus ipſi filii bona materna, tanquam hęredibus, ſcilicet dotem, & ſi qua fuit alia bona, reſtituere tenentur. Si adire velint, omnia bona materna conſequuntur, & iuſtiſſimè retinent. Iam nobis non
D conſtat, an voluerint adire, uel repudiare; ſed conſtat eos nemini bona materna reſtituiſſe lapſo iam tempore, quod legibus ad dotem reſtituendam hæredibus vxoris conſtitutum eſt. Hic alterum ex duobus pręſumerę debemus, eos, vel adiuiſſe hęreditatem, uel repudiaſſe: Si præſumamus eos repudiaſſe, multa ex hoc incommoda oriuntur. Primum eſt, quòd dicere cogimur filios iniuſtè bona materna retinuiſſe, cum aliis legitimis hæredibus ea reſtituere deberent, ſecundum quod ſuam hanc repudiandi voluntatem iniuſtę occultauerint, & non manifeſtauerint; tenebantur enim repudiare palàm, ut cæteris adeundi hæreditatem poteſtas eſſet, ipſis recuſantibus. Tertium eſt, quòd non ſit veriſimile, ſi filii repudiaſſent, alios defuturos hæredes, qui adiuiſſent hæreditatem, aut ſimiliter eam repudiaſſent. Si verò præſumamus filios adiuiſſe, omnia incommoda ceſſant, & res uero ſimilis, & rationi con-

ſona uidetur. Nam ſi filij ſunt, meritò ſunt hæredes. Iſti maximè præſumuntur; quia bona materna retinuerunt. Cur matris hæreditatem repodiaſſent, retinendo dotem ? non expreſsè eam recuſando, non dotem offerendo, alijs, qui ad hæreditatem vocantur, deponendo ? Si igitur hæc præſumptio locum habeat, ceſſat omnis iniuſtitia, & id quod naturæ, rationi, veritati maximè conſentit, aſſeritur. Si contraria præſumptio præferatur, filios iniquos iudicamus aliena retinentes ; hæreditatem iacuiſſe, & a nemine aditam fuiſſe fateri cogimur, quid plura ? à veritate, à ratione, ab æquitate diſcedimus animam iuris ſubtilitatem ſequentes. Multa huc adferre poſſem ad oſtendendum ex generalibus Doctorum regulis præferendam hanc, quam ſequimur, interpretationem, ſed quia τριλῦτοις hæc ſcribo, non dupondijs, uotiſſima referre ſuperſedeo.

CAPVT LII.

Aditio hæreditatis, an ex fructuum perceptione inducatur?

NOn cenſeri aditam hæreditatem ex eo, quòd is, cui delata eſt (id non ignorans) fructus ex rebus hæreditarijs perceperit, ſed ſtandum eſſe ipſius hæredis declarationi Bartolus docet in l. Gerit. num. 24 quem ſequi videtur Ruinus in conſ 113 num. 4. lib. 3. & Menochius de Præſumpt. lib 4. Præſumpt. ca. 1. num. 71. quibus ego non aſſentior. Fundamentum enim ponunt l. Pro hærede. §. Seruos. ff. de acq hær. quæ lex eam ſententiam nihil iuuat. Verba eius hæc ſunt: *Seruos hæreditarios pauit* (hæres) *iumẽta, aut pauit, aut diſtraxit. ſi hoc, vt hæres geſſit ; pro hærede, aut ſi non, hæres, ſed ut cuſtodiat: aut putauit ſua, aut dum deliberat, duo fecit, conſulens, ut ſalua ſint res hæreditariæ, ſi fortè ei non placuerit, pro hærede gerere: apparet non videri pro hærede geſſiſſe: Proinde, etſi fundos, aut ędes locauit, uel fulſit, uel quid aliud fecit, non hoc animo, quaſi pro hærede gereret, ſed & dum ei, qui ſubſtitutus eſt, vel ab inteſtato hæres extiturus proſpicit aut res tempore perituras diſtraxit, in ea cauſa eſt, vt pro hærede non geſſerit: quia non hoc animo fuerit.*

Hæc lex Vlpiani ideo non iuuat Bartoli ſententiam, quia loquitur de eo, qui hæc fecit non eo animo, vt pro hærede gereret; Sed nos loquimur in dubio, cùm videlicet non conſtat, hæredem animum non habuiſſe pro hærede gerendi, ſed incertum eſt, & hoc in caſu videtur præſumendum hæredem ea feciſſe animo adeundi, & gerendi ſe pro hærede. Id ex Vlpiano eadem legè non obſcurè colligitur in verbis procedentibus, dum ita ſcribit: *Et ideo ſolent teſtari liberi: qui neceſſarij exiſtunt, non animo hæredes ſe gerere, quæ gerunt: ſed aut pietatis, aut cuſtodię cauſa, aut pro ſuo, &c.*

Hæc igitur proteſtatio operatur, vt non præſumatur hæres animo adeundi hæreditatem, ea quæ ſequuntur in eadem lege geſſiſſe, ex quo rectè inferri videtur ex factis iſtis adeundæ hæreditatis animum præſumi; alioquin ſuperflua proteſtatio eſſet.

Et hęc ſententia, quod ex fructuum perceptione arguatur aditio hæreditatis euidenti argumento, vera eſſe demonſtratur. Nam certum eſt ex fructuum perceptione poſſeſſionem probari. l. Tina. ff de ſoluto. latiſſimè id probat Maſcardus de probationibus vol 3. concl 1183 Ergo hæres fructus percipiendo dicitur res hæreditarias poſſidere. Sed non poteſt res hæreditarias iuſtè poſſidere. Sed non poteſt res hæreditarias inſtè poſſidere, niſi pro hærede ſe gerat Nullam enim aliam cauſam eum habere poſſidendi ſupponendum eſt: Ergo præſumere debemus eum iniuſtè poſſediſſe. Hoc autem eſt abſurdum; quia cùm poteſt alia coniectura ſumi, ceſſare debet illa, quæ dolum includit, ſecundum regulas vulgares.

A Dices poſſe capi coniecturam, eum cuſtodiæ cauſa fructus percepiſſe, vel vt ſubſtituto, aut hęredibus alijs proſpiceret? Reſpondeo, proteſtationem requiri, ut locum habeat hęc coniectura, qua ſcilicet declaret, hęres ſe cuſtodię cauſa id feciſſe, vel aliam ob cauſam, argum. d. l. pro hærede. in illis verbis: *Vt ideo ſolent teſtari liberi, &c.*

Nulla facta ab hærede proteſtatione, præſumi debet ſuo nomine potius, quàm alieno fructus collegiſſe. Id enim eſt magis vero ſimile, & iuris præſumptioni conſonum, iuſtius eſt, ſæpius fit, ſua enim quiſque curat magis, quam aliena Denique alieno nomine hæredem nihil proteſtantem id feciſſe, poſſibile eſt; ſuo autem nomine feciſſe veriſimile eſt.

Atque ita repudiata Bartoli ſententia docuerunt Imola in l. Gerit col. vlt ff de acquir. hæred. & ibidem Aretinus colum. 5. verſ. In quantum. etiam ipſe Bal in l. 1. C. de repud. hæred. Corneus conſil. 103. num. 4 lib. 3. Barbatia conſil. 5 colum. 3 in fine lib. 1. Mantica de coniect vltimar. volunt. lib. 12. tit. 12. num. 8. verſi. Illud autem. qui-
B bus & ipſe aſſentior.

CAPVT LIII.

Hæreditatis aditio an inducatur ex habitatione domus paterna.

VIdeo tres diuerſas interpretum ſententias in hoc iuris articulo: ſi filius poſt mortem patris domũ paternam habitauerit an hæreditatem videatur in dubio adiuiſſe. Nam aliqui id negant, & probandum eſſe contendunt filium habitaſſe, tanquam hæredem. Alij affirmant. Alij denique ita hanc rem explicant, ſi filius dotis maternæ cauſa hypothecam in domo habuerit, & ideo eo nomine habitare potuerit, præſumitur adiuiſſe hęreditatem, uel non adiuiſſe, prout ei vtilius eſt, in
C eoque ſtandum eius aſſertioni & teſtimonio Vide Bartolum in l. Gerit. num 21 ff. de acq hęr & ibi Caſtr. Aret. Imolam & alios, Baldum in l. Non hoc. & ibidem Sal. Alex. & alios. Manticam de Coniecturis vltimar. voluntatum, lib. 12. tit. 12. num. 8. Maſcardum de Probationibus, vol. 1. concl 44. num 22 & concl. 45. in prin. Menochium de Pręſumpt. lib 4. Pręſumpt. cap T. num. 34. Ego eorum ſententiã magis probo, qui affirmãt, ex habitatione domus pręſumendum eſſe filium hæreditatem adiuiſſe paternam Moueor duobus argumentis, quorum primum ſumitur ex lege, alterum ex iuris ratione. Quod attinet ad primum, illud ſumitur ex. l. 1. C. de repud hær. Imperator Antoninus: *Si paterna hęreditate te abſtinuiſſe conſtiteris, & non ut hęredem in domo, ſed vt inquilinum vel cuſtodem, vel ex alia iuſta ratione habitaſſe, liquidò fuerit probatum: Ex perſona patris te conueniri procurator meus prohibebit.*

Hac lege apparet filium probare oportere ſe a paterna
D hęreditate abſtinuiſſe, & non ut hęredem in domo habitaſſe; ergo pręſumitur in dubio habitaſſe, tanquam hęres patris. Nam ſi id non pręſumeretur, ſed probandum eſſet, filio non incumberet probatio, ſe paterna hęreditate abſtinuiſſe: quia fundatam haberet intentionem, vt loquuntur noſtri ex ſola negatione, ſe tanquam hęredem patris habitaſſe; ſed Imperator probationem requirit, per quam conſtet filium ſe abſtinuiſſe ab hęreditate patris, & non tanquam hęredem in domo habitaſſe; ergo argumentum hinc ſumitur filium habitantem in paterna domo, pręſumi hęreditatem patris adiuiſſe, & tanquam hęredem in ea habitaſſe.

Quod verò ad alterum argumentum attinet, illud eſt huiuſmodi. Hæreditatis aditio pręſumitur ex facto, quod licitè & iuſtè geri citra ius & nomen hęredis non poteſt. l. Pro hęrede. §. Papinianus. ff. de acqu. hær. ibi:

Itaque nunc pro hæredegeri dicendum eſſe ait: quotiei accipit, quod citra nomen, & ius hæredis accipere non poterat.

Dixi *iniuſtè & licitè*; quia de facto & iniuitè multa fieri poſſunt citra ius & nomen hæredis in aliena hæreditate. Sed filius toſtè domum paternam habitare non poteſt citra ios & nomen hæredis; Ergo domum habitando præſuminir pro hærede ſe gerere, & ſic hæreditatem adire.

Minor propoſitio probatur: qoia, ſi filius nollt hæres eſſe, poſſidere non poteſt bona patris, ſed illa pertinent ad alios hæredes ſubſtitutos, vel ab inteſtato vocatos. Si dicatur poſſidere filium poſſe, vel cuſtodiæ cauſa, vel vt deliberet, an velit adire, vel repudiare; reſpondeo, id fieri poſſe, ſed non præſumi, & neceſſariam eſſe proteſtationem filij, vt in d. l. Pro hærede. ff. de acq hæred. ibi: *Et ideo ſolent conteſtari liberi non animo hęredis ſe gerere, quę gerunt, ſed aut pietatis, aut cuſtodię cauſa.* Et ratio eſt Nam filius poſſidere poteſt ex titulo pro hærede, de quo iam cooſtat; qoia ſi filius, ergo hæres, & quidem hæres ſuus, & id plenum, & certum eſt: vtrum autem cuſtodiæ B cauſa poſſidere velit, incertum eſt, eo præſertim id non conteſtante. Ergo in dubio præſumendus eſt filius poſſidere domum paternam ex titulo, de qoo iam conſtat, quam ex cauſa, quæ in certa eſt, & non apparet. Præſumitur enim qois poſſidere ex titulo præambulo. l. 1. §. 1. ff. de except. rei vend. l. 1. C. de acq poſſeſſ. l. Non ſolùm. §. Quod vulgo. ff. de vſu cap. vbi illa verba ad rem noſtram pertinent: *Idem hic, ſi a domino hęres inſtitutus fuerit, vel bonorum poſſeſſionem acceperit, incipiet pro hærede poſſidere.*

Rurius, ſi dicatur filium poſſidere poſſe, ex cauſa dotis maternæ propter hypothecam quam habet in bonis paternis, iuxta l. Vn. C. de rei vxo. act. Reſpondeo, nullo iure conceſſum creditori, vt propria autoritate bona debitoris poſſideat, id probatur in l. Dotis. C. ſol. matr. ibi: *Ingredi enim poſſeſſionem rerum dotalium hęredibus mariti non conſentientibus, ſine autoritate competentis iudicis nullam habet facultatem.* C

Porrò contrariæ ſententiæ argumentum facilè confutatur. Eſt enim ſumptum ex l. Non hoc. C. vnde legitimi. Diocletianus: *Non hic, an tenuerit quis res hereditatis necne ſine voluntate adquirendæ ſibi hęreditatis quęrendum eſt, ſed an admiſerit hęreditatem, vel bonorum poſſeſſionem.*

Reſpondeo textum loqui in caſu certò, quando ſcilicet, *ſine voluntate adquirendę hęreditatis* quis poſſedit res hæreditarias; nos autem loquimur in dubio, quando nõ conſtat, an habuerit hæres animum adeundæ hæreditatis, & dicimus præſumendum eſſe, quod habuerit, niſi conſtiterit eum abſtinuiſſe, iuxta l. 1. C. de rep. hæred.

CAPVT LIV.

Aditio hæreditatis, an inducatur eo quod inuentarium hæres confecerit? D

EXplicanti mihi iuris articulos, qui inter Doctores controuerſi ſunt, oon alienum viſum eſt, hoc in loco admonere lectorem, nullam verè cootrouerſiã eſſe ſuper eo iuris articulo, quem propoſui, licet diſſentientes Doctorum ſententiæ referaotur a Maſcardo de Probationi.bus uol. 1. conclus. 48. & Menochio de Præſump. lib. 4 Præſumpt. c. 1. num. 94. & ante eos etiam ab antiquioribus interpretibus ad l. vltimam. §. Sin autem hoc. C. de iure delib. Ponunt iſti, aditionem hæreditatis ex inuentarij confectione ſimpliciter induci ex ſententia in primis Bartoli in l. Gerit. col. vlt. verſ. Ad tertium. ff. de acq. hær. qui hoc non dicit. Secundo Cyni ad l. vlt. § Si verò poſtquam. C. de iure deliber. vbi hoc noo dicit ſimpliciter, ſed quando vt hæres inuentarium conficit. A Ternò Ruini in conſ. 168. num. 1. lib 4. ubi nihil aliud dicit, niſi quod Bartolus in d. l. Gerit. & loquitur, quando quis ita hæres fecit inuentarium. Quartò Capræ in conſ. 9. num. 1. vbi nihil de hoc ſcribit. Quiotò Cacherani deciſ. Pedemont. 147. oom. 22. vbi nullum de hoc uerbũ Poſtremò, Crauettæ in conſ. 348. nu 34. lib 3. vbi loquitur de eo, qui tanquam hæres proteſtatus eſt, ſe uelle inuentarium conficere, & diſputat, an videatur adire hæreditatem, ſi inuentarium ſit nullum.

Poſt hæc adferunt autores negantes aditionem induci ex inuentarij confectione, Salyc. Alex. & Iaſonem in d. l. vlt §. Sin autem hoc C. de iure delib. in conſ. 9. nu. 15 Franciſ. Marc. deciſ. 29 par. 1. Rol a Valle, de confect. inuen. par. 3. §. Sed an per confectionem. Manticam de cõiect. vl. uolunt. lib. 12. nt 9. num. 15.

Sed iſti non loquuntur, quando aliquis, vt hæres inuentarium conficit, ſed quando ſimpliciter deſcribuntur hæreditatis bona ab hærede, vt deliberat, an velit adire vel repudiare, quo in caſu nemo eſt, qui dicat aditio- B nem hæreditatis induci ex confectione inuentarij. Hoc enim in caſu hæreditas adhuc repudiari poteſt, & inuentariũ conficitur animo deliberandi, vt cognitis rebus hæreditarijs hæres deliberat, an velit adire, vel repudiare. Sic enim ſtatuit Imperator in d. l. vlt. C. de iure delib. *Sin autem hoc aliquis fecerit, & inuentarium conſcripſerit (neceſſe eſt enim omni modo deliberantem inuentarium cũ omni ſubtilitate facere) non liceat ei poſt tempus præſtitum, ſi non recuſauerit hęreditatem, ſed adire maluerit, noſtrę legis uti beneficio.*

Ad rem oon pertinet tex. qui ab aliquibus adfertur in § Sin autem dubius. Hæc indicare volui, vt noſtrorum hac in re non curaoria proderetur, ut lector autores videat, non ſemper referentibus fidem adhibeat: *Namque opere in longo fas eſt obrepere ſomnum. Omnium habere memoriam, et in nullo penitus errare, diuinitatis potius eſſe, quam mortalitatis.* C

CAPVT LV.

Per ceſſionem, vel in ſolutum dationem bonorum, vel iurium hęreditatis, an hęreditas adita eſſe cenſeatur, ſi proteſtatur is, qui cedit, vel in ſolutum dat, ſe non animo adeundi cedere, vel in ſolutum dare.

HAeres inſtitutus ſi cedat iura hæreditaria, vel in ſolum dat creditoribus, proteſtans ſe non animo hæreditatem adeundi hæc facere cootrouerſia eſt, an uideatur nihilominus adire. Affirmant videri nihilominus adire hæreditatem, Socinus iunior in conſ. 107. lib 2. Eiuſdem ſententiæ malè citantur a Maſcardo de Probationib. vol. 1. concl 44. nu. 3. Rim. ſenior conſil. 346. num. 17. lib. 7. & Anchar. in conſ. 252. num. 3. qoia D non dicunt. Negat autem Alciat. hæreditatem aditam videri hoc in caſu, propter factam proteſtatiooem in conſil. 344.

Fundamentum Alciati eſt, quia hoc operatur proteſtatio, ex qua animus colligitur. Hæreditatis. n. aditio ex animo pendet. Adfertur textus in l. Et ſi quis §. Plerique ff. de religio. & ſumpt. funer. ibi: *Tamen ne uel naſcaiſſe ſe neceſſarij, vel cęteri geſſiſſe ſe pro hęrede uideãtur, ſolent eſtari pietatis gratia ſe facere ſepulturam, &c.*

Sed clarior & ad rem magis accommodatus eſt tex. in l. Pro hær. ff. de acq hę. ibi: *Et ideo ſolent teſtari liberi, &c.*

Et licet factum videatur repugnare proteſtationi tamen id nihil iuuat aditionem. argumento l. Qui aliena. §. Celſus. ff. de acq. hær.

Fundamẽtum Socini eſt: quia proteſtatio eſt cõtraria facto, & ideo factũ ipsũ ceſſionis, uidelicet & in ſolutũ dationis creditorib. factæ, inſpici debet, & conſequenter

ter

ter aditio hereditatis induci, argumento. l. Pro herede § Papinianus. ff de acquir. hered. vbi filius qui ſe abſtinuerat ab hæreditate patris, (Hoc proculdubio idem valet, quod proteſtatio) nihilominus adire cenſemur, recipiendo pecuniam a ſtatu libero, qui heredi dare damnatus erat. A

Reſpondet ad l. Qui in alien. §. Celſus diſtinctionem adhibendam eſſe inter actum, qui fit contrarius proteſtationi, vtrum ex ſola uoluntate proteſtantis pendeat, an verò cum alio geratur. Prioris caſus exemplum eſt, ſi quis proteſtetur, ſe nolle adire hereditatem, deinde adierit, tunc non inducitur aditio, & ita loquitur textus in d. §. Celſus. Poſterioris autem caſus exemplum eſt, cùm heres ſoluit alteri, vel accipit ſolutionem: & tunc proteſtatio contraria non impedit ipſam aditionem heredita. Pro cuius diſtinctionis confirmatione adſerri poſſunt, quæ notantur a Maſcardo d. volum. 1. de Probationibus, concluſ. 47. numero 11. & 12. B

Verùm Alciatus reſpondet ad l. Pro herede. §. Papiniani. textum illum accipiendum eſſe, de facto contrario proteſtationi, quod geſtum eſt cum alio ignorante, qui aliàs deceptus remanſiſſet. Nam ſtatu liber ille ſoluit filio tanquam heredi, ignorans eum ab hereditate abſtinuiſſe, ideo ex ſolutione facta filius cenſetur adire. Poteſt enim etiam poſtea quàm ſe abſtinuit nihilominus adire. l. vlt C. de repud. hered.

Ego puto Alciati ſententiam veriſſimam eſſe. Nam certum eſt, actus, qui alioqui ad heredem pertinent, & aditionem hereditatis ſignificant, non tamen eam inducere, quoties alio animo, quàm adeundæ hæreditatis facti ſunt, quod ex proteſtatione colligitur, ut in l. Pro herede. ff. de acq. hered. Etſi ergo ceſſio bonorum vel in ſolutum datio ex his actibus ſitit, qui ad heredem pertinent, & ideo immixtionem hereditatis ſignificare uideantur, & aditionem inducere: tamen proteſtatio facta efficit, vt aditio non indicatur. Poteſt. n. quis cedere, vel in ſolutum dare creditoribus bona hereditaria, uel negocij hereditatis gerendi cauſa, uel aliam ob cauſam. Nam ſi heres, qui proteſtatur, ita faceret tanquã heres, & nulla alia cauſa ſubeſſe poſſet, tunc voluntas ex ipſo facto appareret adeundi hereditatem, & proinde contrariam, quę ex proteſtatione oritur, pręſumptionem tolleret, & in his terminis nec loquitur, nec intelligendus eſt Alciatus. C

Quod uerò in contrarium adfertur argumentum, ex l. Pro herede §. Papinianus. nihil prorſus mouet. Nam nos loquimur, quando eodem tempore; quo actus geritur, is qui eum gerit, teſtatur ſe non animo hereditatis adeundę illum gerere. Operatur hęc proteſtatio, ut hereditas non cenſeatur adita; quia aditio ex uoluntate pendet & uoluntatem adeundi deeſſe, verba proteſtationis oſtendunt, quam ob rem actus aliam ob cauſam geſtus fuiſſe iudicari debet, ſiue ualidus ſit, ſiue non ſit ualidus. Sed Iuriſconſultus in d. §. Papinian. loquitur de eo, qui prius ab hæreditate patris ſe abſtinuit, poſtea a ſtatu libero pecuniam accepit, & tunc ſiquidem is iuſſus erat heredi dare, uidetur filius hereditatem adire; etſi n. prius eã recuſauerit, tamen licentiam habet, rebus paternis in eodem ſtatu permanentibus nihilominus adire. l. ult. C. de repud. & abſtin. hered. Poteſt ergo coniectura ſumi, quod filius hoc in caſu pœnitentia deductus uoluerit adire hereditatem, quandoquidem poſt abſtentionem pro herede ſe geſſit, recipiendo a ſtatu libero pecuniam. At in ſpecie noſtra coniectura iſta locum habere non poteſt: quia eodem tempore, quo actus geritur conueniens aditioni hæreditatis, proteſtatio fit, quod non animo hereditatem adeundi geratur, quæ proteſtatio facit, vt hereditas adita non uideatur. l. Pro herede. ff. de acquir. hæred. Atque ita ſentio, ſaluo meliori iudicio. D

CAPVT LVI.

Si filius aſſerat ſe aliqua bona patris defuncti poſſidere pro ſua legitima, an videatur adiuiſſe hæreditatem ſibi teſtamento relictam.

REcte docet Bart. in l. Gerit. num. 22. ff de acq hæred. Filium aſſerentem ſe aliqua bona poſſidere pro ſua legitima, adiuiſſe hæreditatem: quia legitima eſt pars hæreditatis, & non poteſt quis hæreditatis partem adire, & partem repudiare, l. 1. l. 2 ff. de acquir. hæred. & unam portionem adeundo, omnes acquirit, l. Si ſolus, ff. eo. tit. Vnum caſum excepit, quando filio vulgaris data eſt ſubſtitutus, de quo diſſeremus in ſequenti capite. Sententiam Bart ſecutus eſt ibidem Aret. colum. 5. uerſ. Item adde & multi alij a Tiraquello citati, de iure primogenio. q. 35. num. 10. & q. 75. num. 5. Et confirmari poteſt ex his, quæ nos ſuprà lib 4. c. 65. attulimus in ea cõtrouerſia, an filius poſſit legitimam portionem acceptare, & reliquam hæreditatem repudiare. Nam pendet huius rei definitio ab illius articuli definitione. Sic enim argumentari licet: Aditio hæreditatis inducitur ex actu, qui non poteſt fieri citra ius, & nomen hæredis. l Pro hærede, §. Papinianus, ff. de acq. hæred. Sed iſte actus, nempe acceptationis legitimę fieri non poteſt, niſi quis totam hæreditatem acceptet: quia legitima eſt pars hæreditatis, & hæreditas aut tota debet acceptari, aut tota repudiari, ut dictum eſt. Ergo in præſenti caſu aditio hæreditatis inducitur.

Contrariam ſententiam in hoc ipſo articulo aditionis hæreditatis nonnullorum autoritatibus adductis defendi poſſe ſcribit Menoch. de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. cap. 1. num. 53. cuius argumentis reſpondendum eſt, & hæc addi poterunt ijs, quæ deduximus dicto lib. 4 capit. 65. Primum argumentum eſt ex eo, quod filius poſſit legitimam portionem acceptare, & hæreditatem repudiare: Conſequenter non uidetur hæreditatem adiuiſſe, Antecedens probat, quia filius eſt creditor legitimæ. Creditor autem poteſt repudiare hæreditatem debitoris ſaluo eius credito. Reſpondi huic argumento ſuprà lib. 4. cap. 65. diuerſam eſſe rationem legitimæ ab alijs creditis: quia legitima eſt pars hæreditatis, conſequenter ſola acceptari non poteſt, reliqua parte repudiata. l. 1. & 2. ff de acq. hæred. quod impedimentum non habet locum in alijs creditis; & ideo nil mirum, ſi ſaluis alijs creditis repudiari poteſt debitoris hæreditas.

Secundum argumentum eſt: Legitima differt ab hæreditate; eſt. n. pars bonorum, non autem pars hæreditatis: Ergo poteſt filius illam acceptare, & hæreditatem repudiare, ſicut poteſt legatum quis acceptare, & hereditatem repudiare: quia legatum eſt diuerſum ab hereditate. l. Filio pater. de leg. 1. l Cum reſponſo. C. de legat.

Reſpondi aliàs, & repeto, legitimam eſſe trientem, uel ſemiſſem hæreditatis, iuxta Nouellam de Triente, & Semiſſe. & conſequenter partem hæreditatis eſſe. Nec obſtat, quod legitima intelligitur deducto ære alieno. l. Papianus, §. Quarta, ff. de inoff. teſtam. Quia id pertinet ad quantitatem, & ſupputationem ipſius legitimæ: neque enim intelligi poteſt quanta ſit, niſi prius deducatur æs alienum. Sed alio qui debetur tanquam pars hæreditatis, & titulo hæreditario.

Non obſtat id, quod replicatur, titulo hæreditario legitimam filio relinquendam fauore ipſius filij: Ideo quod fauore inductum eſt, non debet in odium retorqueri. l. Quod fauore, C. de legib. Nam legitima ſemper eſt triens uel ſemis hæreditatis, & ſecundùm legem titulo hæreditario, ſiue inſtitutionis relinquenda eſt. Hoc ius eſt certum, & generale, ideo non poteſt filius eius formam immutare, atque adeò efficere, ut non ſit

pars hæreditatis, vt non relinqui debeat titulo inſtitu- A
tionis; & ſic natur. m legitimæ à lege conſtitutam im-
mutare non poteſt: & licet poſſit in aliquo caſu teſta-
mentum approbare, in quo legitima non titulo inſtitu-
tionis relicta ſit, non efficiet tamen, quin ipſa legitima
ſit triens, vel ſemis ipſius hæreditatis: quia non eſt in
poteſtate priuatorum legum ſanctiones, & iuris formã
pro libitu euertere. l. 3. ff. de Teſtam Et in quæſtione
noſtra ex facto proponitur, filium velle legitimam acce-
ptare, & hęreditatem repudiare: Ergo vult acceptare par
tem ipſius hæreditatis, nempe trientem, & reliquã par-
tem repudiare. At hoc non poteſt, vt dictum eſt.

Illud autem argumentum: Legitima propter inobe-
dientiam vel propter non confectum inuentarium non
perditur, & tamen perditur hæreditas. Auth Hoc am-
plius, C. de fideicom. Auth. Sed cum teſtator, C. ad legem
Falcid. Ergò legitima eſt quid diuerſum ab hæreditate:
ita refellitur; quia licet legitima ſit pars hæreditatis, eſt
tamen filio debita, & neceſſariò relinquenda titulo in-
ſtitutionis, atque ideo hoc ſingulari iure donata, vt nul- B
li grauamini, nulli conditioni obnoxia eſſe queat: nul-
lam ob cauſam auferri, niſi ea ſit legitima & iure appro-
bata, quæ ſingularia locum non habent in reliqua hære-
ditate, ideo nil mirum videri debet, ſi ea ex cauſis ſu-
prà relatis non amittatur: reliqua autem hæreditas amit
tatur.

Tertium argumentum, repudiatio & aditio hæredi-
tatis eodem iure cenſentur, §. penult. Inſtitut. de hæred.
qual. & diff. Sed repudians hæreditatem non dicitur re-
pudiare legitimam; ergo ex contrario, receptans legiti-
mam non videtur adire hæreditatem.

Reſpondi aliàs & repeto negando argumenti aſſum-
ptionem. Nec enim id probatur ex l Si quando, §. Et ge-
neraliter, C. de inoff. teſtam. Nihil enim aliud dicit, niſi
eum qui ſimpliciter agnouit, & approbauit defuncti iu-
dicium, non idcirco prohiberi legitimæ repletionem pe-
tere. Minus iuuat illud argumentum. Dos eſt ad inſtar
ſeu loco legitimæ: Sed filia poteſt dotem retinere repu-
diata patris hæreditate. l vlt. ff de collat. dotis ergo ſimi- C
liter & filius legitimam retinere poterit hæreditate re-
pudiata. Reſpondeo enim in hoc eſſe diſcrimen inter do
tem & legitimam, (quod attinet ad rem noſtram) quo-
niam legitima eſt triens, & ſic pars hęreditatis, & dos
non eſt pars hæreditatis ſed debitum, quo pater viuens
obſtringitur. Tenetur enim filiæ dotem dare. l. Qui libe
ros, ff. de ritu nupt l. vlt. C. de dotis, promiſſ.

Quartum argumentũ. Filius in legitima grauari non
poteſt. l. Quoniam in priorib. C. de inoff. teſtam. Sed ſi
diceremus filium non poſſe hęreditatem repudiare, &
legitimam retinere, grauaretur in ea ipſa legitima, quia
contra ſuam voluntatem cogeretur acceptare hæredita-
tem. Eſt enim onus, cogi aliquid facere contra propriam
voluntatem; Ergo dicendum eſt filium poſſe hęreditatẽ
repudiare, & legitimam retinere.

Reſpondi aliás, & confirmo, id non eſſe grauamen le-
gitimæ adiectum ab homine, ſed iuris hanc eſſe formã,
ut quis non poſſit partem hæreditatis retinere, & partẽ D
repudiare; legitima autem eſt pars hæreditatis. Nulla ra-
tio eiuſmodi oneris habenda eſt, qui id ex iuris forma
procedit. Sicut nemo dixerit grauamen adiectum eſſe
legitimæ eam ob cauſam, quod non aliter debeatur, quã
ſi filius erga parentes ingratus non extiterit. Hoc enim
ſumma ratione iure conſtitutum eſt, vt filij ob iuſtas in-
gratitudinis cauſas exhæredari à parentibus poſſint, ut
in Nouella. Vt cum de appell. cognoſc. §. Aliud. Iu-
ris igitur forma non continet iniuriam, ſed obſeruari
debet.

Quintum argumentum. Legitima debetur iure natu-
rali, ſed ius naturale perimi non poteſt iure ciuili; ergo le
gitima non poteſt auferri per non aditionem hæredita-
tis, qui actus iuris ciuilis eſt: ex quo ſequitur legitimam
retineri poſſe repudiata hęreditate.

Reſpondeo, legitimam non poſſe auferri iure ciuili
ex cauſa iuſta. etenim ſi abſolutè auferri non poſſet, non
liceret parentibus filios exhæredare etiam ob iuſtas in-
gratitudinis cauſas: Id enim iure ciuili conſtitutum eſt:
& tamen id nemo dixerit. Hęc eſt autem iuſta cauſa,
quando filius reliquam repudiat hæreditatem, ſic enim
partem hæreditatis acceptaret, & partem repudiaret.
quod fieri non licet, iuſtiſſimas ob cauſas; ne quis pro
parte teſtatus, & pro parte inteſtatus moriatur, quod re-
pugnat iuris regulis: ne pro parte hæredem habeat, pro
parte non habeat, quod rationi repugnat, & multa con-
tinet incommoda, & abſurda.

CAPVT LVII.

Poſſitne filius in re propria grauatus legitimam portionem retinere, & reliquam hæreditatem repudiare, ſi ſubſtitutum habeat vulgarem?

PApinianus ita ſcribit: ſi libertus patrono hærede
inſtituto ab eo petierit, vt ſeruum manumittat,
vel vt decem alicui det. *ſi ſubſtitutũ habebit, æquè
decreti remedium poterit procedere, ut accepta debita por-
tione, cætera pars ad ſubſtitutum perueniat.* l. Si libertus
patrono, ff. de bonis libert.

Huius legis autoritate communiori Doctorum ſen-
tentia receptum eſt, filium, cui datus eſt vulgaris ſubſti-
tutus, hæredem inſtitutum repudiare poſſe hæreditatẽ,
& legitimam retinere, ſi legato rei proprię grauatus ſit.
Nam ſi ita reſpondit Papinian. in patrono, cui legitima
portio in bonis liberti debetur, id multò magis recipien
dum uidetur in filio cuius cauſa eſt longè fauorabilior,
Bartol. in l. Gerit. num. 23. ff. de acquir. hęred. Paulus Ca
ſtren. & Alexand in l 3. C de impub. & alijs ſubſtitu. Ia-
ſon ibid. nu. 152. Couuar. in c. Rainuc § 11. num. 11. de te-
ſtam. Menochius de Pręſumpt. lib. 4. Pręſumpt. c. 1. nu-
me. 69. Alexand. Trentacinq de ſubſtitut. parte 1. cap. 10.
num. 27.

Iſtis ego non aſſentior, quia aut filius hæres inſtitu-
tus, eſt in legitima grauatus, quia non habet integram le
gitimam; aut quia onus aliquod & grauamen ſeu condi-
tio ei eſt adiecta: Priore caſu teſtamentum impugnare
non poteſt, ſed repletionem petere. l. Omnimodo, C. de
inoff. teſtamen. Poſteriori caſu grauamen ſeu conditio
adiecta non valet, & pro non ſcripta habetur, l. Quoniã
in prioribus, C. eod. tit. Cùm teſtamentum impugnare
non poſſit, non uidetur etiam ei licere legitimam retine
re, & reliquam hæreditatem repudiare: Quoniam, ut di-
ctum eſt in pręcedenti capite, nemo poteſt partem hęre
ditatis adire, partem repudiare. l. 1. & 2. ff. de acquir. hæ-
red. Nec refert ſiue ſubſtitutum habeat, ſiue nõ habeat,
l. Si ſolus, ff. eod. tit.

Non erant hæc in legitima patroni ita conſtituta Pa-
piniani tempore, ideo nil mirum, ſi patronus ſic graua-
tus repudiata hæreditate legitimam portionem retinere
potuerit quod ſanè nec Bartol. ignorauit. Sic enim ſcri-
bit in l. Excuſatus, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamen. *Si
aliquis eſt grauatus in legitima, habet iuſtã cauſã omitten
di. Hodie iſta non eſſet iuſta excuſatio, quia de debita por-
tione ſubducitur omne grauamen, tam in patrono, quam in
libertis.*

Sed non ſolus uideor communi ſententiæ aduerſari,
autores habeo Salicetum in l. Quoniam in prioribus,
C. de inoffic. teſtament. & Ancharanum in conſil. 312.
incipiente: Ex ſola vulgari. Verba quin adſcribam fa-
cere non poſſum, etſi paulò rudiora: *Sed ſaluo ſemper
ſaniori iudicio credo, quod grauamen in legitima non poteſt
prętendi, ſi in reliqua portione hæreditatis, in qua eſt filius
inſtitutus, dato ſubſtituto, non allegetur grauamen, nec eſt
iſta cauſa iuſta rumpẽdi iuris regulas, nec etiam nouiſſime
leges, quę de nouo ius agendi ad ſupplementũ introduxerũt;*

hoc

hoc, ſed oppoſitum voluerunt, dum tam filijs quàm etiam teſtamentis, & voluntatibus teſtatorum ſubuenire voluerũt, ut patet in l. Quoniam in prioribus et in l. Omnimodo C. de inoff. teſtam. ſecundum enim illas leges grauamen ſuccedendi eſt, & filius remanere debet hæres, vt teſtator diſpoſuit, ut ſic tam teſtatori, quàm filio conſulatur, & hęc cognitio: an filius ſit grauatus in legitima nec ne, eſt iudicis, non ipſius filij. Nã oportet ad hoc eum agere. Si enim deductis legatis & alijs oneribus, legitima non ſupereſt, iudex eam ſupplere debet: Si verò ſupereſt legitima, & etiam forte multũ vltra, non credo filium poſſe legitimam retinere, & illud repudiare, & ſubſtitutio locum facere: quia ille concurſus inſtituti, & ſubſtituti, & partẽ adire, & partem repudiare, eſt contra iuris regulas. Non obſtat l. Si libertus patronus ff de bonis libertor. Nam illum caſum ſpecialem in legitima patroni non traham ad legitimam filij l. Quod contra ff de legibus. Vel ſecundum illam legem ius agendi ad ſupplementum, & ſubmouendi omne grauamen de legitima, non erat cognitum. Ideo fortè illa lex non haberet locum in patrono, & multò minus in filio, cui eſt planè conſultum per l. Omnimodo & hoc ſentit expreſſè Bartol in l. Excuſatus ff ſi quis omiſſa cauſa teſtament. Hactenus Ancharanus.

CAPVT LVIII.

Bonorum poſſeſſionem an agnouiſſe præſumatur ille, qui poſſeſſoriam hæreditatis petitionem contra bonorum occupatores inſtituit?

INter veteres ac nouos interpretes, qui commentaria ſcripſerunt in Rub. C. qui admitti, &c. controuerſia agitata eſt de eo, qui poſſeſſoriam hæreditatis petitionem inſtituit, an videatur bonorum poſſeſſionem agnouiſſe, prout requiritur. Et poſt eos iterum hæc res in examen vocata eſt a Mantica de Coniecturis vltimar. volunt. lib. 12. tit. 15. & a Menochio de Præſumpt. lib. 4. Pręſumpt. 103 Controuerſia inde orta eſt quòd olim cauſa cognita & decreto Prætoris interueniente agnoſcenda erat bonor. poſſeſſ l. 3. §. Si cauſa cognita. ff. de bonor. poſſeſſ. Nunc verò qualiſcũque teſtatio amplectendæ hæreditatis apud quemcumque iudicem ſufficit ex lege Conſtantini, quæ eſt l. vlt. C. qui admitti. Eſt igitur in eo controuerſia poſita, an ex eo, quòd quis in iudicio poſſeſſoriam hæreditatis petitionem mouet, videatur bonorũ poſſeſſionem agnoſcere. Et mihi eorum ſententia magis probatur, qui dixerunt videri. Nam procul dubio is, qui agit in iudicio, & bona ipſa vindicat, ſatis declarat ſe bonorum poſſeſſionem agnoſcere, atque hæc videtur eſſe ſufficiens *teſtatio amplectendæ hęreditatis*. Neque enim aliqua verborum ſolennitas ad hoc eſt neceſſaria, neque etiam decretum iudicis eſt neceſſarium, vt aliàs diſputatum eſt, quia Conſtantinus *inanium verborum* ſuſtulit *captiones* & hoc *obſeruari* decreuit, *vt qualiſcunque teſtatio amplectendæ hæreditatis oſtendatur*, illaque ſufficiat loco antiquæ ſolennitatis. Si ergo qualiſcunque ſufficit teſtatio, rectè infertur, & hanc, qua de agitur, ſufficere.

Reſponderi ſolet ſpecificam expreſſionem (ita. n. loquuntur) requiri, & præterea Prætoris conſenſum. Et ideo non indici agnitionem ex poſſeſſoria hęreditatis petitione inſtituta: neque enim ſpecificam id expreſſionem continet, neque iudicis decretum.

Sed replicari poteſt, ſpecificam illam non requiri expreſſionem. id enim meritò negari poteſt, cum ex Conſtantini lege ſufficiat qualiſcunque teſtatio, hoc eſt, declaratio amplectendæ hæreditatis. Hęc autem eſt aliqua declaratio amplectendæ hæreditatis. Nam qui poſſeſſoriã hæreditatis petitionem mouet, ſine dubio agnoſcit bonorum ſibi delatam poſſeſſionem, & ſatis apertè declarat, ſe illam amplecti. id confirmari poteſt ex reſponſo Papiniani in l. Cum quidam. ff. de bonor. poſſeſſ. in illis ver-

A bis: *Attamen, quia hęc propoſitio accuſationem inſtituit, vt ius ſuum ſibi ſeruet agnouiſſe ſucceſſionem non immeritò uidebitur.*

Quod verò dicitur, decretum iudicis eſſe neceſſarium nequaquam defendi poſſe, multis rationibus a nobis ſupra diſputatum eſt, & oſtenſum lib. 5. c. 74.

At, inquiunt contrariæ ſententiæ autores. Bonorum poſſeſſionis agnitio iudicis præſentiam requirit, quod patet ex d. l. vlt. C. qui admitti. ibi: *apud quemlibet iudicem, &c.* Ergo requirit & intelligentiam. l. Cotam. ff. de verborum ſignific. Non intelligit autem iudex actorem velle bonorum poſſeſſionem agnoſcere, ſed iam agnouiſſe præſupponit, quandoquidem actionem inſtituit.

Reſpondeo, immo iudicem optimè intelligere ipſum actorem agnoſcere, quæ enim clarior amplectendæ hæreditatis conteſtatio eſſe poteſt, quàm illius, qui bona ipſa hæreditaria vindicat eo nomine, quòd ei delata ſit ipſa

B bonorum poſſeſſio? Ea uindicatio includit animum agnoſcendæ poſſeſſionis tunc eſſe, utrum prius fuerit, incertum eſt: quid enim prohibet, quo minus tunc primũ, cum poſſeſſio uindicatur, animus agnoſcendi detegatur?

CAPVT LIX.

Bonorum poſſeſſio an intra ſtatuta a legibus tempora agnita fuiſſe præſumatur?

MAxima eſt controuerſia, vtrum, ſi conſtet agnitam fuiſſe bonorum poſſeſſionem ab eo, cui delata eſt, præſumatur fuiſſe agnita intra tempora legibus conſtituta ad agnoſcendam bonorum poſſeſſionẽ. Nam multi affirmant, multi negant? Alij alijs atq;

C alijs diſtinctionibus utuntur, vt videre licet ex antiquis & nouis Doctoribus, qui commentati ſunt in Rub. C. qui admitti, & nouiſſimè ex Mantica de coniecturis vl. volunt, lib. 12. tit. 15. num. 13. & Menochio de Pręſump. lib. 4 Præſumpt. 104.

Non animaduerti ego aliqua lege nunc iuris articulum decidi poſſe, quanquam multa variaque hinc inde proferantur argumenta. Hoc enim duntaxat legib. deciſum eſt, agnoſcendam eſſe bonorum poſſeſſionem intra tempora ſtatuta l. vlt. C. qui admitti. quod ad deciſionem huius articuli non rectè trahitur, quemadmodum nec illa verba Iuſtiniani trahi poſſunt in §. vltim in Inſtit. de bono. poſſeſſ *Sed quocunque modo admittentis eam iudicium (intra ſtatuta tamen tempore) oſtenderit, plenum habeat earum beneficium.*

Horum enim verborum eadem eſt ſententia, quæ Conſtantini in d. l. vltim. C. qui admitti. *Qualiſcunque teſtatio amplectendæ hæreditatis oſtendatur ſtatutis priſco*

D *iure temporibus coarctanda, &c.*

Sed non eſt hoc punctum, de quo diſputamus: Quod enim intra ſtatuta tempora ſit agnoſcenda bonorum poſſeſſio, ex his teſtimonijs ſatis conſtat; Vtrum verò præſumatur agnita intra conſtituta tempora noſtra, hæc diſputatio quærit.

Ex generalibus ergo iuris regulis & præceptis petenda eſt deciſio. Prior regula ſit hæc. Si agnoſcens bonorum poſſeſſionem bona ipſa teneat atque poſſideat, & ab alio conueniatur negante fuiſſe agnitam conſtituto tempore, iſte negans probare debet, & donec id probauerit, præſumendum erit agnitam fuiſſe tempore conſtituto. Hæc regula probatur ex eo, quòd pro poſſeſſore præſumitur. §. Commodum. Inſtit. de interd. l. vlt. C. de rei vind. cap. Ex litteris. de prob. l. 2. ff. vti poſſid. l. 1. §. 1. ff. Si pars hæred. petatur.

Secunda regula: Si non poſſideat, Sed tamen ipſa bonorum poſſeſſio iudice pręſente, & ſuam interponẽte autoritatem agnita ſit (quanquam. n. neceſſarium nõ ſit iu-

dicis decretum, nihil tamen prohibet quo minus intercedat) tunc præſumetur agnita tempore legibus conſtituto: quia præſumitur iudex rectè & ritè proceſſiſſe. l. 2. C. de off. ciui. iud. c. Abbate de verb. ſig.

Tertia regula: Si is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio non ignorauerit ſibi delatam eſſe, ex morte eius, cuius de hæreditate agitur, non erit difficile intelligere, an intra tempora legibus conſtituta fuerit agnita necne. Nam dies delatæ bonorum poſſeſſionis ſpectabitur, & agnitionis factæ: & ex his facilè cognoſci id poterit, ac proinde nullus diſceptationi locus eſſe poterit.

Quarta regula: Si is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio, ignorauerit eam ſibi delatam, eamque agnouerit, aduerſario dicenti non fuiſſe agnitam in tempore, probatio incumbet. Nam tempus ad agnoſcendam bonorum poſſeſſionem non currit, niſi ex die ſcientiæ. l. 1. l. Quamdiu C. Qui admitti. Cùm ergo ignorauit delatam eſſe, non poteſt in dubium vocari, an tempore conſtituto agnouerit, niſi probetur eſse diẽ ſcientiæ lapſum eſſe legitimum tempus, intra quod agnita non fuerit.

Quinta regula: Si non conſtet, vtrum is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio, ſcierit, vel ignorauerit ſibi delatam, in dubio præſumitur ignorantia. l. vlt. ff pro ſuo. l. Verius ff. de probatio. c. Ignorantia, de reg. iuris, lib. 6. niſi probetur ſcientia, quæ facilè probabitur, ſi mors in eadem Ciuitate contigit, publicè omnibus cognita, ſi is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio, fuit præſens, & ab inteſtato delata ſit: ſicut è contrariò, ſi fuerit abſens, vel ex teſtamento delata ſit, & fortè ſit extraneus, ignorantiæ præſumptio erit. Verùm hæc ex varijs cauſarum figuris & circumſtantijs variè definiri poterunt.

Alia multa ex Mantica & Menochio adferri poſſunt. locis annotatis; ſed cum ea non expenderim, conſultius fore putaui, ad eos Lectorem remittere his paucis, quæ ad principalem controuerſiam pertinent, & iuris regulis uidentur mihi conſentanea, contentus.

CAPVT LX.

Si quis dixerit; Credo hanc hæreditatem eſſe reſpuendam, & mihi non expedire, *an repudiata cenſeatur poſt menſium lapſum?*

SI hæres inſtitutus non repudiauit, neque adiuit hæreditatem, ſed dixit eam reſpuendam credo, uel ſibi non expedire, hæc verba cùm concurſu trium menſium inducunt repudiationem, ita docet Bartolus in l. vlt. §. Cùm igitur. nu. 1. C. de iure deliber. & in l. Si quis ſuus. nu 8 ff eod. tit. Sequitur Paulus Caſtrenſis in d l. §. Cùm igitur. num. 9 & in l. Qui ſe patris. nu. 2. C. vnde liberi. Mantica de coniecturis vltimar. voluntatum, lib. 12 tit. 14 num. 20. & alij, quos commemorat Menochius de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt 102. nu. 7.

Sed non placuit hæc ſententia Iaſoni in d. l. Qui ſe patris. nu. 41. verſ. Secundò limitat. nec Decio ibidem nu. 18. nec alijs, quorum facit mẽtionem Maſcardus de Probationib. vol. 2. concl. 853. num. 16 17. Nec mihi quoque placet, niſi verba ſint talia, quæ per ſe repudiationem inducant, iuxta ea, quæ diſſeruimus ſuprà hoc eod. lib. cap.

Nam fundamentum, quo prior nititur ſententia, valdè eſt infirmum: Eſt enim poſitum in l. vlt. § Similique modo C. de iure delib. *Similique modo* (inquit Iuſtinianus) *ſi non titubante animo reſpuendam, vel abſtinendam eſſe crediderit hæreditatem, et apertiſſimè intra trium menſium ſpatium, ex quo ei cognitum fuerit, ſcriptum ſe eſſe, vel uocatum hæredem, renunciet, nullo nec inuentario faciendo, nec alio circuitu expectando, ſit alienus ab eiuſmodi hęreditate, ſiue oneroſa, ſiue lucroſa ſit.*

Hęc eſt Iuſtiniani ſententia: quia hæres intra ſpatium trium menſium, ex quo ſcit hæreditatem ſibi delatam eſ-

A ſe, inuentarium facere tenetur, ſi intra illud tempus apertiſſimè hæreditati renunciauerit; quia non titubante animo, ſed deliberato & firmo crediderit non ſibi expedire, vt eam agnoſcat, & adeat, & ideo abſtinendam vel repudiandam eſſe: tunc alienus erit ab eiuſmodi hæreditate, ſiue damnoſa, ſiue lucroſa ſit, nec erit opus, vt inuentarium faciat, vel quid aliud expectetur; quia ſcilicet manifeſtum eſt eum nolle hæreditatem adire, & ei renunciare.

Hoc in loco ſpatium trium menſium nihil operatur, ſed apertiſſima renunciatio eius, cui delata eſt hæreditas, totum facit, quamobrem, vt dixi, ſi renunciatio ex verbis, aut factis non appareat, non puto aliquid ad eam inducendam valere lapſum trium menſium.

Nec obſtat, ſi dicatur aliquid valere lapſum trium menſium, quia illud tempus datur ad conficiendum inuentarium: Et ideo, ſi hæres illud non conficiat, videtur ſignificare, ſe non habere animum hæreditatem a-
B deundi: præſertim cùm dixit illa verba, *ſibi eam non expedire; Eam abſtinendam ſiue reſpuendam credere.* Nam reſpondeo, ſi hæc verba dixerit is, cui delata eſt hæreditas, quia *non titubante animo*, ſed certo ac firmo decreuerit abſtinere, vel repudiare, ſicut loquitur textus, non tamen eam repudiauerit, vel abſtinuerit *apertiſſimè*, tunc nihil profuturum eſſe lapſum trium menſium: Ex eo enim lapſu temporis excludetur quidem hæres a beneficijs inuẽtarij, quia illud non confecit: ſed non propterea ab hæreditate excludetur. Neque enim ideo minus hæres eſſe, & hæreditatem adire aliquis poteſt, quoniam inuentarium facere neglexit. Et ſi enim ab initio dubitauerit, an eſſet adeunda, & procliuis eſſet ad eam reſpuendam, vel abſtinendam; quia tamen poſtea non renunciauit, præſumi poteſt velle deliberare, iuxta l. Cùm antiquioribus. C. de iure delib.

Et ideo nequaquam eorum ſententiam probo, qui
C hoc in caſu, quo labitur trimeſtre ſpatium, hærede non apertè renunciante, exiſtimant eum adiuiſſe hæreditatem. Cur enim hanc coniecturam capiunt repugnantem priori eius conteſtationi, cùm alia capi poſſit huic negotio magis accommodata, vt videlicet, ſi non perſpicua ſit repudiatio ex priori conteſtatione, uel aliàs poſtea intra trium menſium ſpatium eum, cui delata ſic hæreditas, credatur uelle deliberare, cùm poſſit conſtitutionis beneficium inuentarii non confecto intra ſtatuta tempora negligere, & ad deliberationis auxilium conuolare? d. l. vlt § Sin autem hoc aliquis fecerit. C. de iure delib. ibi: *Cum enim gemini tramites inuenti ſint, vnus quidem ex anterioribus, qui deliberationem dedit: alter autem rudis, & nouus a noſtro numine repertus, per quem adeuntes ſine damno conſeruantur: Electionem et damus, uel noſtram conſtitutionem eligere, & beneficium eius ſentire uel ſi eam aſpernandam exiſtimauerit, & ad liberationis auxilium conuolauerit, eius effectum habere.*

D

CAPVT LXI.

Repudiatio hęreditatis an inducatur ex eo, quod is, cui delata eſt, verbis futurum tempus ſignificantibus teſtetur ſe nolle adire.

VNum reſtat de repudiatione controuerſum: Sitne repudiatio hæreditatis inducenda ex uerbis futurum tempus denotantibus, puta ſi is, cui delata eſt hæreditas, dicat; *Non adibo, Profiteor me non aditurum.* Affirmãt induci repudiationem Baldus in l. Qui ſe patris. nu 12. C. unde li. nec non ibidem Salycetus & Al. nu. 6. uerſ. Tertio fallit. Mantica de Coniecturis ult. vol. lib. 12. tit. 14. nu. 22. Menoch. de Præſump. lib. 4. Præſum. 102. nu. 9. Negant Iaſon in d. l. Qui ſe patris, poſt nu 41. verſ. Quarto mirabiliter. Decius poſt nu. 18. & quidam alij a Maſcardo relati de Probationibus, vol. 2 conclu.

853. vbi

853 vbi quandam diſtinctionem adhibet ad conciliandas opiniones ex Benedicto Plumbino.

Sed certè hac in re diſtinctione opus non eſt, quoniam ſatis plana eſt, & perſpicua. Etenim conſtat inter omnes, recuſari hæreditatem poſſe verbis, & quocunque iudiciu voluntatis, l. Recuſari, ff de acq. hæred ſed quæ nam ſunt verba magis apta iſtis: Non adibo, Profiteor me non aditurum? His verbis vſi ſunt ad declarandam hæreditatis repudiationem Iuriſconſulti, vt in l 1 ff. de Curatore bonis dando, & in l. Vnius, §. 1. ff. Quibus ex cau. in poſſeſſ eatur. Vnde non obſtat, quod reſponderi ſolet, hæredi ſtatutum fuiſſe tempus ad repudiandum, uel adeundum in caſibus, de quibus Iuriſconſulti reſponderunt; quia unum hoc perpendo, nſos eos fuiſſe uerbis illis, & ita interpretatos, ut repudiandi animum ſignificent.

Quod uerò Iaſon attulit, non tam ad impugnandam hanc ſententiam pertinet, quàm ad oſtendendum nullum eſſe diſcrimen inter uerba præſentis, & futuri temporis. Quod etſi concedi poſſe non dubitem; quoniam illa uerba, *uolo adire*, mihi repudiandi animum ſignificant, ut ſuperius explicaui, tamen non idem omnibus uidetur, & leges ab Iaſone citatæ nihil eum iuuant; quoniã in eo caſu loquuntur, quo certum eſſe præſupponitur, hęredem animum repudiandi habere, quòd Decius Iaſoni parum æquus non reticuit.

CAPVT LXII.

Vtrum pater feudum vni ex filijs prælegare poſſit?

VTrum pater prælegare vni ex filijs feudum poſſit, variæ ac diſſidentes ſunt Doctorum ſententiæ, ut uidere licet ex Curtio iuniore de feudis in quarta par. Tiraquello de retractu conſanguin. §. 11. Gloſ. 6. nu 23. Claro in §. Feudum q. 40.

Prima eſt ſententia; patrem poſſe feudum prælegare uni ex filijs, ita reſpondit Paulus Caſtrenſ. in conſil. 179. incipien. In cauſa, quam Magnificus, lib. 1. qui multos habuit ſequaces. Fundamentum eius eſt, quia ualet argumẽtum ex ſimilib. l. Non poſſunt, ff. de legibus. Sunt autem multi caſus ſimiles, in quib. pater poteſt uni ex filijs aliquid prælegare. Nam lucra nuptialia tenetur mater reſeruare filijs primi matrimonij: & tamen unum ex eis poteſt eligere, & alios excludere, l. 2. C. de ſecund. nupt. Et licet illa lex Nouella Iuſtiniani ſublata ſit, tamen ratio illius ſublata non eſt.

Secundò, ius patronatus deſcendit in omnes liberos æqualiter, l. Vt iuriſiurandi, § Si liberi, ff. de operis libert. tamen poteſt uni ex filijs aſſignari, alijs excluſis, l. 1. ff. de aſſign. liber.

Tertiò, ſi quis rogatus ſit aliquid familiæ relinquere, poteſt unum ſolum ex familia eligere, cui relinquat, l. Vnum ex familia. de leg. 2.

Quartò, licet quis receperit emphyteuſim pro ſe & liberis ſuis, poteſt tamẽ vnum eligere ex eis, cui relinquat, cęteris excluſis, ut docet Speculator tit de locato. q 78.

Sic ergo, & de feudo reſpondendum, licet teneatur pater illud omnibus filijs reſeruare, pro quibus fuit conceſſum. Poterit tamen illud vni prælegare.

Nec obſtat, ſi dicatur non eſſe permiſſum, ut quis de feudo teſtetur, ut in c. 1 de ſucceſſ. feudi. Quoniam id intelligendum eſt, quando in extraneos quis teſtari uellet, & extraneis feudum legare: non autem ſi liberis relinquere uelit, præſertim ſi hoc faceret propter publicam utilitatem, ut puta, ſi feudum iuriſdictionem haberet annexam. Expedit enim, ut uni tantùm aſſignetur: quia melius per unum, quàm per multos iuriſdictio adminiſtratur.

Cæterum hoc fundamentum Pauli Caſtrenſis facilè

A deſtruitur. In primis tex. in cap. 1. de ſucceſſ. feudi excludit interpretationem, quam ipſe adfert. Sic enim ait: *Si quis igitur deceſſerit filijs, & filiabus ſuperſtitibus, ſuccedunt tantùm filij æqualiter, vel nepotes ex filio, loco ſui patris, nulla ordinatione defuncti in feudo manente, uel ualente.*

Illa uerba textus: *Nulla ordinatione*, excludunt omnem ordinationem. Sunt enim generalia. Et quoniam in præcedentibus uerbis dictum eſt, filios æqualiter in feudo ſuccedere, & ſtatim ſubiecta eſt illa clauſula *Nulla ordinatione*, &c. ſatis apertè colligitur non ualere ullam defuncti ordinationem, per quam filij non æqualiter ſuccederent.

Deinde, quod attinet ad l ſecundã, C. de ſecund. nupt. illa eſt prorſus ſublata ex Iuſtiniani Nouella 2. & 22 Quare, ut maximè olim ex ea liceret argumentum ſumere, quod uni ex filijs pater feudum prælegare poſſit, exemplo matris, quæ lucra nuptialia uni ex filijs poterat relinquere: hoc tamen argumentum non poteſt amplius adferri; quoniam matri ius illud eligendi unum ex filijs a-

B demptum eſt.

Denique, argumentum ex iure patronatus ideo non obſtat; quia de eo teſtari pater prohibitus non eſt, ſicut de feudo, imò teſtamento aſſignare libertum poteſt, l. Teſtamento, ff de aſſignan. liber. Similiter nec ille, qui aliquid familiæ rogatus eſt relinquere. Quod uerò adfertur ex Speculatore de emphyteuſi argumentum, non magni ponderis eſt; tum quia controuerſa eſt illa Speculatoris ſententia; tum quia in emphyteuſi talem prohibitionem teſtandi non habemus.

Solet a nonnullis, & hoc argumentum adferri, quòd ſi pater uni ex filijs feudum prælegauerit, ideo conſiſtat legatum; quia non poteſt alter filius patris uoluntatem impugnare, cùm ſit hæres, l. Ex qua perſona. De reg. iur. l. Cum a matre. C. de rei uind. Sed facilè refellitur hoc argumentum. Etenim non eſt filius, qui hoc in caſu patris uoluntatem impugnet, ſed eſt lex, quæ prohibet patrem teſtari, & conſequenter feudum ipſum prælegare. Ita

C quoque nemo diceret, hæredem ubligatum eſſe ad legata præſtandi, quæ ſecundùm legem nullius ſunt momenti, ut in §. Non ſolùm. in Inſtit. de legatis: & tamen, quia defuncti uoluntatem impugnare hæres non poteſt, dicendum eſſet, teneri ad ea legata præſtanda, quòd eſt abſurdum.

Secunda eſt opinio, diſtinguendum eſſe inter feudum antiquum, & nouum, uidelicet a patre ipſo quæſitum: ut ſi de feudo antiquo agatur, illud pater uni ex filijs prælegare non poſſit: ſi uerò de nouo feudo agatur, poſſit. Autores huius ſententiæ putantur fuiſſe, Andreas Iſernia in c. 1. de aliena. feud. Andreas Siculus in conſil. inſerto inter conſil. Alex. 4. lib. conſi. 55. nu. 58. 59. & eam ſecutus eſt Clarus d §. Feudum, q. 40. & multi alij a Tiraquello citati loco annotato.

Fundamentum eſt, quia in feudo antiquo non poteſt pater filijs præiudicare, quibus eſt ius quæſitum ex antiqua conceſſione a domino facta, c. 1. de aliena. feudi pater-

D ni. Cæterùm in feudo nouo, quod ipſe pater acquiſiuit, poteſt, argumento l. 3 ff. de ſeruis exportan. & d. cap. 1. de aliena. feudi. pater a contrario ſenſu.

Sed hęc ſententia haud difficulter refutari poteſt. Quoniam dato, quod pater uiuens alienando præiudicare poſſit filijs ſuis in feudo nouo, non tamen ſequitur eum poſſe teſtando præiudicare: quia alienatio feudi cum conſenſu domini ualet, ſed teſtamentaria diſpoſitio de feudo non ualet.

Tertia eſt opinio, diſtinguendum eſſe inter feudum hæreditarium, & non hæreditarium. Nam, ſi ſit hæreditarium, ut puta conceſſum pro quibuſcunque hęredibus, etiam extraneis, uidetur patri licere illud uni prælegare: ſecus, ſi non ſit hæreditarium. Ita poſt alios Alexander reſpondit in conſil 28. colum ultim. lib. quinto, & Curtius iunior hanc ſecutus eſt ſententiam loco ſuprà citato, nec non etiam Clarus. Et fundamentum eſt, quia

tale

tale feudum tranſire poteſt ad quemcunque extraneum; A ergo multò magis ad filium. Item, quia non tranſit ad filios, niſi ſint hæredes patris? Ergo non licebit eis impugnare defuncti teſtamentum ac uoluntatem. argumen. l. Cum a matre. C. de rei uindic.

Sed hęc ſententia non eſt recipienda propter duas cauſas. Prima eſt, quod cùm diſputamus, an feudum poſſit vni a patre prælegari, id de feudo proprio accipiendum uidetur. Illud autem eſt impropriè feudum, quod tranſit ad extraneos hæredes. Deinde, quia etiam in eiuſmodi feudo improprio locum habet generalis prohibitio teſtandi, & ratio illius, ut ex ſequentibus patebit. Et quod dicitur, filium hæredem patris impugnare non poſſe eius uoluntatem, refutatur ex his, quæ ſuperius dicta ſunt.

Quarta igitur ſententia docet, patri non licere feudum uni ex filijs prælegare, quæ mihi ueriſſima uidetur. Et eſt communis ſententia, teſte Zaſio de feudis in 8. part. in 1. particu. verſ. Et hanc partem. multi eam ſecuti ſunt, B quos loco annotato Tiraquellus commemorat. ego addo Iacobum Cuiacium in commentarijs ad lib. 4. feudor. titul. 54.

Probatur multis argumentis. Primò, quia nulla defuncti ordinatio in feudo ualet, ut in cap. 1. de ſucceſſ. feudi. ergo nec illa ualebit, qua uni ex filijs feudum prælegauerit.

Secundò. Nam patris ius omne, quod habet in feudo, morte eius extinguitur, & alijs defertur, qui ex conceſſione uocati ſunt. Nemo autem legare poteſt ius, quod morte ſua periturum eſt l. Vxor patrui. C. de legat.

Tertio, nam ſi poſſet uaſallus de feudo teſtari, & feudum legare, illud alienare, & in alium transferre poſſet abſque domini conſenſu, quod legibus feudorum repugnat. cap. 1. de prohib. feudi alienat. per Fridericum. Nec dicatur poſſe adhiberi domini conſenſum: *Nam ſatis conſtanter ueteres decreuerunt teſtamentorum iura ipſa per ſe* C *firma eſſe oportere, non ex alieno arbitrio pendere.* l. Illa inſtitutio. ff. de hæred. inſtituend.

Quartò, omnes filij æqualiter in feudo ſuccedunt. c. 1. de ſucceſſ. feudi. ergo non licet patri aliter diſponendo efficere, ut unus tantùm ſuccedat. argumento Nouellæ 2. & Nouellæ 22.

Si dicatur etiam in alijs rebus idem conſtitutum eſſe, ut æqualiter liberi ab inteſtato parentibus ſuccedant, & tamen licet ipſis parentibus plus uni legare, quàm alteri. l. Parentibus. C. de inoff. teſtament. Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Nam in alijs rebus permiſſum eſt parentibus teſtamentum condere. At in feudis permiſſum non eſt. Deinde in alijs rebus ius filijs non competit excepta legitima portione, at in feudo ius competit ex conceſſione domini, qui poſt mortem patris liberos ad feudum inuitauit. Quod ſi proponas patri duntaxat feudum conceſſum fuiſſe, non etiam eius liberis, tunc res erit magis perſpicua, quod pater non poſſit feudum uni prælegare; quo- D niam ius quod habet, morte ipſius perimitur, & filijs defertur non tanquam à patre tranſmiſſum, ſicut cętera iura tranſmittuntur ad hæredem; ſed tanquam a lege delatum ipſis filijs, non tanquam patris hæredibus; ſed tanquam filijs.

Hæc poſtrema ratio locum non habet in feudo hæreditario; ſed tamen in eo ſufficere poſſunt aliæ rationes, præſertim, quia de feudo proprio diſputatio accipienda eſt, non de eo, quod propriam feudi naturam non habet, quale eſt illud, de quo loquitur tex. in capit. 1. tit. de feudo non habente propriam naturam feudi. & ſi qui alij ſunt ſimiles.

CAPVT LXIII.

Pater an prælegare poſſit emphyteuſim uni ex filijs ſuis.

PAter emphyteuſim ſtipulatus eſt ſibi ſuiſque liberis, vtrum eam teſtamento prælegare uni ex liberis poſſit? Negat Bartolus ad l. Vt iuriſiurandi. §. Si liberi. ff. de operis libertor. Affirmat Io. Imolenſis in c. potuit, num. 68. de locato. Vtrique non deſunt ad ſtipulantes, ut uidere licet ex Curtio iuniore de feudis in 4. par. poſt nu. 122. Verſ. Subijcit tamen. Claro. In §. Emphyteuſis, q. 16. Couuar. uariar. reſol. lib. 2. cap. 18. num 2.

Fundamentum Bartoli eſt primo in cap. 1. de ſucceſſ. feudi, ibi: *Nulla ordinatione defuncti in feudo tenente, vel ualente.* Idem igitur, & in emphyteuſi. Secundò, quia filijs ius quæſitum eſt omnib. æqualiter ex ſtipulatione patris, ergo non poteſt eis auferri. arg. l. Si cum pater. §. Si pater. ff. ſol. matr. l. Id quod noſtrum. de reg. iur.

Fundamentum Imolẽſis eſt; quia filijs ius acquiſitum eſt beneficio patris, ergo pater auferre poteſt. arg. l. 3. ff. de ſeruis exportand. l. Qui Romæ. §. Flauius. ff. de uerbor. oblig. cum ibi notatis a Bartolo.

Deinde, quia pater dum acquirit filijs ſuis aliquid, uidetur illis donare. l. Filiæ. C. fam. hercisc. ſed donatio reuocari poteſt, ut ibi dicitur. Videtur autem reuocari ex eo, quod pater uni prælegauit, quia ex eo apparet patrem nolle, ut alij habeant. Ergo prælegatum ualet. Addi poteſt emphyteuſim alienari poſſe, & in alios transferri. l. 3. C. de iure emphyt. § Adeò. in Inſtit. de locat. Ergo & legari poterit.

Ego puto Bartoli ſententiam ueriorem eſſe, & moueor hoc argumento: Quoties pater filio ſtipulatur in tempus, quo ſui iuris eſt, actio ipſi filio acquiritur. l. Non quodcunque, 45. § ſi quis ita. ff. de uerb. oblig. Vlpianus: *Si quis ita ſtipulatus, poſt mortem meam filiæ meæ dari. vel ita: poſt mortem filiæ meæ mihi dari, utiliter erit ſtipulatus: ſed primo caſu filiæ utilis actio competit, licet hæres ei non exiſtat.* Dicitur autem utilis actio competere, & non directa: quia nemo alteri ſtipulari poteſt, tamen hoc in caſu ualet ſtipulatio, quia pater eſt, qui filio ſtipulatur: ſed quia refertur ſtipulatio in tempus, quo ſui iuris eſt, uidetur idem, ac ſi extraneo, uel emancipato ſtipuletur, ideo non oritur directa actio, ſed utilis.

Sed in præſenti caſu pater filijs ſuis ſtipulatur in tempus, cum erunt ſui iuris effecti: nimirum poſt mortem ipſius patris: quia emphyteuſis hoc modo conceſſa, intelligitur conceſſa primum patri, & eo mortuo filijs: ergo poſt mortem patris actio filijs acquiritur.

Hoc ita poſito ſic argumentor: Emphyteuſis poſt mortem patris ad filios ſpectat æqualiter, quia æqualiter omnib. pater acquiſiuit, & ſtipulatus eſt. Ergo non licet patri eam uni tantum prælegare.

Probo conſequentiam. Nam ſi filijs omnibus emphyteuſis acquiritur poſt mortem patris: ergo patris ius morte finitur. Sed quando aliquis legat rem aliquam in qua ius habet, ſed illud morte eius extinguitur, non ualet legatum. l. Vxor patrui. C. de legatis. l. Si domus, § ult. & l. Quod in rerum natura § 1. de leg. 1. Ergo in propoſito caſu legatum non ualet.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis reſpondeo; illud procedere, quando id, quod pater ſtipulatur, uel acquirit filijs, non refertur ad illud tempus, quo ſui iuris ſunt: quia tunc ius acquiritur filijs, ac proinde eis auferri non poteſt. Nec ad rem pertinet, l. tertia, ff. de ſeruis exportand. & ſimiles, quibus dicitur, uendito ſeruo, ut intra certum tempus manumittatur, poſſe uenditorem ab hac manumiſſionis lege diſcedere, & eo pœnitente, non teneri emptorem ſeruum ea lege uenditum manumittere. Nam ratio eſt ibi manifeſta, quia ſeruus eſt uenditoris, quia pactum adiecit,

neque

A neque ſeruo actio quæſita eſt; licet enim libertatis ſit capax, ac proinde fiat liber ex eo pacto: non tamen ius acquirit irreuocabile, ſed hoc pendet ex uoluntate domini. At in caſu noſtro actio filijs acquiritur ex ſtipulatione patris, quia refertur in illud tempus, quo ſui iuris ſunt, quo caſu patri non acquiritur.

Ad ſecundum argumentum concedo donationem eſſe; ſed quia confertur in tempus, quo filij ſui iuris ſunt, illis actio competit, quam pater auferre non poteſt prælegando; quia prælegatum poſt mortem patris effectum habet, quo tempore pater nullum ius habet in emphyteuſi.

Ad argumentum, quod attuli de alienandi poteſtate, quæ patri competit, reſpondeo, diuerſam eſſe rationem inter alienationem & legatum. Nam alienatio fit inter viuos à patre, qui tūc obtinet & poſſidet emphyteuſim; ac proinde poteſt illam alienare. Nam acquirendo ſibi & filijs, primùm ſibi acquiſiuit, deinde filijs. quare ſi velit, poteſt meritò alienare. Neque enim dum filijs ſtipu-
B latus eſt, intelligitur ſibi prçiudicare voluiſſe, quò minus ſuo iure rem alienare poſſet. Sed prælegatum fit in vltima voluntate, & in tempus refertur, quo pater nullum ius habet: ſed filijs ex ſtipulatione ius competit. l. Illa inſtitutio. ff. de hæred. inſtit.

Si quis autem huc adſerat iuris regulam: Hæredem non poſſe voluntate defuncti impugnare; ac proinde filium, qui eſt patris hæres, prælegatum agnoſcere, ac minimè impugnare oportere, cùm & res aliena legari poſſit, & ipſius hæredis propria. Reſpondeo, non filium hæredem patris legatum impugnare ſed legem, quæ hanc legati ſpeciem non fouet: quia hoc legatum interpretatur, non tanquam rei alienæ legatum, ſed tanquam legatum rei propriæ legantis, qui crediderit ſe ius habere legandi, cùm non haberet. Vis clarius hoc videre? *Vxor patrui tui, ſi teſtata deceſſerit, res tuas*
C *tantùm vſumfructū earum habens, legare non potuit.* l. Vxor. C. de legat. Hic teſtator ſi res alienas legauerit, ideo non valet legatum; quia videtur legare ius quod habet, illud autem morte eius extinguitur: Id non latuit Accurſium, qui ita ſcribit eo in loco: *Sed nonne potuit rem alienam legare? Reſpondeo vtique, ſed cùm non ſit ſua, ius quod habet tantùm legare videtur, at hic poſt mortem nullum ius remanebit, quare legatum non tenet.* Et ſequuntur Iaſon. Bartol & alij in commentarijs d. l. Vxor.

Atque huc pertinent verba illa l. Sticho. ff. de vſufr. legat. *Videri Stichum potius, quod habere ſe crederet, quàm quod onerare hæredes vellet, legaſſe.* Et eſt communis omnium ſententia, quod legatum non valeat, quoties teſtator legatam rem, in qua ius habet morte ſua periturum. in feudo, & emphyteuſi exempla adſert poſt alios ab eo citatos Menochius de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. 118. nu. 19. 20.

Quod ſi proponatur teſtatorem omnino voluiſſe, etiamſi ſciret poſt mortem ſuam nihil ſibi iuris compe-
D tere in emphyteuſi, ſed eam ad liberos pertinere, pro æquis portionibus, eam uni prçlegare, tunc putarem legatum valere; quia in claris non eſt opus coniecturis, ex traditis per Alexandrum in conſil. 9. nume. 16. lib. 2. cum alijs à Menochio citatis loco proximè annotato. nu. 23. & Præſumpt. 117. nu. 6. 7. eod. lib. Eſt enim exploratum, rem alienam legari poſſe l. Cùm alienan. C. de legatis, & rem hæredis. l. Vnum ex familia. §. Si rem. de leg. ſecundo, l. Cum filius. §. Dominus. ff. eodem. cùm multis alijs ſimilibus.

Verùm in iſtis terminis controuerſia à nobis hoc in capite propoſita, non eſt inter Doctores: ſed quando pater ſimpliciter, prælegat uni ex alijs totam emphyteuſim, quæ communis eſt omnibus filijs, Tale legatū non valet, quia patris ius morte extinguitur, ex ijs, quæ iam allata ſunt.

CAPVT LXIV.

De donatione ſimplici, an ſit conferenda ad l. Filiæ. C. fam. hercıſc. l. Si donatione C. de collat. & l. pen. C. eod. tit.

SVperiore libro nonnullas de collationib. quæſtiones controuerſas expoſui, atque illam in primis: an donatio ſimplex filiofamilias collata ſit conferenda nec ne? quam & in hoc capite iterum exponendam propoſui. Iuuat autem eam retractare: quoniá alia quçdam in mentem venerunt, quæ ueritati magis conſona eſſe planè iudico; nec illud moror, quòd fortè aliqua ex parte, ijs, quæ alias dixi, hçc aduerſabūtur, quoniam hoc vnum mihi præcipuum ſtudium eſt, veritatis inquirendæ, eiuſdemque inuentę ad publicam vtilitatem in lucē proferendæ, paratuſque ſemper ero, toties mutare ſententiam, quoties veritatem vel ipſe inuenero, vel ab alijs inuentam cognouero.

Controuertitur; an donatio ſimplex, ut dixi, conferenda ſit. Non eſſe conferendam probat. l. Filiæ. C. famil. hercıſc. Conferendam eſſe probat l. Si donatione. C. de collat. Rurſus conferendam non eſſe probat l. penult. C. eod.

Quod attinet ad l. Filiæ. eam ſic accipio, ut loquatur condito teſtamento, propter illa verba: *Si non poſtea contrarium eius iudicium probetur.* Videntur enim indicare, textum accipiendum eſſe, quādo aliquod extat patris iudicium, ſcilicet teſtamentum, ſed non contrarium donationi factæ; Et in hoc aſſentior Iacobo Cuiacio lib. 3. capite 30.

Quod attinet ad l. Si donatione quę eſt eiuſdem Diocletiani, eam puto accipiendam nullo condito teſtamento, vt videlicet tunc collationi locus ſit: nullum enim eſt ibi verbum, ex quo teſtamentum conditum ſignificetur.

Sed contra obijcitur, eiuſmodi donationem conferendam non eſſe; quia non valet, & morte patris ſilentioque cōfirmatur. l. Donationes. C. de donat. inter vir. & vxor. Et ideo videtur filius rem donatam habere quaſi ex legato vel fideicommiſſo, atque adeo poſt mortem patris aquirere, quo in caſu collationi locum non eſſe inter omnes conuenit, & verum eſt. l. Nec emancipati. C. de collat.

Item opponitur l. penult. in fi. C. eo. titulo, vbi dicitur: *Simplicem donationem non aliter conferri, quàm ſi donator eam legem ſuæ liberalitati appoſuerit.*

Non ſatisfacit, quod nonnulli dicunt, Diocletiano imperante nondum fuiſſe conſtitutum, vt donatio morte patris confirmaretur, quaſi id à Iuſtiniano conſtitutum fuerit in d. l. Donationes, quoniam etiam Diocletiani tēporibus idem iuris fuiſſe, ut donatio confirmaretur morte & ſilentio donatoris, indicant l. 2. C. de inoffic. donat. l. Si non verum is, C. de donat. inter vir. & vxor. l. Cum de bonis. 11. C. de donat. & ex ipſa l. Donationes. apparet non Iuſtinianum illud primum ſtatuiſſe, ſed declaraſſe, quomodo eſſet accipiendum id, quod iam erat conſtitutum, & quod donatio retro trahenda eſſet ad diem, quo conſcripta eſt.

Et hæc eſt communis veterum interpretum ſententia, quod donatio morte patris olim confirmaretur, vt uidere licet ex Bartolo, Caſtrenſi, & alijs ad l. 1. §. primo, ff. pro donato. quibus non obſtat ille textus, dicens, vſucapi non poſſe rem a patre donatam filiofam. cum alijs a Cuiacio notatis ad l ſecunda, ff. pro hærede. & ad lib. quintū, ſenten. Pauli tit. 11. quia, vt poſt Cynum declarat Caſtrenſis in dicto, §. primo. confirmatur quidem morte patris donatio, ſi pater rem ſuam donet: ſecus ſi alienam, tunc enim iniquum eſt, vt confirmetur in præiudicium alterius, qui eſt dominus. Et notandum eſt, idem eſſe, quod dicitur, ſilentio donatoris patris confirmari donationem,

tionem, ſicut loquitur l. Donationes. C. de donat. inter. vir. & vxor. ac ſi dicatur, ſi pateat in eadem volũtate perſeuerauerit, vt loquitur Diocletianus in l. Si non verũ is. C. eo. ti. Dicitur enim in eadem voluntate perſeueraſſe, qui mortuus eſt voluntate non mutata. Et ideo Iuſtinianus in d. l. Donationes *Ita firmas eſſe*, inquit, *per ſilentium donatoris vel donatricis ſancimus Si vſque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes actis fuerint inſinuatę* Et paulò infrà; *Tunc & ſilentium donatoris, vel donatricis & ſpecialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conſcripta eſt*. Ex quibus verbis apparet Iuſtiniano idem eſſe perſeuerantiam in eadem voluntate, & ſilentium donatoris. Et id ſolum ſtatuiſſe, vt tunc confirmetur donatio, cum non excedit quantitatem legitimã, vel cum eam excedens fuerit actis inſinuata. Item ut donatio retrò trahatur ad tempus, quo conſcripta eſt, quod antea conſtitutum non erat.

Item non probatur, quòd ad l. pen. dicunt, illam eſſe accipiendam de filio emancipato, quia ibi loquatur textus de donatione matris, quam conſtat non habere filios in poteſtate. Nam nullum ibi fit verbum de filio emancipato, ſed de filio ſimpliciter, & fit mentio etiam donationis patris, & quod caput eſt, filium emãcipatum conferre debere donationem ſimplicem, dubitari nõ poteſt ex forma edicti Prætoris, de quo in l. 1. ff. de collat. bonor. & in l. Si emancipati C. de collat. & in l. Et liberis. C. eo. ad finem.

Exiſtimo itaque ita reſpondendum eſſe, licet ſimplex donatio patris non valeat, & morte confirmetur, tamen conferri debet: quoniam legati & fideicommiſſi naturam non habet, ſed potius donationis inter viuos. Id patet, quia retrotrahitur ad tèmpus, quo conſcripta eſt: & ſic non ualet ex die mortis patris, vt cætera legata & fideicommiſſa, ſed fingitur ab initio ualuiſſe, ut in d. l. Donationes. ibi; *Tunc & ſilentium donatoris vel donatricis, & ſpecialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conſcripta ſit*. Cùm itaque retrotrahatur, atque perinde habeatur, ac ſi ab initio ualuiſſet, cum fuit conſcripta, ceſſat argumentum, ex quo uidebatur locus non eſſe collationi, quaſi filius donationem poſt mortem patris conſecutus eſſet, & ex vltima eius uoluntate. Videtur enim eam conſecutus patre uiuente; & ideo meritò cõferenda, ut ſeruetur inter filios æqualitas parentibus inteſtatis ſuccedentes: vel etiam attento nouiſſimo iure teſtamento condito defunctis, iuxta Nouellam de Triente & Semiſſe §. Illud.

Quod verò attinet ad l. pen. non puto ſenſum eſſe illius legis hunc, ut donatio ſimplex non conferatur, ſi pater, vel mater inteſtati deceſſerint: ſed ſi deceſſerint teſtamento condito, quod per querelam reſciſſum ſit, tunc enim ex antiquis legibus certum erat, donationem inter viuos conferendam non eſſe, niſi donator eam legem ſuæ liberalitati appoſuerit, ut in l. Si non mortis. ff. de inoffi. teſtam. & in l. Si quando. §. Illud. & §. Generaliter. C. eod. tit. Vlpianus: *Si non mortis*, inquit, *cauſa fuerit donatum; ſed inter viuos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur, poteſt dici inofficioſi querelam ceſſare, ſi quartam in donatione habeat, at ſi minus habeat, quod deeſt, viri boni arbitratu repleatur, aut certè conferri oportere, quod donatum eſt.*

Vides, vt puto, lector, hic locum eſſe collationi, etiam teſtamento condito. Item donationem ſimplicem conferri, qui eam conditionem donator appoſuit, ut conferretur. Id patet ex illis verbis: *Hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur*. Eſt enim perinde, ac ſi dictum fuiſſet, hac tamen contemplatione, vt conferatur: quia omnia conferuntur, quæ in quartam imputantur, ut patet ex d. l. pen. C. de collationib. *Vt omnia*, inquit textus, *quę in quartam portionem ab inteſtato ſucceſſionis computantur ijs, qui ad actionem de inofficioſo teſtamento uocantur, etiamſi inteſtatus is deceſſerit, ad cuius hęreditatem ueniunt, omnimodo cohęredibus ſuis conferat.*

A Ad eundem modum loquitur textus in d. l. Si quando §. Et generaliter C. de inoffi. teſta. ut patet. ibi: *Aliquid dederit, ut mortis cauſa donatione, ut inter uiuos ſub ea conditione, ut hęc inter uiuos donatio in quartam ei computetur*. Et poſt hæc textus loquitur de illa ſpecie, in qua teſtamentum eſt conditum, & minus legitima portione filio relictum eſt.

Donatio itaque inter viuos in legitimam filij non imputatur, & ideo teſtamentum inofficioſum filius dicere poteſt: niſi ea conditio donationi adiecta ſit, ut in legitimam imputetur. Nam eo in caſu querela ceſſat, & conferenda erit, ut in d. l. Si non mortis.

Hæc igitur eſt ſententia Iuſtiniani in d. l. penul. C. de collat. licet ſimplex donatio non conferatur, niſi eã conditionem donator, ſ. pater uel mater, uel alij parentes adiecerint: tamen illo in caſu conferenda erit, ut inter liberos æqualitas ſeruetur, quãdo alter filius confert dotem vel donationem propter nuptias.

B Exemplum eſto. Vnus ex filijs confert dotem vel donationem propter nuptias. Alter, in quem ſimplex donatio collata eſt, negat ſe conferre debere: Adfert hanc rationem: quia eſt donatio ſimplex inter viuos, quæ non confertur, niſi donator eam conditionem appoſuerit. Imperator ſtatuit, vt ea exceptione non obſtante conferre debeat.

Illa verò exceptio, quòd ſimplex donatio non conferatur, non habet locum in ſucceſſione inteſtati, ſed teſtati duntaxat, & in hunc modum obijcitur. Nam cum ita conſtitutum ſit, ut ſi teſtamentum ſit inofficioſum, illud reſcindi poſſit à filio exhęredato, licet donationem inter viuos ſimplicem conſecutus fuerit, ea conditione non adiecta, vt cõferatur, vel vt in legitimam portionem imputetur, & ſic eo in caſu donatio ſimplex non conferatur. Tamen fieri poteſt, ut alter ex filijs, ei, qui ſimplicem donationem accepit, conferre teneatur dotem, vel donationem propter nuptias, ſi fortè teſtamentum tanquam

C inofficioſum reſciſſum ſit. & tunc Iuſtinianus ſtatuit, illum quoque, qui ſimplicem donationem accepit, conferre oportere donationem ipſam, vt æqualitas ſeruetur ea exceptione non obſtante. Quod autem reſciſſo teſtamento per querelam locus collationis ſit doti vel donationis propter nuptias, manifeſtum eſt ex l. Vt liberis C. eo. ti. in qua ſic ſtatuit Imperator Leo; *Vt liberis ſiue ſui iuris, ſiue in poteſtate conſtitutis quocunque iure inteſtata ſucceſſionis, id eſt, aut teſtamento penitus non condito, aut ſi factum fuerit contra tabulas bonorum poſſeſſione petita, vel inofficioſi querela mota reciſſo, ęqua lance pariq; modo proſpici poſſit, hoc etiam ęquitatis ſtudio præſenti lege credidimus inferendum, ut in diuidendis rebus inteſtato defunctorum parentum tam dos, quàm ante nuptias donatio conferatur.*

Hæc eſt mea hac in re longè difficillima ſententia, ex qua primo perſpicuum euadit, ſimplicem donationem filio in poteſtate factam, conferendam eſſe, & hanc

D amplector quicquid dixerim. Secundò, nullam eſſe antinomiam inter l. Filiæ. & l. Si Donatione. Tertio, aliam eſſe ſententiam, quam vulgo credatur, l. penul. C. de collat.

CAPVT LXV.

Ad l. vlt. C. de collat. an ſit extendenda ad filios emancipatos

Controuerſia eſt maximi momenti, an quod conſtitutũ eſt in l. vlt. C. de collat. ut aduentitia bona nõ conferantur, iuſta interpretatione trahi ad emancipatos poſſit. Et licet ſup. lib. 5. c. 83. ea de re aliquid dixerim, placet tamen diligentius expendere, ne ſummas difficultates præterire, & eis quodammodo videar ter-

ga

A ga verteret *Vt nemini*, inquit Iuſtinianus, *de cætero ſuper collatione dubietas oriatur, neceſſarium duximus, conſtitutioni, quam iam fauore liberorum fecimus, hoc addere, ut res quas parentibus adquirendas eſſe prohibuimus, nec collationi poſt obitum eorum inter liberos ſubiaceant. Vt enim Caſtrenſe peculium in commune conferre in hæreditate diuidenda, & ex priſci iuris authoritate minimè cogebatur: ita & alias res, quæ minimè parentibus adquiruntur, proprias liberis manere cenſemus.*

Qui negant hanc Conſtitutionem ad emancipatos pertinere duo perpendunt. Primum, quòd Iuſtinianus dicit: *Vt nemini de cætero ſuper collatione dubietas oriatur.* Hæc dubietatin oriri non poterat, quantum ad filios emancipatos, quia certum erat eos conferre debere ſua, cum appetunt paterna. leg. prima. ff de collat. bonor. l. Si emancipati. l. Vt liberis. C. de collat. ſed oriri poterat hæc dubitatio, quantum ad filios in poteſtate: quia Iuſtinianus iam ſtatuerat in l. Cum oportet. C. de bonis, quæ liberis. vt aduentitia bona patri non acquirerentur, niſi quan B tum ad uſumfructum; quamobrem meritò dubitare quis poterat, an aduentitia conferre tenerentur. Nam eos ad conferendum teneri illa ratio adſerri poterat, quod antiquæ leges hunc caſum non excipiebant. Contra non teneri: quia cùm patri aduentitia bona non acquirerentur, non uidebantur etiam conferēda, ſicut nec Caſtrenſia, vel quaſi Caſtrenſia bona, quæ patri non acquirebantur.

Alterum eſt, quoniam Iuſtinianus dicit ſe hoc addere velle conſtitutioni, quam iam fauore liberorum fecit, ut res, quas patrib. acquirendas eſſe prohibuit, nec collationi poſt obitum eorum inter liberos ſubiacerent. Illa autem Conſtitutio pertinet tantum ad liberos, qui ſunt in poteſtate. Eſt. n. in l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ liberis. Ergo, & hæc noua Conſtitutio de collationibus ad eoſdem tantum pertinere debet.

Pro confirmatione addi poteſt argumentum aliud, nimirum, ſi emancipatus aduentitia bona conferre non te C neatur, ſore, vt edicto Prætoris forma quæ in l. 1. ff. de collat. bonor. habetur, una cùm alijs legib. quæ emancipatos conferre præcipiunt, ſublata nunc ſit, quod tamen cùm expreſsè a Iuſtiniano factum non ſit, non uidetur eſſe temerè præſumendum.

Iſtis non obſtantibus ab ea ſententia nō recedo, quàm poſui ſupra dict. lib. quintus, capitul. 83. nempe Iuſtiniani Conſtitutionem ad emancipatos etiam pertinere ex interpretatione prudentum, & ideo nec emancipatos hodierno iure ad conferenda bona aduentitia obligatos uideri. Moueor hoc argumento. Nam ratio, cur emancipati olim conferre tenerentur aduentitia bona, hæc erat: quoniam quicquid acquirebat filius in poteſtate exiſtēs, acquirebat patri, exceptis Caſtrenſibus, uel quaſi. l. Placet. ff. de acquir. hæred. l. prima, ff. Si à parente quis fuerit manu. Illud autem, quod acquirebat filius emancipatus, acquirebat ſibi, Ergo iniquum erat, ut emancipatus æqualem haberet partem bonor. paternor. in quibus erant D etiam bona a filio in poteſtate quæſita, niſi ipſe quoque emancipatus ſua bona conferret, & hæc eſt illa æquitas, cuius meminit Iuriſconſultus in l. prima, ff. de collat. bonor. *Vt ſua quoque bona in medium conferant, qui appetunt paterna.* & ibi Bartolus optimè declarat. Quapropter, ſi emancipatus olim aliqua bona acquireret, quæ non acquirerentur patri, licet in poteſtate patris eſſet, illa non conferebantur. l. Si fratres. §. idem Papinianus. ff. pro ſocio. ibi: *Quamuis filius emancipatus hæc non cogatur conferre fratri in poteſtate manenti, quia etſi in poteſtate maneret, præcipua ea haberet.*

His adde, Iuſtinianum ipſum in d. l. ult. ſimili modo ratiocinantem, dum ait: *Vt enim Caſtrenſe peculium in commune conferre in hæreditate diuidenda, & ex priſci iuris autoritate minimè cogebantur, ita & alias res, quæ minimè parentibus acquiruntur, proprias liberis manere ſancimus.*

Cùm igitur aduentitia bona ex l. Cùm oportet. C. de A bonis, quæ liberis non acquirantur patri, licet filius ſit in poteſtate, ceſſat prorſus ratio, & fundamentum collationis. Nam ſicut emancipatus non acquirit patri, ita nec ſuus. Ergo ille non poteſt emancipatum cogere, ut conferat, eam ob cauſam, quod ipſe filius in poteſtate omnia patri ſuo acquirat, emancipatus autem ſibi. Nam nec ſuus aduentitia quærit patri, ſed ſibi. Et ideo res redacta eſt ad antiquam regulam illam, cuius meminit Papinianus in d. l. Si fratres. §. Idem Papinia. ff pro ſocio, *ut quę emancipatus, ſi in poteſtate maneret, pręcipua haberet, non cogatur conferre fratri in poteſtate manenti.* Sed iam aduentitia, quæ emancipatus habet præcipua, ſimili modo præcipua haberet, ſi in poteſtate maneret. ex l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ lib. ergo conferre non tenetur.

Ad argumenta in contrarium reſpondeo, fatendo verba Iuſtiniani pertinere ad filios in poteſtate manentes, quod ſatis clarè euincunt rationes ſuperius allatæ, ſed noſtra diſputatio eſt: an ex interpretatione idem ſtatuendū nunc ſit in emancipatis; & dicimus idem eſſe ſtatuen B dum, atque ita Iuſtiniani legem, quæ de ſuis loquitur, ad emancipatos extendimus, ob cauſas iam allatas.

Antiquas uerò leges, & Prætoris edictum ideo non offendimus, quia ceſſat ratio nunc antiquarum legum, & Prætorij edicti, propter nouam l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ lib. Et iſto in ſtatu, in quo nunc res eſt, etiam ueteres Iuriſconſultos reſponſuros fuiſſe collationi locum non fore, ſatis perſpicuum eſſe ex ſupradicto Papiniani reſponſo exiſtimamus.

CAPVT LXVI.

Ad l. Qui ſe patris. C. Vnde liberi.

C IMperator Conſtantius: *Qui ſe patris poſt auum inteſtatum defuncti negat heredem, mortui aui paterni ſuſcipere facultates non poteſt. maximè emancipatus, niſi per bonorum poſſeſſionem ad huiuſmodi beneficium peruenerit.* l. Qui ſe patris. C. vnde liberi.

Iacobus Cuiacius lib. 4. Obſeruat. c. 6. *Hoc Reſcriptum, ut obſcurum eſſe exiſtimetur, Accurſij interpretatio facit, quæ nutat, uacillatq; adeo, vt certi ex ea, quod ſtatuat, colligere uix quiſquam poſſit. Mihi huius Reſcripti ſpecies aperiſſima videtur. Si poſt mortem aui inteſtati filius delata hęreditate priuſquam ſe immiſceret, deceſſerit, nepos ex eo dubitare poteſt, an auo hæres ſit. Si filius miſcuiſſet ſe, nihil dubitaremus nec enim tunc, niſi per patrem nepos aui hæreditatem obtinere poſſet. At ſi filius non miſcuerit ſe, & deceſſerit, dubitatur, an nepos auo hęres ſit. Et ſanè, ſi patris ſui, id eſt, ſi filij hęreditatem ſuſcipiat, ſuſcipiet etiam aui hęreditatē tranſmiſſionis iure, quoniam ſui etiam ignorantes parētum hęreditatem ad hęredes tranſmittunt. l. Apud hoſtes. C de ſuis & legit. hęred. l. 2. §. Si quis ex liberis ff ad Tertyll. At* D *ſi nepos nolit filio hęres eſſe, an dicemus eum auo ſuum hęredem futurum? Minime uerò, idque in emancipato nepote diceimus facilius, quam in eo, qui eſt in poteſtate aui. Sed tamen in utroq; idem iuris eſt, quoniam in ſuis hęredibus ſucceſſio non eſt l. 1. § Sciendum ff de ſuis & legit. hęred. Tempore enim delatę hęreditatis eum filius in ea hęreditate pręceſſit. At defendi poteſt, daturum ei Pretorem bonorum poſſeſſionem Vnde liberi & hoc ſenſit in eo Reſcripto Conſtantius, cum ſit poſitum ſub tit. Vnde liberi,* &c.

Hæc, quam attulit Cuiacius, interpretatio antiquorum fuit interpretum Baldi, Aretini, Iaſonis, Cagnoli, & aliorum multorum.

Sed ut reuertar ad Cuiacium, ille explicat cauſam, ob quam iure Ciuili nepos non admittitur, ut & alij explicarunt, & ſatis eſt perſpicua. Verum in eo uerſatur difficultas, quo pacto nepos bonorum poſſeſſionem petere poſſit. Etenim hæreditas aui ad filium eius tranſit ipſo iure,

iure, tanquam ſuum hæredem, qui moriens eam etiam nonagnitam ad hæredem tranſmiſit, l. Apud hoſtes, C. de ſuis & legit hæret. Sed nepos negat ſe patris hęredem eſſe, ergo ad alios patris hæreditas pertinere debet; Et conſequenter etiam aui hæreditas, quæ mixta eſt, & in unum patrimonium redacta.

Reſpondent Cagnolus, & alij ex antiquioribus, æquitatem Prætoris hoc efficere, propter ſummam coniunctionem aui, & nepotis, ut hæreditas deuoluatur ad extraneos. Non rectè, quia ſibi nepos imputet, qui abſtinet ab hæreditate patris, cui admixta eſt, & aui hæreditas. Nec enim Prætor alijs auferre ius ſuum poteſt, & iuris formam tollere.

Alij dixerunt, patrem in ſpecie dictæ legis repudiaſſe hæreditatem patris ſui, id eſt, aui ipſius nepotis; Gloſ. Bartolus, Paulus Caſtrenſis, & Aretinus. Sed illis obſtat primò, quod tunc nepos potuiſſet, etiam iure Ciuili ſuccedere in hæreditate aui, l. Defunctis, C. de legitim. hæred. Secundò, quod nepoti hoc in caſu nil noceret repudiatio hæreditatis paternæ. Videtur autem a contrario ſenſu Conſtantinus indicare nepotem, ſi non neget ſe patris hæredem, iure Ciuili admittendum ad hæreditatem aui. Et tamen id ei non prodeſſet, ſi pater eius abſtinuiſſet: neque enim ex perſona eius, tanquam hæres, auitam hæreditatem conſequi poteſt.

Alij dixerunt nepotem iſtum, qui ſe patris negat hæredem, non uideri bonorum poſſeſſionem iure prætorio competentem omittere, l. Suum, C. de iure deliber. l. Quoties duplici. de reg. iur. itaque excluſus ab adeunda hæreditate iure Ciuili, uidetur bonorum poſſeſſionem unde liberi petere poſſe. ita Albericus, quem ſequuntur Duarenus, & Decius, repugnante Cagnolo, quoniam hæreditatis appellatione ueniat etiam bonorum poſſeſſio, ex l. Hæreditatis appellatione, ff. de verb. ſignific. & l. Puberem, C. de iure delib. quæ leges id non dicunt.

Sed libenter ſcirem, quo pacto id accipiendum ſit: an nepos petita bonorum poſſeſſione obtineat etiam patris ſui facultates; an uerò aui duntaxat? Si patris quoque ſui, res eſt ſatis plana, ſed uereor, ut Cæſareo reſcripto ſit conformis; quia præſupponit nepotem patris ſui hæredem non eſſe, & conſequenter loquitur eo in caſu, quo facultates eius non obtinet: non ponens uim in eo, quod negando ſe patris hæredem a bonorum poſſeſſione excluſus non ſit; nec illud requirens, ut nepos bonorum poſſeſſionem petat patris ſui, ſed dicit ad huiuſmodi beneficium per bonorum poſſeſſionem, nepotem peruenire, ut ſcilicet aui paterni ſuſcipere facultates poſſit.

Si uerò aui paterni duntaxat bonorum poſſeſſionem nepos conſequitur, in ſuperiorem ſcopulum incidimus, quo pacto liceat Prætori bonorum poſſeſſionem hoc in caſu concedere nepoti abſtinenti ab hæreditate patris, cùm ad alios hæredes ipſius patris pertineat, & hæreditas, & bonorum poſſeſſio aui; quæ cum paterna hæreditate in unum patrimonium eſt redacta.

Hæc eſt mea coniectura, hunc, de quo agitur, nepotem ſuum eſſe patris defuncti, in cuius eſt poteſtate, ſed cum beneficio abſtinendi, iuxta §. Sui. in Inſtit. de hæred. qualit. & diff. Tanquam igitur patris hæres conſequitur etiã auitam hæreditatem: Illam enim, ut rectè dictum eſt, etiam non agnitam tranſmittit filius, l. Apud hoſtes, C. de ſuis, & legitim. hęred. & ideo ad hunc nepotem hæredem tranſmittit. Cùm itaque nepos iſte, tanquam hęres patris, etiam hęreditatem aui obtineret, uolebat abſtinere ab hæreditate patris, & aui hęreditatem retinere. Reſpondit Conſtantinus iure Ciuili non poſſe id fieri; quia uidetur eſſe una, & eadem hęreditas patris, & aui: iure autem Prętorio id obtineri poſſe per bonorum poſſeſſionem, ratio eſt; quia licet uideatur una eſſe hęreditas, tamen conſiderari debet ex ęquitate prętoria, ut duplex hęreditas. Nam ſi nepos, tanquam hęres patris ſui,

A vellet ſe abſtinere hoc in caſu ab hęreditate aui, poſſet id facere, l. Si quis filium, 7. §. 1. ff. de acquir. hęred. Paulus: *Si filius priuſquam ſciret ſe neceſſarium extitiſſe patri hęredem, deceſſerit relicto filio neceſſario: permittendum eſt nepoti abſtinere ſe aui hęreditate: quia & patri eius idem ius tribueretur.*

Si, ut una hęreditas conſideranda eſſet, non liceret nepoti abſtinere, quia nemo poteſt hęreditatis partem retinere, & partem repudiare. l. 1. & 2. ff de acquir. hęre. Sed quia duplex eſt hęreditas, ideo permiſſum eſt nepoti, retenta patris hęreditate, abſtinere ab hęreditate aui.

Idem ergo permiſſum eſt ex contrario, ut nepos hęres patris ſui, & aui abſtineat ab hęreditate patris, & aui hæreditatem obtineat. Hoc autem Prętoris beneficio obtinebit per bonorum poſſeſſionem, non iure Ciuili: quia in ſuis hęredibus ſucceſſio non eſt. l. 1. §. Sciendum, ff. de ſuis, & legit. hæred. hoc eſt, non eſt locus edicto ſucceſſorio ex perſona in perſonam: & ſic ex perſona filij in perſonam nepotis. Quamobrem ad hæreditatem aui ne-

B pos non uocatur, quia filius gradu eum pręcedit, & ſuus hęres eſt ipſo iure: nec enim abſtinuit iſto in caſu. Iure tamen Pretorio bonorum poſſeſſionem obtinebit ex capite. *Vnde liberi.* quandoquidem filius ei non obſtat, nec alius extraneus hęres.

CAPVT LXVII.

An l. Qui ſe patris, C. vnde liberi. hodie ſit correcta.

POſt hęc breuiter tractanda eſt illa controuerſia, an l. Qui ſe patris, C. Vnde liberi. correcta ſit. Accurſius enim correctam eſſe exiſtimauit, quem poſte-

C riores uſque ad Bartolum refutarunt. Sed Bartolus, Caſtrenſis, Decius defendunt. Iaſon contradicit, & quidam alij. Rei difficultas in hoc eſt poſita, quod nouo iure ſucceſſorium edictum locum habet inter agnatos, ideo, ſi filius in ſpecie huius legis patris hęreditatem repudiaret, iure Ciuili nepos admitteretur tanquam agnatus, §. Placebat. in Inſtit. de legitim. agnato. ſucceſſ. & Bartol. textum pro hac ſententia adfert notatu dignum in l. Defunctis, C. de legitim. hęred Diocletianus: *Defunctis ſuis extantibus hęredibus, & abſtinentibus, vel repudiantibus hęreditatem, frater iure conſanguinitatis ſuccedere poteſt* Reſpondetur ab aliquibus, ſed malè, textus illos de collateralibus loqui; Nam licet de his loquantur, argumentum tamen non tollitur, quia ex ijs textibus apparet ſuis hæredibus abſtinentibus, alios ex edicto ſucceſſorio uocari Et conſequenter nepotes uocabuntur ex capite *Vnde legitimi* Nam ex capite Vnde liberi uocari non poſſe conſtat, ſiquidem in ſuis non eſt ſucceſſio, l. 1. §. Sciendum,

D ff de ſuis & legiti. hæred. Et ideo, ſi plures ſint hęredes ſui uno abſtinente, alij ſuccedunt ex iure accreſcendi. l. Vn. C. quando non peten. partes. Si unus tantùm ſit, & abſtineat, ad alium gradum defertur, l. 2 §. Sed ſi ſint ſui, ff ad Tertyll. l. 1. §. Poſt ſuos, ff de ſuis & legitim. niſi ipſe ſuus uelit ex alio capite ſuccedere, l. 1. §. Sed uidendum, ff. de ſucceſſo. edicto.

Igitur Accurſij, Bartolique ſententia nititur hoc fundamento, & præſupponit accipiendam eſſe l. Qui ſe patris, in eo caſu, quo pater nepotis hæreditatem aui repudiauit: tunc enim ad nepotem iure Ciuili defertur ex ſucceſſorio edicto, quapropter Prętoris beneficio non indigeret.

Fundamentum eſt firmum, ſed legis interpretatio, quæ pręmittitur, conſiſtere non poteſt ex his, quę ſuperiore capite deducta ſunt, ad refellendam eorum ſententiam, qui hanc legem accipiendam putat, eo in caſu, quo pater repudiauit. quibus addo nunc argumenti loco illud abſurdum, quod ex ea interpretatione ſequeretur,

quereretur, nempe legem iſtam repugnare alijs legibus, quibus probatur, ſuis hæredibus abſtinentibus, ad alios hæreditatem pertinere iure Ciuili. Non enim dico correctum eſſe: Qui enim Diocletianus, qui fuit prior, Cõſtantini (Cuiacius putat Conſtantij eſſe) legem tollere poſſit? Hęc igitur lex, quam in manibus habemus, neque correcta eſt, & alium habet ſenſum, quàm Accurſius, & Bartolus exiſtimauerint, vt in præcedenti capite latius diſputatum eſt.

CAPVT LXVIII.

De euictione inter cohæredes præſtanda.

QVæſtionem hanc, de euictione inter cohæredes præſtanda, nonnihil controuerſam elucidare conabor aliquot concluſionibus propoſitis, atque ut res poſtulauerit diſcuſſis ex his, quæ interpretes adferre ſolent ad l. Cum pater §. Euictis. de leg. 2. in l. *Si* familiæ, C. fam. hercıſc. in l. Si fratrem, C. commu. vtriuſque iud. in l. Qui Romę. §. Duo fratres. in vlt. quæſtio. Bartol. ff. de verb. oblig. & poſt eos Caballinus de Euictionibus. § 4. poſt nume. 51. Menochius in conſil. 87. lib. 1. Burſatus in conſi. 173. lib. 2.

Prima concluſio: Si res vni ex hæredibus prælegata ſit, ob euictionem actio non competit. Papinianus: *Euictis prędijs, quę pater, qui ſe dominum eſſe crediderat, verbis fideicommiſſis filio reliquit nulla cum fratribus & cohęredibus actio erit.* l. Cum pater. §. Euictis de leg. 2.

Secunda concluſio: Si diuiſio facta ſit a teſtatore inter cohæredes, quia prælegatæ cuique res cenſentur. l. Ex facto. ff de hæred. inſti. ſi res uni aſſignata fuerit euicta, non competit actio, ſed exceptio. Idem Papinianus loco proximè citato: *Si tamen inter filios diuiſionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur eum partes cohæredibus prælegatas reſtituere, niſi parati fuerint et ipſi patris iudicium fratri conſeruare.*

Hoc in loco Bartolus, & cęteri cõmuniter ob perpendunt. Papinianum non dicere, rei euictæ nomine actionem dari cohæredi, ſed eum ſe teneri poſſe exceptione, ſi conueniatur a cohæredibus, vt prælegata reſtituat, vt videlicet ea reſtituere non teneatur, niſi parati fuerint & ipſi patris iudicium conſeruare.

Fulgoſius a cęteris diſſentit exiſtimans etiam actionem cohæredi competere, propter illa verba: *Arbiter coniectura voluntatis non patietur*. Nam ſi hæc voluntatis coniectura eſt, ſequitur, vt ex ea detur tam actio, quàm exceptio. argumen. leg. Cùm proponebatur. de leg 2. & l. 1. C. comm. de legat.

Ego Fulgoſio aſſentior, tum propter coniecturam iſtam voluntatis paternæ, tum propter ipſam legis rationem, tum quia Bartoli & aliorum interpretatio de exceptione non eſt ſatis ſolida. Nam ſi voluntas patris fuit, vt quilibet hæredum prælegatas partes obtineret, vt Papinianus exiſtimauit, & teſtificatus eſt, actio competere debet de euictione, quemadmodum competit, quoties rem alienam coniunctæ perſonæ etiam ignorans alienam eſſe teſtator legat. l. Cum alienam, C. de legat. competit, inquam, ad rei euictæ æſtimationem, vt declarant Bartolus in l. Si domus. §. De euictione. nu. 3. & ibidem Caſtrenſis, num. 6. Iaſon, num. 30.

Quod ſi rationem legis ſpectemus fortiſſimum inde ſuppetet argumentum. Nam cum vni tantum ex hæredibus aliquid prælegatur, ideo non habet actionem de euictione, ne oriatur inæqualitas, & inuidia inter cohæredes. Neque enim exiſtimandus eſt teſtator voluiſſe legare, ſi credidiſſet rem alienam eſſe, & huc alludũt, illa verba d. §. Euictis. *Pater qui ſe dominum eſſe crediderat.* quoniam vt dixi, repugnat ratio inæqualitatis, quæ inde oriretur. Hęc inæqualitatis ratio locum non habet, cùm a teſtatore facta eſt diuiſio, & alijs etiam cohæredibus par-

A tes aliæ prælegatæ ſunt: imò coniectura uoluntatis eſt, teſtatorem id, quod euictum eſt, prælegaturum fuiſſe, licet alienũ eſſe credidiſſet, & ideo ſtatim textus ſubdit: *Si tamẽ diuiſionem fecit, arbiter cõiectura uoluntatis*, &c.

Quod autem ſolida non ſit Bartoli, & aliorum interpretatio in eo, quod de exceptione dicunt, perſpicuum eſt ex eo, quòd non negat textus actionem competere: ſed ſententia legis eſt, ſi alij cohæredes velint, & ipſi partes prælegatas conſequi, eos conſeruare cohæredi partem euictam debere. Nam ſi nollent ſuccedere, procul dubio non tenerentur. Itaque eſt perinde, ac ſi text. diceret eos teneri de euictione, ſi partem ſuam conſequi intendunt.

Tertia concluſio: Actio de euictione locum habet in diuiſione facta inter cohæredes iudicio familiæ herciſcundæ. l. Si familiæ. C. famil. herciſc. l. Si fratres. C. commu. utriuſque iudic. l. Hæredes. §. Item curare. ff. fam. herciſc.

Quarta concluſio: Non habet locum euictionis actio B inter cohæredes, quoties res euicta eſt ex facto ipſius cohæredis. l. Fundum meum. ff de euict. Idem iuris eſt, ſi euincatur facto teſtatoris. Ita omnes docent in dict. §. Duo fratres ubi Zaſius num. 15. quia hæres defuncti factum præſtat. l. Ex qua perſona. de reg. iur. de quo tamẽ uidendi ſunt alij Doctores in d. §. Duo fratres. Eſt enim articulus, quem ibi latè tractant, a noſtra diſputatione non nihil alienus.

Quinta concluſio: Non eſt locus actioni de euictione inter cohęredes, quoties nõ ignorans res diuiſas periculo euictionis ſubiacere, niſi pacto, uel ſtipulatione conuentum ſit, vt euictio præſtetur. l. Si fratres. C. commu. utriuſque iud. l. Si fundum ſciens, C. de euict.

Sexta concluſio: Inter ſcientes tamen res euictionis periculo ſubeſſe, præſtanda eſt euictio, quoties uni ſoli res euictioni obnoxia in diuiſione attributa eſt, ceteris autem bona libera obuenerunt. ita dicebat olim Guido Suzarius Alex. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres. nu. 34. ff. C de verb. oblig. Alciat. ibidem, num. 40. Menoch d. conſ. 87. num. 84. Burſatus in d. conſ. 173 num. 19.

Dum tamen in hoc aduertatur, inquit Alciatus, *an qui bona fideicõmiſſa accepit, id fecerit, quia in pręsẽti eſſẽt uti bera, voluerit q́, eã utilitatẽ cũ futuri euentus periculo cõpenſare* argumento l. De fideicõmiſſo. C. de Tranſactio.

Mihi placet Alciati ſententia: Amplius generaliter exiſtimo ei, qui ſciens bona fideicommiſſo ſubiecta acceperit in diuiſione, actionẽ de euictione non competere, nulla ratione habita, quod cęteris hæredibus bona libera obuenerint in ea diuiſione. Imputandũ eſt enim huic, quod ſcienter bona fideicõmiſſo ſubiecta acceperit. Itẽ quod ſibi de euictione pacto, uel ſtipulatione nõ proſpexerit l. Si fratres. C. cõm. utriuſq; Iud. Diocletianus: *Nam ſi fundi ſcientes obligationẽ dominiũ ſuſcepiſtis, tamẽ euictionis promiſſionẽ ſolennitate uerborũ, uel pacto promiſſam probantes, eos conuemendi facultatẽ habebitis.*

Hoc in loco non diſtinguitur, an cæteris fratribus D bona libera obuenerint; ſed generaliter negatur euictionis actionem ei competere, qui ſciuit obligationẽ, quod iuri conſentaneum eſt d. l. Si fundum ſciens. C. de Euict.

Quod ſi hoc in caſu quis lęſus eſſe dicatur, tunc iuris remedia ſuppetunt oportuna. l. 3. C. comm. utriuſq; iud. ſed non pertinent ad euictionem.

Septima concluſio. Quoties euictionis periculum inter cohęredes mutuum & commune eſt, quia omnes poſſident res obligatas creditoribus, uel aliter obnoxias euictioni; tunc ſi uni res euincatùr, is non habet actionem de euictione aduerſus cohæredes, quia uerſantur, & ipſi quoque in eodem periculo. Ita poſt Gulielmum Cunium docet Paulus Caſtrenſis in d. l Si familiæ. nu. 1. C fam. herciſ. adducta l. Cum duobus. C. de inoff. teſtam. quæ nihil probat.

Salycetus autem in d. l. Si familiæ. exiſtimat actionẽ

hoc in caſu competere, cui Ripa adſtipulatur in d. l. Qui Romæ. §. Duo fratres. nume. 98. Alciatus autem ibid. nu. 34. diſtinguendum putat, vt ſi in limine iudicij euictio immineat, locum habeat ſententia Baldi (Nam & Baldus Cuneum ſecutus eſt) *aliàs*, inquit, *Salycetum ſequar*.

Difficultas in hoc conſiſtit, cum l. Si familiæ. C. fam. hercisc. generaliter dicat, inter cohæredes locum eſſe euictioni, niſi contrarium pacti fuerint, num hæc ſit iuſta interpretatio. Si omnes hæredes res poſſideant periculo euictionis obnoxias, & vni fuerint euictæ, alteri non, euictionem præſtandam non eſſe: quia ſufficit alijs quoque cohæredibus idem periculum imminere; & ideo ſi non eis res euincantur, id lucro eorum cedere debere, & caſui fortuito adſcribendum. Non puto iuſtam eſſe interpretationem. Nam diuiſio vicem obtinet permutationis, at in permutatione clarum eſt præſtari euictionem, ſicut in venditionis contractu. Quare ſi uni ſit res euicta præſtanda, eſt euictio. Quod ſi & alteri euincetur, ſimiliter præſtanda erit. Interim non debet ipſe propter periculum, quod imminet, liber eſſe. Denique nulla lege, nulla iuris ratione probari poteſt hæc interpretatio. Lex autem generalis eſt, & euictionem præſtandam inter cohæredes decernit.

Octaua concluſio. Quoties euictio ex natura rei contingit, inter cohæredes euictionis actio non habet locum, niſi pacto aliter ſit conuentum. Exemplum. Si uni ex hæredibus bona feudalia obuenerint, & eo mortuo abſque filijs maſculis, filia ſuperſtite, feuda fuerint euicta, non datur actio. ita docet Accurſius in d. l. Si familiæ. C. famil. hercisc. & ibid. Bartol. Salyc. Caſtrenſ. Alexand. conſil. 21. nu. 4 lib. 5. Socinus iun. conſil. 119. nu. 2. lib. 3. alios citat Menoch. d. conſ. 87. nume. 78. Probatur argum. l. Si ſeruus. ff. de euict. illis verbis: *Quia nemo eum euincat, ſed fatum humanæ ſortis.*

Verùm Alciatus in conſ. 138. nu. 3 hoc in caſu locum eſſe euictionis actioni reſpondit, ſi ex coniecturis id actum probabiliter arguatur. v. g. quando manifeſta læſio aliàs induceretur; vt quia bona paris æſtimationis eſſent cuilibet fratrum aſſignata. *Videtur enim*, inquit, hoc caſu præſtanda euictio; quia ceſſat ratio, quod mutuum periculum ſuſcepiſſe videantur. quæ fuit opinio Guidonis de Suzario, quem refert Alexander in § Duo fratres. Suadet hoc & æqualitas, quæ inter fratres ſeruari debet, maximè in diuiſionibus. Idem reſpondit Menochius d. conſil. 87. nu. 84. 85. 86. Burſatus d. conſ. 173. num. 19.

His ego non aſſentior. Nam præſuppono factam eſſe diuiſionem æqualem inter cohæredes ſine dolo & fraude. Vnum hoc dubium exſtere; an ſi uni feudalia obuenerint, & alijs allodialia, præſtanda ſit euictio, quæ contingit ex natura feudi. Et nego præſtandam. Pro confirmatione huius ſententiæ addo argumentum aliud. Nã is, qui feudalia bona accepit, ſciebat aut ſcire debebat ea ſecundum naturam ſuam ad maſculos pertinere, nõ ad fœminas; quare ſi deceſſit nullis filijs maſculis ſuperſtitibus, filia hæres nõ habet actionem de euictione, propter patris ſui ſcientiam. Sicut enim ſcienti actio non datur, vt ſuprà concluſione 5. ita nec hæredi eius. Nec enim melioris conditionis eſt hæres, quàm ſit autor eius. Quod ſi forte res feudales illi obuenerunt, vel ex iudicis ſententia, idem eſt dicendum. Nam præſuppono iuſtè diuiſionem factam, & conſequenter bona feudalia aſſignata fuiſſe ſecundùm æſtimationem iuſtam, ratione ſcilicet habita qualitatis ipſorum bonorum. Huc accedat, quod in læſione diiudicanda ſpectandum eſt tempus contractus celebrati. l. Si voluntate. in fine. C. de reſcind. vend. Tempore autem diuiſionis factæ nulla læſio interuenit.

Nec Guidonis Suzarij placita me deterrent, quæ ſuperius etiam confutaui: Nec argumentum ex inæqualitate; quia, vt dixi, ſuppono æqualem & iuſtam diuiſio-
A nem: Quod ſi caſus eam iniquam fecit, non propterea videtur mihi actio concedenda. Nam & alijs cohęredibus res, quæ attributæ ſunt, ſecundum naturam earum perire potuerunt, ſerui puta mori potuerũt, fructus corrumpi, res aliæ etiam perdi varias ob cauſas, & nemo diceret tunc euictionem præſtandam fore: quoniam non eſt euictio, ſed natura ipſius rei.

CAPVT LXIX.

Diuiſio patris inter filios facta bonorum eius ſi iuramento firmata ſit, an poſſit reuocari.

EXiſtimo diuiſionem bonorum à patre factam inter filios in poteſtate exiſtentes, etſi iuramento fir-
B mata ſit, tamen reuocari poſſe. Nam non eſt donatio ſimplex, quæ iuramento firmatur, ut aliàs differui, in 1. part. controuerſ. lib. 3. cap. 77. ſed potius ſupremi iudicij diuiſio eſt. l. Si filia §. Si pater ff. fam. herci. Vlpianus. *Si pater inter filios ſine ſcriptura bona diuiſit, & onus æris alieni pro modo poſſeſſionum diſtribuit, non videri ſimplicem donationem, ſed potius ſupremi iudicij diuiſionem, Papinianus ait.* Supremum autem iudicium reuocari poſſe, procul dubio eſt. Non obſtat iuramentum, quia non mutat naturam rei. Intelligitur enim niſi patrem pœnituerit, ſecundùm naturam vltimæ voluntatis. Itẽ facit, ut pater ſit periurus, nõ vt reuocatio impediatur. Ita reſpondit Oldradus in conſ. 251. Et licet contraria ſententia ſit magis communiter recepta, vt uidere licet ex Cacherano deciſ. Pedemontana 125. Seraphino de Priuilegijs iuramenti, Priuilegio 112. Id tamen nequaquam mouet: quoniam præcipuum fundamentum, quo
C illa nititur, non eſt ſolidum. Fundamentum enim eſt; quia iuramentum cõfirmat patris donationem, & alios contractus, qui aliàs non valent, c. Quamuis. de Pactis. lib. 6. & notatur in l. Frater à fratre ff. de cond. indeb. Reſpondeo, ut id maximè uerum ſit, ad caſum, de quo agitur, non pertinere, quia nec de donatione loquimur, nec de alio contractu inter uiuos, ſed de vltima voluntate, quæ reuocari poteſt, non obſtante iuramento, ut dixi lib 4. cap. 8 ad fin. *Ambulatoria eſt enim voluntas defuncti, vſque ad uitæ ſupremum exitum* l. 4. ff. de adim. legatis. Eſt autem hæc diuiſio non ſimplex donatio; ſed potius ſupremi iudicij diuiſio, ut in d. §. Si pater. Vlpianus teſtatur. Quamobrem meritò reuocari poterit.

CAPVT LXX.

Ad l. Filium quem habentem C. familiæ herciſcundæ.

D DIocletianus: *Filium, quem habentem fundum, portionem hęreditatis fratribus, & quibuſdam alijs ſub conditione verbis precarijs reſtituere ſanxit teſtator: poſt eius conditionis euentum hæreditaria parte prędij in quarta ratione retenta, compenſato præterea, quod a cohæredibus vice mutua percepit & ſi quid deeſt in ſupplementum deducto, quod a cæteris in eo fundo ſoluitur, ſupra quartam habens reddere compellitur.* l. Filium. C. famil. hercisc.

Difficillimam hanc legem ueteres dixerunt, quia eã non intellexerunt: Alijs fundum filio in peculium à patre datum exiſtimantibus: Alijs dicentibus donatũ, alijs prælegatum fuiſſe. Sed primę interpretationi obſtat, quod ea, quę filijs in peculiũ dãtur, mortuo patre in hæreditate remanent inter filios cohæredes diuidenda, ex l. Certum, C. eod. titulo, conſequenter quarta ex fundo in peculium conceſſo, deduci non poteſt magis, quàm ex alijs rebus hæreditarijs. Et ideo intelligi non poteſt,

cur

A

cut hæreditariam partem prædij in quartæ rationefilius retinere poſſit, cum prædium ſit commune, ſicut aliæ res hæreditariæ cęteris cohæredib. Nec.n. iure probatur, quod ſolet pro ſolutione adferri ex coniectura voluntatis paternæ, & ne dura priuatio eius inducatur, fundum iam aſſignatum in quartam imputari. Hic n. caſus exceptus non eſt a regula iuris, quæ mandat ex ſingulis rebus quartam deduci. l.1.inca. l. Plautius, ff. ad legem Falcid.

Secundæ autem expoſitioni illud obſtat, quod donatio illa morte confirmatur, & ideo vt præcipua filio aſſignatur. l. Filiæ, C. eo. tit. Nec in quartam imputatur; quia non habet illam filius iudicio teſtatoris, vt requiritur. l. In quartam, ff. ad legem Falcid.

Tertiæ autem expoſitioni nihil re vera obſtat, ſed ideo veteribus non placuit; quia crediderunt obſtare illa verba textus: *Filium, quem non habentem fundum*, &c. Nam ſi filius fundum habebat eo tempore, quo teſtamentum fuit conditum, fieri non potuit, vt illum ex prælegato haberet, quia prælegata ex teſtamento teſtatore defuncto debentur, non prius.

B

Sed verba illa nihil obſtant, quia non hunc ſenſum habent, quod filius fundum haberet eo tempore, quo teſtamentum fuit conditum, ſed indicant legatum fundum filio fuiſſe, *Vindicationis iure*. Caius in Inſtit. tit. de legatis. *Vindicationis legatū eſt, ſi teſtator ſic locutus fuerit: Illum ſeruum tibi do, aut lego, uel illam rem tibi praſu me, habe, vindica.*

Hunc antiquorum interpretum errorem, & veram expoſitionem primus omnium Alciatus detexit lib. 6. Paradoxorum, c. 5. *Teſtator, inquit, pluribus filijs haredibus inſtitutis, vni pralegauit fundum per legatum uindicationis, quod fiebat hoc modo Fili mi, talem fundum tibi habe, vel praſume, vel vindica, ut Caius in Inſtit. ſub rub. de Legatis ſcribit. Idem teſtator eum rogauit, ut hæreditatem fratribus reſtitueret, ſi nauis ex Aſia veniret, mandauitque ut ipſi fratres uice mutua decem illi darent: Ea conditione eueniente, quaritur, quod quarta ex S.C. Trebelliano deducendę imputandum ſit. Etſi hareditas reſtituenda cētum aſtimetur, XXV. erunt pro ea quarta retinenda: qua computatio ſic inibitur, ut in primis portionem hęreditariam fundi imputet, quę ſi fundus XXIV. valeat, cùm tres hęredes ſcripti proponantur, erunt VIII Rurſus decem quoque illa, quę a cohęredibus uice mutua percipit, compenſet: quod verò ad quartam deeſt, nempe VII. ex eo, quod reſtituere debet, ſibi ſuppleat Reliquas enim partes fundi ſupra quartam habet nec imputat* Hactenus Alciatus.

G

Huic veriſſimæ expoſitioni, ſi Cuiacij adiungas obſeruationem, rectè alium errorem confutabit; Eorum ſcilicet, qui ex hac lege probari crediderunt, filium per fideicommiſſum rogatum hæreditatem reſtituere, non poſſe niſi vnam quartam detrahere, propter illa verba textus. *ſupra quartam habēs reddere compellitur*: ac ſi lex diceret, filium oneratum fideicommiſſo conditionali reddere compelli, quod ſupra quartam habet: *Cùm hoc lex potius dicat, ſimpliciter exiſtente conditione fideicommiſſi, filium portionem hęreditatis coheredibus, quibus eā reſtituere rogatus eſt, reddere compelli fundi prælegati partem quam iure hęreditario capit, imputare in Falcidiam, partem quam iure legati capit a cohęredibus, quibus vice mutua portionem ſuam reſtituit, compenſare partem quā iure legati capit a cęteris cohęredibus, quibus nihil reſtituit. ſupra quartam habere; id eſt, neque imputare, neque compenſare, & ſic extra quartam accipitur in l. In quartam ff ad Falcid & ſupra quartam l. 15. §. pen. ff eo.* Hactenus Cuiacius lib. 8. obſer. c. 3.

D

Gratiæ igitur habendæ ſunt in hac re recentioribus; in multis alijs antiquioribus interpretibus habemus, quos proinde non ſuperbè contemnere, etſi quandoque errarunt, debemus, ſed uenerari, & colere, quod nobis multa legum arcana aperuerunt, plurimas, deciſiones veriſſimas tradiderunt.

CAPVT LXXI.

Ad l vlt. C de fideicommiſſis an teſtator poſſit legatario ſtipulari.

QVæ ſit huius legis ſententia, nemo melius explicat, quam Iuſtinianus in §. vlt. in Inſtit de fideicommiſſ. hęreditat. Cæterùm Bartolus in l. Nemo. de leg. 1. non procul a principio, hanc legem adducens adijcit hæc verba: *Ponero in fine hęredis, ita quod hęres promittat hoc defuncto, ſapit naturam contractus, & ita hęres, qui hoc promiſit, ad hoc conuenitur, arg l Quidam cum filium. de hęred. inſtit. & l. Spadonem, § 1 de excuſ. tutor.*

Hæc verba Bartoli dicit Io. Imolenſis in d. l. Nemo. col 2. quem refert & ſequitur ibid Alexand. col. 3. ponderanda eſſe, quia ex eis colligitur alia interpretatio d.

B

l vl. C. de fideicom. nimirum eam loqui, cùm teſtator *fecit ſibi promitti per hęredem, quod legatario uel fideicommiſſario dabit legata, & ſic uidetur hęc diſpoſitio tranſire in uim contractus, & ſufficit tunc apparere de tali promiſſione per duos teſtes, & potuit teſtator ſtipulari legatario, qui, quoad legatum, repręſentat defunctum.*

Ex his cautelam format Bartolomæus Veronēſis 129 ad probādum legatum per duos teſtes, ut curet teſtator *ſibi ab hęrede promitti depręſtando legatum legatario: nā tunc tale legatum tranſit in uim contractus, & per duos tātum teſtes probari poterit, ſicut probantur cęteri cōtractus.*

Sequitur eandem ſententiam Ripa in d l. Nemo. numer. 32. 33.

Sed his contradixit primum Iaſon in d. l. Nemo, cuius argumentis reſpondit Ripa. Diſſenſit & Alciatus in commentarijs eiuſdem loci, nec non lib. 1. Paradoxorum capit. 4 quem refellere conatur antiparadoxis Angelus a S. Ioanne. Diſſentit denique & Ruinus in d. l.

G

Nemo num. 24.

Sed uideamus iure, an iniuria, hæc ita alij aſſeuerent alij autem diſſentiant. Et vt breuiter, ac liberè dicam, quod ſentio, Bartoli & ſequacium ſententia mihi non probatur. Video enim omnes iuris regulas apertiſſimè huic ſententiæ aduerſari: Contrà verò nullum pro ea adferri ſolidum argumentum.

Prima regula hæc eſt. Alteri ſtipulari nemo poteſt, l. Stipulatio iſta, §. Alteri, ff. de verb. oblig Ergo nec teſtator legatario ſtipulari poterit.

Nec valet illa reſponſio, ab hac regula caſus aliquos exceptos eſſe, ergo & hunc excipiendum, quo de agitur Nam ſi liceret ita ratiocinari, nulla iuris regula in diſputationibus adferri poſſet; quia ferè ſemper aliqui caſus excipiuntur, quamobrem promptum eſſet diceret, excipiendum etiam caſum eſſe, quo de ageretur.

Non obſtat illa reſponſio. Aliquis poteſt hæredi ſuo ſtipulari, ergo & legatario. Nam hæres eſt ſucceſſor in

D

vniuerſum ius; legatarius autem in re tantum legata. Et plerunque tam hæredibus noſtris, quàm nobis ipſis cauemus, l Si pactum, ff. de probation. nuſquam iure dicitur nos ſtipulando legatarijs cauere ſolitos eſſe.

Secunda regula. In omni vltima voluntate excepto teſtamento quinque teſtes debent adhiberi, l. vlt. C. de codicill. Ergo duo non ſufficiunt in legato vel fideicommiſſo. Eſt enim ultima uoluntas. Nec uerum eſt per ſtipulationem in contractum tranſire, & ideo ex promiſſione agi inter uiuos facta ab hærede, quia aut hoc in caſu locus eſt pœnitentiæ, aut locus non eſt, ſi non eſt locus pęnitentiæ, iam non erit legatum vel ultima uoluntas. illa enim ambulatoria eſt vſque ad ſupremum vitæ exitum, l. 4 ff. de adim. leg. Si locus eſt pœnitentiæ, non erit contractus ſiue obligatio inter uiuos; quia in ea locus pœnitentiæ non eſt, l. Sicut, C. de act. & oblig.

Tertia regula: Vno contextu actionis teſtari opor-

ter. Eſt autem vno contextu, nullum alienum actum te-
ſtamento intermiſcere, l. Hæredes palam, §. vlt. de Teſta
ment.
Ex hac regula ego ſemper credidi non eſſe illud re-
cipiendum, quod vulgo dicitur, contractus in teſtamen
to fieri poſſe, vt & aliàs diſputaui.
Quod igitur teſtator fidei hæredis aliquid commit-
tat, ad teſtamentum pertinere dubium non eſt. Cæte-
rùm quòd ab hærede ſtipuletur legatario aliquid dari,
extraneus planè actus eſt, & non conueniens teſtamen
to, niſi pro ſimplici fideicommiſſo accipiatur; & ſtipula
tio illa alteri facta nihil aliud importet, & quàm firmiſ
ſimum fideicommiſſum, in quo hæredis fidem expreſ-
ſam teſtator ſecutus ſit.
His regulis accedit ratio, qua Ruinus vſus eſt. Nam
ex hac ſententia Bartoli, & aliorum inuenta eſſet ratio
legata & fideicommiſſa dandi coram duobus tantùm
teſtibus, tametſi plures teſtes requirantur, l. vlt. C. de co
dicillis. propter ſuſpitionem falſitatis, l. vlt. C. de fideicō
miſſ. Et cōſequenter via quadam indirecta fieret, quod
lege prohibitum eſt.
Nullum autem ſolidum argumentum pro Bartoli,
& ſequacium ſententia adferri palam eſt. Nam quod
attinet ad l. vlt. C. de fideicommiſſ. non loquitur de ſti-
pulatione, ſed de fideicommiſſo, quod a teſtatore nullis
teſtibus præſentibus iniunctum eſt hæredi vel legata-
rio, & dicit eum cogi iurare, aut ſoluere: Nullum pror-
ſus verbum in ea legitur teſtatorem ſtipulatum fuiſſe da
ri cuiquam.
Adſertur ſecundò l. Quidam cùm filium, ff. de hære.
inſtit. Sed ibi amicus ille nil promiſit teſtatori, ſed hæ-
redi, ac proinde inquit Africanus: *Reſpondi, etiamſi ma-
nifeſtum ſit, ſcriptum heredem fidem ſuam interpoſuiſſe:
non tam aliter ab eo fideicommiſſum peti poſſe, quam ſi &
ipſum teſtatorem fidem eius ſecutum eſſe probaretur.*
Teſtatorem autem fidem illius ſecutum eſſe, non
eſt idem Africano, quod Bartolo. Nam Bartolus exi-
ſtimauit id per ſtipulationem fieri, veluti ſi teſtator ſti-
pulatus eſſet in illa facti ſpecie filiofam. dari. Africa-
nus autem hoc intelligit fieri per tacitum fideicommiſ-
ſum, vt patet ex illis verbis: *Nec quicquam ab eo petitum
eſt*. Hæc enim ſunt verba fideicommiſſorum propria,
peto, mando rogo, & ſimilia. Sed difficile eſt, huiuſmodi
tacitum fideicommiſſum probare, ideo reſpondit Afri-
canus, fideicommiſſum peti non poſſe, niſi probaretur,
&c. Si probatum fuiſſet, peti a filio potuiſſet, vt fidei-
commiſſum non vt aliquid promiſſum ac debitum ex
ſtipulatione, & contractu inter viuos, hoc. n. nec Africa
nus dicit, & longè a ſententia eius alienum eſt, quod ve
rò ibi ſubijcit textus de actione mandati, ad illam ſpeciē
pertinet, in qua hæres ſcriptus filio ipſi promiſerat,
ſe aditurum hæreditatem, & reſtituturum.
Tertio adſertur tex. in l. Spadonem, §. 1. ff. de excuſ.
tutor. Nil aliud dicit, niſi eum, qui promiſit patre ſe tu-
telam filiorum eius accepturum, excuſationibus vti nō
poſſe. Non eſt hæc ſtipulatio alteri facta, ſed patri, qui
filijs de tutore voluit proſpicere, quod nec legibus re-
pugnat, & rationi maximè conuenire perſpicuum eſt.
Adſertur poſtremo loco etiam contractus in teſta-
mento fieri poſſe, ſed ut alias diſputaui, nec iure id pro-
batur, nec mihi vnquam placuit. Teſtatorem poſſe ali-
quid fateri ſe accepiſſe, ſe debere, libertum aſſignare,
& id genus alia, facilè concedo. Quod autem alios om-
nes contractus extraneos, & ad teſtamentum non per-
tinentes facere poſſit, non recipio, donec mihi fuerit
oſtenſum iure conuenire. Sed vt maximè contractus
facere poſſit quis in teſtamento, ſequiturne & alteri
ſtipulari poſſe, & duos tunc teſtes ſufficere, & non poſ-
ſe reuocari? Non confundamus quæſo contractus, ſtipu
lationes, & alia quæ inter viuos geruntur, cum ijs quæ
teſtamentis ac alijs vltimis voluntatibus expediuntur,
ne inde abſurda, & legibus contraria multa ſequan-

A tur, ne iuris ordo euertatur, ne forma eius & ſolennia
tollantur: ne falſitatibus & dolis aditus aperiatur. Præ
clarè Vlpianus: *Verba contraxerunt, geſſerunt, non perti-
nent ad ius teſtandi*, Verba. ff de verb. ſig.

CAPVT LXXII.

Teſtator poſſitne inducere vſuras.

VLpianus: *Si cui certa quantitas legetur, & quoad
præſtetur in ſingulos annos certum aliquid, velut
vſuras iuſſerit teſtator præſtari, legatum valet, ſed
in vſuris hactenus debet valere, quatenus modum probabi
lem vſurarum non excedit*. l. 3. § vlt. ff. de annuis legatis.
Ingens diſputatio eſt, an inſpecto iure Canonico, quo
vſuræ ſunt prohibitæ, eiuſmodi teſtatoris diſpoſitio va
leat, quantum ad vſuras, quæ res maximi momenti eſt,
quia ſi non valeat, vſuræ in ſortem computandæ erunt.
B Et frequenter legata id genus vxoribus dantur, vt do-
nec dotes ſuas acceperint, vſumfructum, vel aliud quid
piam percipiant. & loquor quando vſuræ non excedunt
legitimum modum, nam quæ excedunt, non debentur
etiam iure Ciuili. Variæ ac diſſentiores ſunt Doctorum
ſententiæ. Nam multi exiſtimarunt valere teſtatoris di
ſpoſitionem, & vſuras iſtas peti poſſe. Multi id negarūt.
Alij vſi ſunt diſtinctione; Vtrum in poteſtate legatarij
ſit, legatam ſortem petere ac exigere, & tunc vſuræ tan-
quam illicitæ non debeantur; an verò in arbitrio hære-
dis poſitum ſit, ſortem præſtare uel non præſtare, donec
vſuras præſtet; & tunc vſuras deberi ac permiſſas eſſe.
Alij denique in eo caſu, quo in arbitrio hæredis eſt, præ
ſtare ſortem; vel non præſtare, diſtinguunt, vtrum lega-
tarius interpellauerit hæredem ad præſtandam ſortem,
an verò non interpellauerit: vt priore caſu licitè vſuras
percipiat, poſteriore non item.
Vide Bartolum in d. l. 3. §. Si cui, ff. de annuis legatis.
C & in l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nom. & ibidem Socinum
ſeniorem, nu. 6. Iaſonem in l. 1. nu. 59. C. de ſumma Tri-
nit. & ibidem Caſtren. nu. 14. & eundem ad Rub. ff. de
his, quæ pœnæ nom. & in conſ. 101 lib. 1. Roma. conſi.
510 nu 15. Ripam in l. Nemo poteſt, num. 23. ff. de leg.
1. Cagnolum ad l. Curabit. num 14. C. de act. emp. Couu.
lib 3 variar. reſol. c. 1. ad finem. Alciatum lib. 5. Parado-
xorum. c vlt. Aretinum in conſil. 152. Barbatiam conſil.
66. lib. 2. Socin conſ. 41. lib. 4. Ancharanum conſil. 150. in
quæſtione, quæ vertitur inter Alexand. conſil. 27. lib. 4.
num. 9. & 74. nu. 14 lib. 5. Puteum deciſ. 106. lib. 1. alios
citat Menochius in conſ. 441. lib. 5.
Ego ex his ſententijs duas meritò amplectendas eſ-
ſe iudico. Prima eſt; teſtatoris diſpoſitionem non valere
quantum ad uſuras, quoties in poteſtate legatarij eſt
ſortem debitam petere ac exigere. Altera, ualere, & ſer-
uandam eſſe, quoties in poteſtate legatarij non eſt ſor-
tem petere, ſed an arbitrio hæredis eſt eam ſoluere, vel
D nō ſoluere donec vſuras ſoluerit. Duas has ſentētias cur
amplectendas eſſe putauerim, vbi breuiter demonſtra-
uero, tum argumenta diluam, quæ illis aduerſari uiden-
tur.
Quod attinet ad priorem ſententiam, vt eam ample-
ctar, in cauſa eſt primum, quod ſit communis. Eſt e-
nim in rebus obſcuris & arduis communis ſententiæ
maxima autoritas. ca. Ne innitaris, de Conſtitutio.
Secundò, quod eandem ſecuta eſt Rota Romana
apud Puteum, dicta deciſ. 106 lib. 1. Nemo autem igno
rat, quanta ſit eius autoritas: & meritò: Aſſident enim
illi ſemper integerrimi & doctiſſimi viri.
Tertiò, quia vſuræ iure Canonico ac diuino prohibi-
tæ ſunt. Negari autē non pōt, quin legatum, quo de agi-
tur, vſuras contineat. Eſt enim hac in re teſtis locupletiſ
ſimus Vlpianus, qui in d. l. 3. §. vltim. ff. de annuis lega-
tis, propterea monet, *Eatenus legatum valere, quatenus
proba-*

probabilem uſurarum modum non excedit Extat & integer tit. de vſuris & fructibus rei legatæ. & tex. in l Titia Seio.§.1.de leg.2. Ex quo patet legatum, quo de agitur, vſuras continere.

Quartò, quia iuris ratio hoc ipſum ſuadet. Nam vſura eſt cum aliquid ultra ſortem debitam accipitur. cap.Plerique.14.quæſt.4.c.Sicut 2.47.diſtinct. Sed hoc in caſu vltra debitam ſortem aliquid accipitur. Ergo eſt vſura.

Poſtremò, cum legatarius poſſit debitam ſortem petere & exigere, & non exiget, uidetur tacitè pecuniam mutuare hæredi ea lege, ut ſuturas præſtet, ſicut mercator, qui merces ſuas longè maiori precio diſtrahit, ſi ad ſolutionem faciendam prolixioris temporis dilatio prorogetur.c Conſuluit.de Vſuris. Eſt enim hoc in caſu mutuum quoddam palliatum, vt loquuntur noſtri Doctores, & declarat optimè Nauarrus in Manuali, cap.17 num 206. Excipio ab hac ſententia caſum illum, quo vſura omni iure eſt permiſſa propter dãnum emergens, uel lucrum ceſſans, quam reſtauratiuam appellãt, quam paſſim Theologi & Canoniſtæ admittendam ſatentur, & docent, ad quos me remitto.

Quòd verò attinet ad poſteriorem ſententiam, vt eã amplectar, tres ſunt potiſſimum cauſæ. Prima, quòd cõmunior eſt. Secunda, quoniam Romæ ita ſuit hæc quæſtio deciſa. cum ex facto proponeretur, teſte Socino in d.l.2.ff de his, quæ pœnæ nom.nu 9. Tertia, quia firmiſſimum habet fundamentum. Nam hoc in caſu conſiderari non poteſt ulla ratio mutui veri, uel ficti. Non veri mutui, quia illud a creditore exigi ſemper poteſt, hoc autem caſu a legatario non poteſt exigi. Quare id potius ſimile eſt emptioni annui cenſus perpetui, quæ iure licita reputatur, de quo in 1. par. Controuerſiarum multa dixi. Non mutui ficti, ſiue tecti, quia cum legatarius non poſſit hæredem cogere ad ſoluẽdum debitum, non poteſt etiam uideri breui quadam manu debitum ab eo exegiſſe, & illi pecuniam mutuaſſe ſub vſuris. Excipio caſum illum ab hac ſententia, in quo legatarius poteſt, non obſtante teſtatoris uoluntate, id quod ſibi debetur, petere, & ab hærede exigere tunc enim, ſi non exigat, idem puto decendum, quod in priori caſu proximè dixi, quia eſt eadem ratio.

Sed nunc argumenta diſſoluenda ſunt. Primum vſura eſſe dicitur, quæ prouenit ex pacto creditoris, qui lucri cupiditate illud ſecit tacitè, uel expreſsè, ſed hoc in caſu nihil eſt pactus legatarius, ſed vſuras percipit ex benignitate teſtatoris. Ergo, &c.

Reſpondeo immò ex lucri cupiditate legatarius eas percipit, quoties ſortem legatam, vel debitam petere poteſt Nam ſi non petet, cauſa eſt, quod vſuras percipit, & pecunia illi pecuniam parit, quòd ſœnus, ſi ei non placeret, ſortem peteret, ac exigeret iure ſibi conceſſo.

Secundum argumentum eſt; quia teſtator non præſumitur, præſertim moriens, velle, ut legatarius vſuram committat; quia in extremis agens præſumitur memor ſalutis æternæ: l.vlt.C.ad legem Iul. repetunt. Reſpondeo, fieri poſſe, ut teſtatoris mens ſit bona & recta, nec putet ille vſuram committi hoc in caſu, ſed quia committitur, ideo exigi non poteſt: plus enim ualere debet ueritas, quàm opinio teſtatoris.

Tertium eſt argumentum in d.l.3. §.vlt. ff.de annuis legatis. Reſpondeo, iure Ciuili locum habere, quo tempore vſuræ permittebantur, iure Canonico, quod præualere debet, contrarium ſancitum eſt, & ſecundum illud noſtra diſputatio accipienda eſt.

Hęc aduerſus ſententiam priorem obijciuntur. Aduerſus autem poſteriorem obijcitur, (vt cętera prętercam argumenta leuiora, quę ex Doctorum placitis petuntur) hoc argumentum, quoniam hoc etiam in caſu aliquid vltra ſortem exigitur, & pecunia pecuniam parit: Ergo vſura committitur. Et quia, cum legatarius non petat ſortem ſibi reſtitui, nec interpellet hęredem, videtur tacitè conſentire uſurarum præſtationi, atque adeo tacitum cùm hęrede & palliatum, ut uocant, mutuum contrahere.

Reſpondeo, legatarium uſuras conſequi ex teſtatoris uoluntate, non ex pacto tacito, uel expreſſo; Sicut enim teſtator potuiſſet annuum, & ſimpliciter legare pecuniam, quam pro uſuris legauit, ita nihil ei poteſt obeſſe, quod interea ſolui eam uoluerit pro uſuris rei legatæ. Et ideo non committitur uſura illa, quæ iure prohibetur.

Quòd verò legatarius non petat rem principalem legatam; nec hæredem interpellet ad eam præſtandam, non facit ipſum in uſuræ crimen incidere, ſi ex facto proponatur, non eſſe in poteſtate legatarij hæredem cogere ad ſortem principalem præſtandam Cur enim legatarius hæredem interpellaret eo in caſu ad ſoluendum, quo id ei non liceis etenim contra leges illum urgeret, & ideo non eſt in culpa is, qui non facit, quod de iure facere nec tenetur, nec poteſt.

Quod ſi proponatur, legatarium actionem habere ad exigendam principalem, ac debitam ſummam, non obſtante contraria teſtatoris diſpoſitione, hæredis arbitrio id committente, tunc legatarium uſuræ crimen contrahere non dubito, ſi iuris, quod ei competit, auxilio ad conſequendam ſortem debitam omiſſo, turpi uſurarum legatarum lucello inhiare deprehendatur.

CAPVT LXXIII.

Vtrum filius legitimam portionem amittat, ſi legata pia ſoluere neglexerit?

SI filius hæres inſtitutus ſit, & in legatis pijs exequẽdis monitus ab Epiſcopo negligens fuerit, legitimam amittit, quæ ſecundum legem ei defertur in parentum ſucceſſione. Ita Ioan. And. Hoſtienſis, Antonius But.& Ancharanus in cap. Si hæredes. de teſtam. Fundamentum eſt primo in § Si autem, qui hoc facere. in Authen. de Eccleſiaſticis titulis, ubi Iuſtinianus. *Si autem, qui hoc facere iuſſi ſunt, ſemel, & ſecundo a beatiſſimo locorum Epiſcopo, aut eius Oeconomis per publicas perſonas admoniti diſtulerint, quę diſpoſita ſunt adimplere, iubemus eos omne lucrum eis relictum ab eo, qui hoc pręcepérit, amittere*, &c.

Secundò in c. Licet. de uoto. ibi: *Ne ſi onus tibi a patre iniunctum, & a te ſponte ſuſceptum occaſione qualibet detrectaueris, paterna te reddas ſucceſſione indignum, & hęreditatis emolumento priueris, cuius recuſaueris onera ſupportare, ſciturus ex tunc anathematis te uinculo ſubiacere, et iure, quod tibi, ſi dictus Rex ſine prole decederet, in regno Vngarię, competebat ordine geniturę priuandum.*

Contrarium docuerunt Cardinalis, Abbas, Imolenſis, & Barbatia in d.c. Si hæredes. & ibidem Coua. nu. 9. Fundamentum eſt primò in §. Si quis autem non implens. in Authen. de hæred & Falcidia ubi Iuſtinianus: *Si quis autem non implens, quod diſpoſitum eſt. ſed dum competat ei, qui honoratus eſt, quod relictum eſt, etiam ex decreto iudicis admonitus, annum totum protraxerit, non agens hoc, quod pręceptum eſt, ſiquidem aliquis eorum fuerit, qui neceſſariò ex lege percipiunt, in plus autem, quàm quod lex ei dari uult, ſcriptus eſt hęres: tantum accipiat ſolum, quantum lex ei dari, ſecundùm quartam ab inteſtato partem concedit: aliud verò totum auferri.*

Nec obſtat, ſi quis dixerit, Iuſtinianum eo in loco non loqui de legatis pijs, quia etiam de legato libertatis loquitur, ut infrà patet ex illis uerbis; *Aut ſeruus libertate donatus, &c.* legatum uerò libertatis pium eſt l.1.§. Sin autem. C.de commu. ſeruo manum.

Sed licet hoc ita ſit, negari tamen non poteſt, quin

conſtimtio hæc, quæ habetur in Nouella de hæred.& Falcid. differat ab alia conſtitutione, quę habetur in Nouella de Eccleſiaſticis titulis, quia lucrum, quod auſertur hæredi negligenti legata pia adimplere Epiſcopi diſtributioni deſertur; illud autem, quod hęredi auſertur, generaliter negligenti exequi uoluntatem teſtatoris, deſertur ſubſtitutus coniunctis legatarijs & alijs. Illa Cõſtitutio loquitur de hærede bis monito, & de pœna priuationis eius etiam ante annum negligentis præſtare legata pia. Hæc autem de hærede loquitur, qui totum annum protraxerit, in exequenda voluntate defuncti, iudicis decreto admonitus.

Secundò, fundamentum eſt, quia Nouella conſtitutio de Eccleſiaſticis titulis auſert lucrum hæreditatis hæredi negligenti ſoluere legata pia. Legitima verò portio filijs debita non dicitur lucrum, ſed potius debitum. l. Si quis legatum. § vlt. ff ad l. Cor. de fal. & habetur in Nouella de Triente & Semiſſe.

Sed nec iſtud fundamentum ſolidum eſt: quia textus prædictæ Nouellæ omne lucrum auſert hæredibus relictum ab eo, qui hæc præceperit; conſequenter, ſi hæres ille inſtitutus eſt, videtur ei tota hæreditas a teſtatore relicta auferenda: Eſt autem legitima portio triens eiuſmodi hæreditatis, quamobrem & illa auſertur, quia in toto ineſt pars.

Tertiò fundamentum eſt; quia legitimæ nullum adijci onus poteſt. l. Quoniam in prioribus C. de inoffic. teſtam. Sed hoc eſt magnum onus, vt filius illam amittat, niſi legata pia executus fuerit. Reſponderi poteſt, non eſſe hoc onus legitimæ portioni adiectum à teſtatore, de quo loquitur lex illa, ſed eſt pœna à lege impoſita aduerſus eos, qui legata pia executioni mandare ac præſtare detrectauerint, ac bis moniti neglexerint. quam quidem pęnam in legitima portione locum habere non poſſe, nulla lege demõſtrari, nulla ratione euinci poteſt.

Imò verò etiam legitimam portionem hoc in caſu amitte debere ex lege Iuſtiniani, non leuis coniectura eſt, quòd cùm de hæredis negligentia circa aliorum legatorum præſtationem locutus eſt, & pœnam in eo caſu ſtatuit, ſatis clarè, & diſertè legitimam filijs hæredibus, vel alijs debitam excepit. Cùm autem pœnam ſtatuit in eos, qui in legatis pijs ſoluendis negligentes ſunt, non excepit legitimam portionem hæredi debitam: Ex quo coniecturam ſumere licet, quia maior eſt culpa negligentium pia legata implere, eos etiam maiori pœna afficiendos; ac propterea omnem hæreditatem iſtis merito auferendam: illis autem portionem legitimam reſeruandam, qui cætera implere negligunt. Propter hanc coniecturam, & quia nullum poſterior ſententia ſolidum habet fundamentum, vt primi ſententiæ acquieſcam, faciendum eſſe iudicaui.

CAPVT LXIX.

Militare teſtamentum an ſubiaceat quærelæ.

ALexander Imperator; *De inoffícioſo teſtamento militis, vel iure militari, vel ciuili facto, vel Centurionis, uel tribuni numeri; nec filios poſſe quæri, ius certum eſt.* l. De inoffi. C. de teſtamen. milit. Idem habetur in l. vlt. C. de inof. teſt. in l. Si inſtituta. §. De inoffi. & in l. Papinianus § Papinianus, ff. eod. tit.

Sed controuerſia eſt, an hodierno iure inſpecto idem reſpondendum ſit, cuius rei cauſam attulit Nouella Iuſtiniani 115. Vt cùm de appellationibus §. Aliud quoque capitulum. vbi Iuſtinianus: *Sancimus igitur non licere penitus patri, vel matri, auo, &c. ſuum filium, vel filiam, vel cæteros præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtamento, &c. Niſi forſan probabuntur ingrati, & ipſas nominatim ingratitudinis cauſas, parentes, ſuos inſeruerint*

A *teſtamento.* Et paulò inferiùs: *Et hæc quidem de parentũ ordinauimus teſtamentis. Iuſtum perſpeximus & ecõtrario de liberorum teſtamentis hæc eadem cum aliqua diſtinctione diſponere: Sancimus itaque non licere liberis parentes ſuos præterire, aut quolibet modo à rebus proprijs, in quibus habent teſtandi licentiam, eos omnino alienare, niſi cauſas, quas numerauimus, in ſuis teſtamentis ſpecialiter numerauerint.*

Inter Doctores igitur eſt controuerſia; Vtrum hac generali conſtitutione contineantur etiam milites, ac proinde teſtamentum militum reſcindatur, ſicut aliorum, ſi parentes milites filios ſuos abſque legitima cauſa exhæredauerint, uel præterierint, & econtrariò filij ſuos parentes ſimili modo præterierint, vel exhæredauerint abſque legitima cauſa.

Et communis eſt ſententia etiam milites ea conſtitutione contineri Gloſ. in l. vlt. verſ. Teſtamenta C. de inoffic. teſtamen Bartolus in Auth. Ex cauſa. C. de lib. B præteri. & in l Filio præterito. num 22. ff. de iniuſto rupto. & irr. teſtamen Couuar. alios citans in c. Quia nos. de teſtamen. Clarus in § Teſtamentum. quæſt. 40. verſ. Sed quæro.

Ab hac ſententia receſſerunt Lodouicus Romanus & Iaſon in l. Sicut. C. de Teſtam milit. col. pen. Viglius in § Sed ſi. in Inſt. de Exhęred. lib.

Communis ſententię fundamentum eſt; quia conſtitutio generalis eſt; & conſequenter ad omnes generaliter porrigitur. Item, quia dum Imperator loquitur de filijs, eis non licere declarat parentes ſuos præterire *in rebus, in quibus habent teſtandi licentiam.* Teſtandi uerò licentiam habent milites præcipuè, ut in Inſtit de exhæred. lib. non procul ab initio & alibi. De Caſtrenſi etiam peculio permiſſum eſt teſtari filijsfamilias, & quaſi Caſtrenſi l. pen. & l vlt C. de Teſtam.

Fundamentum contrariæ opinionis eſt; quia Iuſti-C nianus in dicta Nouella nõ corrigit antiquas leges, quibus priuilegium hoc teſtamenti militaris continetur: Ergo manent incorrectæ. Quod vero dicitur in dicta Nouella filijsfami. in rebus, in quibus habent teſtandi licentiam, non pertinet ad filiosfamil. milites, qui in expeditione militari ſunt, ſed ad filiosfamil. qui teſtari poſſunt de peculio quaſi Caſtrenſi, uel etiam Caſtrenſi, nõ tamen eo tempore, quo ſunt in Caſtris, & in ipſa expeditione militari.

Ego libentius ſequor poſteriorem hanc ſententiam eo argumento, quod mihi familiare eſt, & ſolidum videtur, Veteres leges nunquam ex Nouellis corrigi, niſi exprimatur præfatione præmiſſa à Iuſtiniano, aut neceſſariò ex verbis nouæ conſtitutionis eliciatur legum veterum correctio. In hac autem, qua de agitur conſtitutione, nullum verbum de militari teſtamento: nullum verbum, quod veteres leges ſint ſublatæ, quibus conſtitutum erat, vt militis teſtamentum nõ ſubiaceret quærelę. Et ſanè Iuſtiniano in Nouella illa id propoſitũ eſt, D cauſas determinare, quæ ſunt iuſtæ, vt filij exhæredari poſſint. Item, vt filij inſtitui debeant, & non ſufficiat legitimam eis portionem alio titulo relinquere, quàm inſtitutionis, & vt ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis rupto teſtamento legata præſtentur, & quædam alia ibi expreſſa, quæ legibus antiquis repugnant.

Quod autem ſubijcitur in § Et hęc quidem etiam in liberis teſtantibus idem ſancitum eſſe, vt eis non liceat parentes ſuos exhęredare, vel præterire in reb proprijs, de quibus habent teſtandi licentiam, id, inquam, oſtendit filiorum teſtamenta ſubiacere quærelæ, & reſciſſioni, ſiue de Caſtrenſi, ſiue de quaſi Caſtrenſi peculio teſtentur, & in hoc leges veteres correctas eſſe, quia non poſſunt cum hac conſtitutione ſaluæ cohęrere: niſi ad filios emancipatos conſtitutio Iuſtiniani reſtringatur, & quod abſurdum eſt; Sed non oſtendit militaria teſtamenta eorundem filiorum ſimili modo ſubiacere quęrelæ, & reſciſſioni.

Mili-

Militaria, inquam, teſtamenta, de quibus noſtra eſt diſputatio, & quæ milites in Caſtris conficiunt, de quibus antiquæ leges loquuntur, ſtatuentes, vt de inofficioſo querelam euadant. Nec dubium eſt, quin eiuſmodi militaria teſtamenta, quæ ſingularibus priuilegijs iure donata ſunt, eiſdem ſpeciali quadam conſtitutione priuanda eſſent: Præſertim, quia Iuſtiniano id ſolenne eſt, ut in militum quoque perſonis locum eſſe conſtitutionibus ſuis expreſſim decernat, cùm eiſdem etiam milites contineri intendit, vt patet ex Nouella de hæredib. & Falcid. ibi *In omni perſona, ſiue priuata, ſiue militari, &c.* & alibi ſæpe.

CAPVT LXXV.

Clericorum teſtamenta num ſubiaceant querelæ, ac reſciſſioni, ſi ſint inofficioſa.

CLericorum teſtamenta de his rebus, quæ præter Eccleſiæ reditus, acquirunt, ex cauſa exhæredationis, vel præteritionis non reſcindi, autores sũt Accurſius, Iacobus Butriga & Baldus in Authen. Preſbyteros, C. de Epiſcop. & Cleri. Abbas Panorm. in cap. Quia nos, de teſtam. Angelus, Paulus & Iacobin. in l. 1. ff. de inoff. teſtam. Corneus in Auth. Ex cauſa. nu. 100. C. de lib. præte.

Argumenta verò hæc ſunt: Primum ex c. Quia nos. de teſtam. in illis verbis: *Liberè diſponere valeant.* Si n. liberè diſponere poſſunt ac teſtari, vt ibi dicitur; ergo non ſubiacent querelæ eorum teſtamenta. Probatur hæc conſequentia ex l. Si filiam tuam, C. de inoffi. teſta. Diocletianus: *Si filiam tuam eo, quod turpiter, & cum flagitioſa fœditate viuit, à ſucceſſione tua excludēdam putes; ſi non inconſulto calore, ſed ex meritis eius ad odium incitatus es: poſtremi iudicij liberum arbitrium habebis.*

Liberum arbitrium ibi intelligitur habere parens, quia filiam ſuam exhæredare poteſt.

Secundum argumentum eſt; quia teſtamenta filiorumfam. de peculio Caſtrenſi, vel quaſi Caſtrenſi querelæ non ſubiacent, l. vlt. C. de inoff. teſtam. Ergo neque Clericorum, qui de bonis ita acquiſitis teſtantur, quia ſunt quaſi Caſtrenſia; vt habetur in Auth. Presbyteros. ibi: *Ad ſimilitudinem Caſtrenſium peculiorum, &c.*

Tertium argumentum eſt ex d. Auth. Presbyteros deſumpta ex Nouella de ſanctiſſimis Epiſcopis, §. Preſbyteros. Eius verba hæc ſunt: *Presbyteros, & Diaconos, & Subdiaconos & Cantores, quos omnes Clericos appellamus, res quolibet modo ad dominium eorum venientes, habere in ſua poteſtate præcipimus, ad ſimilitudinem Caſtrēſium peculiorum, & donare, cui voluit ſecundùm leges; & in his teſtari, licet ſub parentum poteſtate ſint. Sic tamen, vt horum filij, aut his non extantibus, parentes eorum legitimam ferant partem.*

Sed contrarium docuerunt Andreas Siculus in d. c. Quia nos. de Teſtam. Salycetus in d. Auth. Presbyteros, & in Auth. Ex cauſa numero 18. C. de lib. præteritis, quib. Couarruuias in d. c. Quia nos, dicit ſe non admodum inuitum accedere, ego verò libentiſſimè accedo; nec dubito, quin contraria hæc ſententia iuri ſit magis conſentanea, quod me clarè oſtenſurum confido, ſi eius fundamento ſolido prius iacto, tum prioris ſententiæ argumenta diluere aggrediar.

Fundamentum eſt planè firmum in Nouella Iuſtiniani 115. Vt cùm de appellat. in §. Et hæc quidem. vbi generaliter Iuſtinianus ſtatuit idem de liberis teſtantibus, quod de parentibus conſtituit; vt eis non liceat parentes ſuos in rebus, de quibus teſtari poſſunt, exhæredare vel præterire ſine iuſta cauſa, alioquin teſtamentum reſcindatur, vel ſecundum multorum ſententiam nullius ſit momenti. Hæc conſtitutio clericos non excipit; nec iure Canonico illi eximuntur. Ergo eadem cō-

A ſtitutione continentur, qua cæteri liberi, in rebus de quibus teſtari poſſunt, vt puta Caſtrenſibus vel quaſi: Conſtat enim eos de ijs teſtari poſſe, non de alijs, ſi ſint in poteſtate patris: quibus proculdubio Imperator æquè legem illam ſtatuit, atque emancipatis. Fundamentum hoc ſatis mihi firmum videtur.

Ad argumenta prioris ſententiæ ſic reſpondeo, quod attinet ad text. in c. Quia nos, de Teſtam. illud verbum *liberè*, non eſſe ita accipiendum, ut poſſit Clericus contra leges, & conſtitutiones filios vel parentes præterire. Præclarè enim Iuſtinianus: *Si quando talis conceſſio Imperialis proceſſerit, per quàm libera teſtamenti factio conceditur: nihil aliud videri Principem concedere, niſi ut habeat legitimam, & conſuetam teſtamenti factionem*, l. Si quando, C. de inoff. teſtam.

Nec obſtat textus in l. Si filiam, C. de inoffic. teſtam. quia *liberum arbitrium* ibi neceſſariò propter ſubiectā
B materiam hoc importat, ut filia turpiter viuēs, & quam propterea pater excludendam putabat, exhæredari poſſit.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, l. vlt. C. de inoff. teſtam. & ſi quæ ſunt aliæ ſimiles, quibus declaretur filiorumfamil. teſtamenta de Caſtrenſi, vel quaſi Caſtrenſi peculio querelam euadere, antiquatam eſſe ex Nouella ſupradicta Iuſtiniani Vt cū de Appel cog. §. Et hæc quidem. ſolis militibus exceptis, ut declaraui in capite præcedenti.

Ad tertium argumentum ex Auth. Presbyteros reſpondeo, nihil minus dicere ibi Iuſtinianum, quàm quod Clerici poſſint liberos vel parentes ſuos exhæredare ſine cauſa legitima, ac proinde teſtamenta eorum querela expugnari non poſſint; immò contrarium indicant illa verba, *& donare cui voluit ſecūdum leges.* Item illa: *Sic tamen vt horum filij, aut his non extantibus, parentes legitimam ferant portionem.* Præclarè Salycetus
C in d. Auth. Ex cauſa. nu. 18. *Pondera verbum ſic*, inquit, *& illud verbum, ferant, quod ſequitur; non enim dicit: petant vel aduocent, ſed ferant, quod intelligitur in illo teſtamento, & omnia ſimul iuncta probant: quaſi dicat, ſic teſtentur ſecundum leges, quod parentes in eo vel ex eo teſtamento legitimam ferant, quaſi dicat; quod ſi non fecerint, quia eos non inſtituerint in legitima, iuris remedia locum habebunt; Hæc autem remedia ſunt, quia vel teſtamētum nullum dicent vel querelam intentabunt.* Sic ille.

CAPVT LXXVI.

Ingratitudinis cauſa ſi probetur, quæ teſtamento parentum expreſſa non ſit, poſſint ne filij exhæredati reſciſſo teſtamento ab inteſtato hæreditatem vindicare.

D IMperator Iuſtinianus: *Sancimus non licere penitus patri vel matri, &c. filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtamento, &c. Niſi forſan probabuntur ingrati, & ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento.* Nouella 115. Vt cùm de appellat. cognoſcitur, §. Aliud quoque capitulum.

Huius textus authoritate probatur teſtamentum reſcindi, & filium exhæredatum vindicare poſſe hæreditatem, licet ingratitudinis cauſa ab hærede probetur, ſi ea teſtamento nominatim inſerta non fuerit; quia Iuſtinianus duo coniunctim exigit: Vnum, vt cauſa ingratitudinis probetur. Alterum, ut nominatim teſtamento inſeratur. Atque ita rectè docent Aretinus in l. 3 §. Filius, colum. ſecunda, ff de lib & poſthumis. Alexander in Authen. Ex cauſa, colum. penul C. de lib. præteritis, & multi alij, quos refert & ſequitur Couuar. in c. Rainucius, nume. 7 de teſtamen. qui duos textus pro huius ſententiæ confirmatione adfert. l. In arenam, & l. Om-

l. Omnimodo. C. de inoffi teſtam. Sed l. In arenam. nihil iuuat hanc ſententiam Nec l. Omnimodo. illam plane euincit, in illis verbis · *Si tamen non ingrati legitimis modis arguantur: cum eos ſcilicet ingratos circa ſe fuiſſe teſtator dixerit. Nam ſi nullam eorum quaſi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius hæredibus ingratos eos nominare, & huiuſmodi quæſtionem introducere.* A

Ideo hanc ſententiam locus iſte non euincit; quia hoc tantùm requirit, vt in teſtamento parens mentionem faciat liberorum quaſi ingratorum, nos autem exigimus, vt nominatim etiam cauſam adferat ingratitudinis legitimam. Itaque ſi parens in teſtamento eos ingratos fuiſſe diceret, id ex mente d. l. Omnimodo. ſufficeret, ad filios probata ingratitudine excludendos; ſed nõ ſufficit ex mente Iuſtiniani in d. Nouella; quia hoc requirit, vt etiam cauſa ingratitudinis legitima nominatim teſtamento inſeratur.

Quod licet ita clarè conſtitutum ſit, non deſunt tamen, qui ex locis alienis, & verbis ac argumentis generalibus contrarium docuerint, nempe ingratitudinis cauſa probata, licet teſtamento non inſerta liberos excludendos ab hæreditate. Ita docuit Angelus in §. Ingratitudinem. in Auth. de nuptijs. Iaſon in l. Cum mota. num. 17. C. de Tranſact. & in Auth. Ex cauſa. col. 3. & in Auth. Non licet. in 7. limit. C de lib. præterit. Corſetus in ſingul. in verbo Ingratitudo. qui citat Glo. in c. vult. de poſtulando. B

Primum argumentum eſt ex d. §. Ingratitudinem. Nihil probat: quia hoc tantùm dicit, ſicut filij, qui probantur ingrati excluduntur à lucris nuptialibus, quæ mater conſecuta eſt, ita etiam & fratres excludi, nec fratribus ſuis in huiuſmodi lucris ſuccedere poſſe. Excluduntur autem omnes iſti ex ingratitudinis cauſa. quod ego ſic accipio, ſi teſtamento videlicet exhæredati fuerint à matre ſiue fratre: nec enim Iuſtinianus aliquid hac in parte noui ſtatuit, quaſi velit eos excludi etiam ab inteſtato, ſed matri ac fratri reſeruat ius exhæredandi filios & fratres ingratos. Id patet ex verbis, quæ præcedunt dictum § Ingratitudinem. ibi: *Ratione contra ingratos filios undique, & ſuper iſtis rebus ſeruata.* Et ſtatim ſubdit idem iuris eſſe in fratribus ingratis, ſic dicẽs: *Ingratitudinem autem hic conſideramus nõ ſolum ad matrem, ſed etiam aduerſus fratrem ipſum defunctum.* Et quòd maximè notandum eſt, refert ſe ad Conſtitutionem ſuper hoc editam, ut ex illis verbis patet: *Secundum quod pridem à nobis dictum eſt.* Quamobrem hoc primum argumentum nihil obſtat, quia quantum ad filios attinet, ſicut propter ingratitudinem excluderentur ab hæreditate patris, ſi teſtamento cauſa ingratitudinis inſerta exhæredati fuerint, iuxta Nouellam. Vt cum de appellat. cognoſc. §. Aliud quoque capitulum. Ita & ab eiuſmodi lucris excludenter, ſi fuerint teſtamento matris propter ingratitudinis culpam exhæredati. C

Secundum eſt ex l. Liberi. C. de inoffi. teſta. quæ nil aliud habet, quàm parentes ingratos exhæredari poſſe, & ingratitudine probata, teſtamentum impugnare nõ poſſe. Quod ſanè, quo pacto iuuet hanc ſententiam, non intelligo. D

Tertium eſt prorſus alienum à quæſtione iſta ex l. 3. § vlt ff de adim. legat. Vlpianus: *Non ſolum autem legata, ſed & fideicommiſſa adimi poſſunt, & quidem nuda voluntate Vnde quæritur, an etiam inimicitijs interpoſitis fideicommiſſum non debeatur? Et ſi quidem capitales, vel grauiſſimæ inimicitiæ interceſſerint: ademptum videtur, quod relictum eſt*, &c.

Ideo verba attuli & adſcripſi: quia attuliſſe illa, confutaſſe eſt argumentum, quod ex eis adfertur.

CAPVT LXXVII.

Ad interpretationem Nouellæ 115. Vt cùm de Appell. cognoſc. §. Aliud quoque capitulum. an locum habeat in præteritione paterna filiorum, qui ſunt in poteſtate.

Q*VI filium in poteſtate habet, curare debet, ut eum hæredẽ inſtituat, vel, exhæredem nominatim faciat. Alioqui ſi eum ſilentio prætererit, inutiliter teſtabitur: adeò quidem, vt ſi viuo patre filius mortuus ſit, nemo hæres ex eo teſtamento exiſtere poſſit quia ſcilicet ab initio non conſtiterit teſtamentum.* Verba ſunt Imperatoris in §. 1. in Inſti. de exhæred. liber.

Idem Iuſtinianus in Nouella 115. Vt cùm de appell. cognoſc. §. Aliud quoque capitulum. ita ſtatuit: *Sancimus non licere penitus patri vel matri*, &c. *Suum filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtamento*, &c *Niſi forſan probabuntur ingrati, & ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento.*

Hic controuerſia oritur, ſi pater filium, quem in poteſtate habet, prætererit cauſa legitima teſtamento inſerta, quæ vera eſſe probetur: vtrum teſtamentum valeat Mouet dubitationem, quòd ſecundum leges veteres non valet illud teſtamentum, in quo filius in poteſtate exiſtens, neque hæres inſtitutus eſt, neque nominatim exhæredatus. l. Inter cætera ff de lib. & poſthum. l. Filio præterito. ff. de iniuſto rupt. teſt. & habetur in d. §. 1. in Inſti. de exhæred liber. Veteres autem leges non correxit Iuſtinianus in hac parte, nec vllam eorum fecit mentionem in d § Aliud quoque capitulum. Ergo manent incorrectæ, & conſequenter teſtamentum nullius eſt momenti, in quo filius eſt præteritus, etiam ſi ingratus eſſe probetur, & ingratitudinis cauſa teſtamento fuerit inſerta, quia non poteſt eum pater præterire, ſed nominatim exhæredare debet.

Sed huic ſententiæ uerba Iuſtiniani repugnant in d. § Aliud quoque capitulum. Nam dum ſtatuit patri non licere filios ſam præterire, niſi ingrati probentur, & ipſæ ingratitudinis cauſæ nominatim teſtamento inſerantur, ex contrario indicat, ſi ingrati probentur, & cauſæ ingratitudinis nominatim teſtamento inſerantur, patri licere filios ſuos præterire: & conſequenter teſtamẽtum eo in caſu valere, & firmum eſſe.

Hæc eſt illa quæſtio, quam Fulgoſius in Auth. Ex cauſa. C. de lib. præterit. dicebat Cæſarea deciſione indigere, & quam in Concilio Conſtantienſi decidendam proponere in animo habebat; Et ſanè Couuar. in c. Raynucius, nu. 1. 2. & 8. de teſtam. adductis vtrinſque ſententiæ autoribus, & nonnullis rationibus in eam ſententiam magis propendet, ut teſtamentum hoc in caſu valeat. Et idem quoque mihi videtur, quia cùm pater in teſtamento dicit: *Filium meum prætereo, quia me verberauit*, ſi non verba, ſed ſenſum ſpectemus, videtur filium ſuũ exhæredare; neque enim ad exhæredationem inducendam neceſſaria eſt forma illa verborum, *Filium meum exhæredo*, ſed qualiacunque verba idem ſignificantia ſufficiunt, l. 3. C. de lib. præterit.

Moueor præterea, quoniam cùm Iuſtiniani Nouella cohærere nequeunt leges antiquæ, quæ ob præteritionẽ teſtamentum nullum eſſe ſtatuerunt, eo ſcilicet in caſu, quo filij ſunt præteriti iuſtam ob cauſam ingratitudinis teſtamento inſertam; quia Iuſtinianus vult illud valere, ergo neceſſe eſt dicere, leges veteres ſublatas eſſe noua illa Iuſtiniani Conſtitutione.

Non obſtant duæ reſponſiones, quæ adferri ſolent. Prima, id, quod Iuſtinianus in Nouella dicit de præteritione filiorum, accipiendum eſſe reſpectu matris, cu-

ius præterito pro exhæredatione habetur; Vel de præteritione filiorum, qui non ſunt in poteſtate. Conſtat enim teſtamentum ualere, in quo filius emancipatus eſt præteritus.

Altera, hoc Inſtinianum uelle: ut ſi cauſæ ingratitudinis in teſtamento fuerint expreſſæ, quo filius eſt præteritus, teſtamentum ex ſua conſtitutione non poſſit infirmari, niſi tamen fuerit nullum aliam ob cauſam, puta propter prætetitionem filij, ob quam, ſecundum leges veteres teſtamentum eſt nullum.

Poſterior hęc reſponſio nihil ualet, quia perinde eſt, ac ſi diceretur, uelle Iuſtinianum, ut teſtamentum hoc in caſu ualeat, non obſtante præteritione: ſed tamen propter pręteritionem nullum eſſe ex antiquis legibus, quod manifeſtam implicat contradictionem. Si autem ita diceretur, non puto dubitari poſſe, quin abſurda eſſet interpretatio, & Inſtinianus uellet repugnantia, & quæ ſimul cohærere non poſſunt. Adde etiam ipſius Iuſtiniani propoſito aduerſantia, quia ſi vult teſtamentum ualere, ubi cauſæ ingratitudinis expreſſæ ſunt legitimæ, & veræ, conſequenter vult veteres leges hac in parte ceſſare, & uires non habere. Sed audiamus ipſum Iuſtinianum: *Siue igitur omnes memoratas ingratitudinis cauſas, ſiue certas ex his, &c. Teſtamento ſuo inſeruerint, &c. Teſtamentum ſuam habere firmitatem decernimus.* Vult igitur diſertè, teſtamentum hoc in caſu ualere: Ergo ueteres leges, quæ illud non ualere ſtatuunt, neceſſariò abrogantur.

Prior autem reſponſio ideo conſiſtere non poteſt, quia uerba Iuſtiniani dicentis, patri, uel matri nó licere filios ſuos præterire, vel exhæredes in ſuo facere teſtamento, tam de patre, quàm de matre accipienda ſunt, & tam de filijs in poteſtate poſitis, quàm de emancipatis. Alioqui ſi non de patre accipienda ſint, reſpectu filij in poteſtate patris exiſtentis, licebit filios in poteſtate præterire, licet ingrati non probentur, & licet ingratitudinis cauſam ſuo teſtamento non inſeruerit, quod tamen abſurdum eſt. Sicut ergo Iuſtinianus generaliter accipiendus eſt de patre, & matre, & filijs tam ſuis, quàm emancipatis in ſenſu directo, quatenus ſtatuit nó licere patri, uel matri filios præterire, uel exhæredare, niſi ea forma ſeruata, ita etiam accipiendus uidetur in ſenſu contrario, quatenus vult ea forma ſeruata, patri, & matri licere filios præterire, uel exhęredare, & eo in caſu teſtamentum ualere. Id quod expreſsè ſtatuit in §. Siue igitur. cuius uerba proximè adſcripſi, & mox iterum adſcribam.

Non obſtant, quæ pro contraria ſententia adferuntur; quæ duo ſunt potiſſimùm argumenta: Primùm eſt ex illis uerbis dictæ Nouellæ: &c. *Siue igitur omnes memoratas ingratitudinis cauſas, ſiue certas ex his, &c. Parentes in teſtamento ſuo inſeruerint, & ſcriptis hæredes, &c. Veram eſſe monſtrauerint, teſtamentum ſuam habere firmitatem decernimus.*

His enim uerbis uidetur colligi, Iuſtinianum loqui de teſtamento, quod a principio ualet, & ideo dicit, *ſuam obtineat firmitatem*. At teſtamentum, quo filius eſt præteritus, a principio non ualet, ſed nullum eſt; ergo de hoc teſtamento non loquitur Imperator.

Alterum eſt argumentum, ex uerbis ſequentibus. *Si autem hæc obſeruata non fuerint nullum exhæredatis liberis præiudicium generari.* Non dicit Imperator, *præteritis*, ſed *exhęredatis*. Ex quo uidetur colligi poſſe Imperatorem ſuprà locutum eſſe de exhęredatis tam a patre, quàm à matre, & de præteritis à matre, cuius præteritio, pro exhæredatione habetur. §. Mater. in Inſtitut. de exhæred. lib.

Ad primũ argumentum ita reſpondeo: ſenſus illorum uerborum, *teſtamentum ſuam obtinebit firmitatem*, hũc eſſe: teſtamentum ualere, & reſcindi non poſſe; ualere, inquam, ab initio, & ſuam obtenturum firmitatem, quia reſcindi non poterit, nec infirmari ulla ratione.

A Et dum in argumento aſſumitur. Sed teſtamentum, in quo filius eſt præteritus, ab initio non ualet. Illud nego. Nam dico ualere, ſi forma a Iuſtiniano ſtatuta ſeruetur. Nec obſtant antiquæ leges; quia per nouam Conſtitutionem antiquantur, & locum non habent. Id manifeſtum eſt ex his, quæ ſuperius diximus: quia Iuſtinianus hoc vult, licere patri, & matri filios præterire cauſa ingratitudinis probata, & teſtamento inſerta: ergo neceſſariò vult ſublatas eſſe leges veteres, quibus non erat permiſſum filios præterire.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, uerbum *exhæredatis*, quo Imperator uſus eſt, latè ibi accipiendum eſſe, & ideo præteritus quoque filios comprehendere. Alioqui abſurdum ſequeretur, Iuſtinianum ſcilicet ſtatuiſſe, ut non liceret patri filios præterire, uel exhęredare, niſi forma illa ſeruata; & tamen ſi pręterijſſet, nihil dixiſſe: ſi uerò exhęredaſſet, declaraſſe, ut nullum eis pręiudicium generaretur. Hoc eſt abſurdum; quia ſicut liberis pręteritis antea conſultum erat, ita & iniuſtè B exhęredatis per quęrelam inofficioſi teſtamenti; & tamẽ Iuſtinianus declarauit, nullum exhęredatis pręiudiciũ generari. Aliud pręterea abſurdum ſequeretur: ea uidelicèt, quæ Iuſtinianus poſtea decernit de teſtamento, quantum ad inſtitutionem hæredis, irritando, & quantum ad legata, & fideicommiſſa conſeruando, non pertinere ad eam facti ſpeciem, in qua filius teſtamento præteritus eſſe proponatur, quod & uerbis Iuſtiniani, & menti repugnare manifeſtum eſt.

Porrò exhęredationis uerbum latè patere, ut pręteritionem comprehendat, teſtis eſt Vlpianus in l. Si patronus 12. ff. de bonis libe. ibi: *Silentio exhæredauerit.* Quid enim aliud eſt exhęredare, quàm priuare hęreditate? Priuat autem hęreditatem pręteritio, ut patet.

CAPVT LXXVIII.

C *Ad eandem Nouellam 115. Vt cùm de appell. cognoſc. §. Aliud quoq; capitulum poſſintne parentes filios ſuos exhæredare ex alia cauſa, quæ non ſit ex 14 ibi expreſſis, quę tamen ſimilis ſit, uel maior.*

Filios exhęredari non poſſe a parentibus ex ulla ingratitudinis cauſa, quę non ſit ex 14 a Iuſtiniano conſtitutis in Nouella 115. Vt cùm de appella. cognoſc. §. Aliud quoq; capitulum exiſtimauit olim Martinus Laudenſis, & hanc ſententiam de iure ueriorem eſſe Alexander dixit in Auth. Non licet. C. de lib. pręter. nu. 4. eo argumento, quòd nouiſſima illa Conſtitutio corrigat antiquas leges, & pœnam introducat, conſequenter odioſa ſit, & nequaquam extendenda ad alios caſus in ea non expreſſos, pręſertim cum Iuſtinianus ipſe extenſionem prohibeat, ſic dicens: *Sed quia* D *cauſas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diuerſis legibus diſperſas, & non apertè declaratas inuenimus, quarum aliqua nec digna nobis ad ingratitudinem uiſa ſunt, aliqua uerò cùm eſſent digna, prętermiſſę ſunt; ideo neceſſarium eſſe perſpeximus, eas nominatim pręſenti lege comprehendere: ut pręter ipſas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere, niſi quę in huius Conſtitutionis ſerie continentur.*

Sed contrariam ſententiam uti receptiſſimam, ita & uerisſimam eſſe iudico. Receptiſſimam eſſe omnes fatentur, in Auth. Non licet. C. de lib. pręter. Couua. ad c. Rainucius nu. 16. de teſt. Clarus § Teſtamentum. q. 41. uerſ Sed quęro. Veriſſimam autem eſſe, ut oſtendam.

Vtor ipſe, cęteris omiſſis, hoc argumento, quod abſurdum eſſet, & longè a iure alienum, ſi cauſa ingratitudinis maior committatur, uel ſimilis eis, quę a lege expreſſę, & enumeratę ſunt, eam non eodem iure

cen-

cenſendam, quo cauſę lege Iuſtiniani expreſſę; *Non poſſunt* inquit Iulianus, *omnes articuli ſingulatim aut legibus, aut Senatuſconſultis comprehendi; ſed cùm in aliqua cauſa ſententia eorum manifeſta eſt: is qui iuriſdictioni præeſt ad ſimilia procedere, atque ita ius dicere debeat.* l. Non poſſunt. ff. de legib.

Nec mens illa Iuſtiniani eſt, vt cauſas ſimiles, vel maiores expreſſas ab eo excludat, ſed vt eas tantum cauſas excludat, quæ alijs legibus continentur, ſi non fuerint in ea conſtitutione expreſſæ. Sic enim ait; *Vt præter ipſas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere, niſi quæ in huius conſtitutionis ſerie continentur.* Senſus eſt; licet aliæ cauſę aliquibus legibus continerentur, ſi tamen non contineantur in conſtitutione illa, non licere cuiquam eas opponere, quia Imperator eas pro legitimis non iudicauit: Tales autem cauſæ non ſunt proculdubio, quæ maiores, vel ſimiles ſunt expreſſis, quoniam illas Iuſtinianus approbauit; aut approbaſſe exiſtimandus eſt, propter ſimilitudinem. Sed ſunt leuiores, & diſſimiles cauſæ. Sed de quæſtione iſta non admodum difficili, hæc ſufficiant.

CAPVT LXXIX.

Si filius poſt iniuriam parenti factam ei reconciliatus fuerit; vtrum exhæredatio locum habeat.

Sed rurſus conuertitur, ſi pater filium exhæredauerit propter iniuriam ei factam grauem, quæque iſtam exhæredationi cauſam præbuerit; utrum ſi eidem filio reconciliatus fuerit, cumque in gratiam receperit, exhæredatio locum habere poſſit. Tres ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Prima, exhęredationem locum amplius nõ habere. Ita Bart. in l. 3. §. vlt ff de adim. legatis: refert & ſequitur Iaſ. in Auth Non licet. ad finẽ. C. de lib. præterit. Addentes ad conſ. 159. Alex. li. 7. Fundamentum eſt in d. l 3 §. vlt. cum l ſeq Vlpianus: *Quod ſi iterum in amicitiam redierint, & pœnituerit teſtatorem prioris offenſæ, legatum vel fideicommiſſum relictum redintegratur* Huc accedit tex. in l. 5. C. fami. hercil. ibi: *Proinde ſi offenſam iſtam clementia flexit*, &c. & tex. in §. ult. de iniur.

Secunda eſt ſententia, exhæredationem non ceſſare, licet filius in gratiam patris redierit, ita Aretin. ad l. Filio, quem pater. ff de lib. & poſthu. Gerardus ſing. 5. & alij, quos commemorat Couuar. in c. Raimucius. nu. 17. de Teſtam.

Fundamentum eſt in d l. Filio, quem pater. Papinianus: *Filio, quem pater poſt emancipationẽ a ſe factam, iterum arrogauit, exhæredationem antea ſcriptam, nocerẽ dixi*, &c Huc accedit ratio: nam ſi exhæredatio cẽſeretur extincta, filius maneret præteritus, eſſetq; teſtamẽtum nullum, quod minimè conuenit parentis uoluntati.

Tertia eſt opinio: Si filius ante exhęreditationem in gratiam patris redierit, tunc ſequi non poſſe exhęredationem, quia iam tacitè pater remiſerat ingratitudinis culpam: aliàs ſecus ita Purpuratus ad l. vlt. nu. 145. C. de pact. & alij a Couuar. citati, ubi ſupra.

Fundamentum eſt in d. l. 5. C. famil. hereiſ & in l. Lucius Titius 90 § Lucius, de leg. 2. Scæuola. *Reſpondi ſecundùm ea, quæ proponerentur, ita deberi, ſi ij, qui peterẽt, manifeſtè docerent eo animo circa ſe patronum, cùm teſtamentum faceret, eſſe cœpiſſe, ut ijs quoque legatum dari uellet, alioquin nihil ipſis præſtitum.*

Mihi uidetur pro filio ita exhæredato magna æquitas pugnare; atque ideo eum uindicare hæreditatẽ poſſe, exhæredatione illa non obſtante, exiſtimo. Non eo colore, quod teſtamentum nullum ſit, quaſi præteritus eſſe uideatur. Nam exhæredatus eſt; Nec exhæredatio ceſſat propterea, quod filius in gratiam redierit. Non eo prætextu, quod exhæredatio ritè, & rectè facta non ſit, quia formam debitam habere ſupponitur per inſertionem in teſtamento factam cauſæ iuſtæ ingratitudinis filij. Non eam ob cauſam, quod pater exhæredationis factæ pœnituerit, propterea quod eum in gratiam receperit, quia etſi pœnituiſſet, nihilominus teſtamentum erat reuocandum per aliud nouum Teſtamentum. § Poſteriore. in Inſtit. Quibus mod. teſta. infir. uel per alios modos, de quibus in l. Sancimus. C. de Teſtam. & in l. Hac conſultiſſima. § Si quis autem C de Teſtam.

Sed eo colore, & prętextu, quod ſecuta poſt iniuriam patri factam reconciliatione, non potuerit exhæredari, aut ſi antea fuerit exhæredatus, non debuerit exhęredatio amplius ualere poſt iniuriam remiſſam. Nam iniuria remitti poteſt § ult. in Inſtit. de iniur. Sed hoc in caſu remiſſa eſt; quia pater filium in gratiam recepit, & ei pepercit: Ergo non poteſt amplius illam uindicare exhæredando filium. Et licet antè remiſſionem iniurię potuerit eam uindicare, & propterea filium exhæredare, poſt remiſſionem tamen non poteſt. Et cauſa exhæredationis remiſſione facta extinguitur, quià culpa filio eſt remiſſa. Itaque filius inofficioſum in propoſita ſpecie dicet teſtamentum patris. Si excipiatur ipſum ingratitudinis culpam admiſiſſe, ac proinde exhæredari potuiſſe. Replicabit ille culpam remiſſam fuiſſe, ac proinde uindicari exhæredatione non potuiſſe, ac ſibi meritò licere paternam hęreditatem uindicare, perinde ac ſi exhæredatus fuiſſet nulla culpa exiſtente, culpa enim iam remiſſa, pro non commiſſa habenda eſſe uidetur.

CAPVT LXXX.

Si filius poſt commiſſam ingratitudinis culpam pœnitentiam egerit, poſſitne exhæredari à patre?

Filium, qui commiſit aliquam ingratitudinis culpã, & pęnitentiam egit, exhæredari non poſſe, authores ſunt Alexander in l. 1. num. 33. ff. ſol. mat. Iaſ. in l. In arenam. C. de inoffic. teſtam. & in Auth. Non licet. C. de lib præterit. Caſtellianus Cotta in Memor. in dictione Filiusfamilias. Clarus §. Teſtamentum. q 41. uer. Præterea quæro.

Fundamentum eſt in eo, quod Speculat docet in tit. Qui filij ſint legitimi uerſ. Quid ſi filia tua peccat. num. 15. ubi docet, filia, quæ in corpus ſuum peccauerit, exhæredari poſſe, & ei alimenta denegari, ſed ſi de peccato, pœnitentiam egerit, ei prodeſſe, & non poſſe exhæredari, uel priuari alimentis. arg. l. Imperialis C. de nuptijs. §. Aliud. in Auth. Vt cùm de appella. cogno. c. Ferrum. cap Fidelior. 50 diſtin. c. Inter opera. de ſponſalib. *Nam patria poteſtas in pietate debet, non in atrocitate conſiſtere.* l. Diuus. ff. ad l. Pompeiam. de Parricid § Hac authoritate 35. q. 3.

Contrarium docuit Felyn. in c. Rodolphus. colum. 3. de reſcript. & poſt alios Couuar. in c. Raimucius. num. 18. de Teſtam.

Fundamentum eſt: quia pœnitentia criminis tantum, quoad Deum, operatur remiſſionem, non autem quoad forum externum, ut docet Glo. communiter recepta in c. De his. de Accuſat. Ego in hac quæſtione diſtinguendum puto, ut ſiquidem uerſamur in eo genere ingratitudinis, quod filium ſolum concernit, tunc pœnitentia illi profit, ut puta ſi filius, uel filia, qui inter mimos, uel arenarios, uel ſcenicam artem exercentes ſe ſociauerit, uel turpiter alioqui uiuere cœperit, ab eo uitæ genere deſiſtere, & pœnitentiam agere noluerit, quo pacto Speculator mihi intelligendus uidetur, & eius ſententia legibus allegatis confirmatur: Nam in dict. Nouella. Vt cùm de appell. cognoſc. § Aliud,

lud. dum ibi cauſæ iuſtæ exhæredationis recenſentur, illa inter alias adſeritur: *Si præter voluntatem parentum inter arenarios, vel mimos ſeſe filius ſociauerit. Et in hac profeſſione permanſerit.* Item; *Si luxurioſam degere uitam elegerit.* quæ omnia oſtendunt claré, perſeuerantiam re quiri in ipſo crimine, vt iuſta ſit exhęredationis cauſa. Si ergò pœnituerint filij, & vitam turpem ac inhoneſtam reliquerint, *Omnia macula penitus direpta, et quaſi ſuis natalibus mulieribus redditis, neque uocabulum inhoneſtum eis inhærere de cætero uolumus neque differentiam aliquam eas habere cum ijs, quæ nihil ſimile peccauerunt.* l. Imperialis §. Præſenti. C. de nupt.

Quod ſi de alio ingratitudinis genere agatur, quod patrem concernat, puta, ſi filius patrem verberauerit, ſi ei atrocem iniuriam fecerit, ſi vitæ parentum ſuorum per venenum, vel alio modo inſidiari tentauerit, ſi nouercæ ſuæ ſe immiſcuerit, & aliud id genus fecerit, quæ à Iuſtiniano commemorantur inter legitimas ingratitudinis cauſas, tunc filijs nequaquam arbitror ad exhęredationem euadendam pœnitentiam prodeſſe. argum. l. Qui ea ff. de furtis. Vlpianus: *Nemo enim tali peccato pœnitentia ſua nocens eſſe deſijt.* l penult. ff. de vi bonor. raptor.

CAPVT LXXXI.

Si filius factus fuerit poſt culpam ingratitudinis commiſſam Monachus, poſſitne à parente teſtamento exhęredari?

GRatianus in decreto 19. q. 3. cap. vlt. ex Nouella Iuſtiniani tit. de Monachis docet: *Non licere parentibus liberos, uel liberis parentes ab hęreditate ſua repellere Monachos factos; quamuis dum Laici fuerāt, in cauſam ingratitudinis inciderunt,* atque ita docuerunt Romanus ſing. 485. Marſilius ſing 413 numero 5. Campegius de dote, parte 1. q. 47. Felynus in c. Rodulphus. col. 3. de Reſcript. Panormitanus conſil 27. lib. 2. Caſſanæus conſuet. Burgundiæ rub. 1. §. 5. Archidiaconus. nu. 102.

Sed Glo. in Auth. de Monachis. in principio, In verbo *maculam*, iuri Ciuili id conſentaneum non eſſe docet, ſed iuri Canonum; & ſequitur Iaſon in Auth. non licet. nu. 4. C. de lib. præteritis.

Videtur enim obſtare priori ſententiæ. l. Deo nobis § 1. C. de Epiſco. & Cler. vbi dicitur, filium propter eam ſolam cauſam, quod Monachus factus fuerit, exhæredari non poſſe; Ergo propter alias cauſas exhæredari poterit.

Baldus autem in commentarijs d l. Deo nobis. §. 1. exiſtimauit priorem ſententiam locum habere poſſe, vbi cauſa ingratitudinis oritur ex crimine, quod ipſum filiū concernit; poſteriorem autem ſententiam veram eſſe, vbi ingratitudinis cauſam filius commiſit ex eo crimine, & vitio, quod patrem ipſum lædit: Idem docet Aretinus in l. 3. §. 1. ff. de lib & poſthum. num. 9. & Curtius iunior in Auth Non licet. C. de liber. præter.

Cæterùm Alciatus lib 4. Parergon. c. 23. Gratianum ſuſpectum habet, quòd cùm Monachus fuerit, voluerit gratificari cauſæ Monachorum, quandoquidem Nouella illa, quam citat, nullibi extet. Nec alij defuerunt, qui Gratianum hac in re mendacij arguere conati fuerint.

A quibus calumnijs eum uindicat Didacus Couuar. in c Rainucius. numero 20. 21. de teſta. ex Conſtantino Hermanopulo, lib. 5 Epit. c. 9 docens extare dictum Nouellam ſub tit. Vt cum de appellatione cognoſcitur. in qua olim inſerta erat & illa pars, quam de Monachis filijs non exhæredandis Gratianus deſumpſit, in hæc verba: *Monachi, ſiue patres, ſiue filij, minimè priuantur hæreditate, ob ingratitudinis cauſam, ante profeſſionem commiſſam.*

A Ego verò in libro, qui inſcribitur Nouellæ, nouiter inuentæ Iuſtiniani hāc Nouellam, de qua loquitur Gratianus, eiſdem verbis conſcriptam inueni, quibus in Gratiani decreto deſcripta eſt, lib. ſecundo, titu. 130. de Monachis & Monaſterijs: Et ideo ex hoc loco Gratianum eam deſumpſiſſe non dubito. Nam & verba illa, quæ ſunt apud Gratianū, extāt etiam in dicta Nouella, nempe; *Non liceat parentibus ad ſolitariam vitam tranſeuntes de Monaſterijs abſtrahere.* Et ſuſpicor eſſe hanc Epitomen Iuliani, cuius mentionem facit Gregorius XIII. Pontifex Maximus in ſuis ad Gratiani decretum annotationibus; Et ex his in hanc ſententiam venio, ut Monachi digni ſanè maioribus priuilegijs, quia ſe ſuaque omnia Deo dicarunt, hac fruantur lege, vt exhæredari à parentibus non poſſint ob cauſas ingratitudinis antea commiſſas; quanquam contrarium argumentum ſumi poſſit ex d. l. Deo nobis. §. 1. Nouella enim, quæ B poſterior eſt, meritò præferenda erit, & ſequenda.

CAPVT LXXXII.

Vtrum legata pia debeantur hæreditate non adita?

LEgata pia deberi etiam hęreditate non adita, Autores ſunt Abbas in c. Relatum. 1. col. vlt. de Teſtam. Bartolus in l. 1. num 66. in Repe. C. de ſacroſanct. Eccleſ. Ioan. de Anania in conſil. 28. Romanus conſ. 493. Matthęſilanus ſing. 163. Ancharanus in c. Cùm eſſes. numero 15. de teſtam. & in conſ. 244. Barbatia conſil. 8. numero 14. lib primo. Bal. in conſil. 287. lib. 4. Lapus Allegat 91. nume. 4. Capella Tholoſana deciſ 89. Couuar. in c. Rainaldus. §. 3. num. 2. verſ. Illud ſanè. & verſ. Octauus caſus.

Contrarium docuerunt Salycetus ad l. 1. in 3. q. C. de C ſacroſanct. eccl. Fulgoſius ibid. & Iaſon in prima lect. num. 29. & in 2. lect. col. vlt. & in l. Eam quam. nu. 19. C. de fideicommiſſ. Alex in conſil 209 col. penult. lib. 2. Imola in l. Qui filio. §. 1 ff. de hæred. inſt.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia in legatis pijs non videtur iuris Ciuilis ſubtilitas habere locum, ſed iuris gentium. Id patet; quia ualet teſtamentum ad pias cauſas, etiam ſine iuris Ciuilis ſolennibus. c. Relatum. de Teſtam. vbi ſufficiunt duo teſtes; Sed hæc eſt iuris Ciuilis ſubtilitas, ut non aliter legata ſint præſtanda, quàm ſi ex teſtamento hæreditas adita fuerit. l. Si nemo. de teſtam. tutela. Ergo neceſſaria non eſt in legatis ad pias cauſas.

Huc accedat, quod in legatis pijs Falcidia locum non habet, Auth. Similiter. C. ad l Falcid. Sicut ergo legata debent præſtari, quando hæreditas non eſt adita, propter expreſſam prohibitionem detractionis Falcidiæ à teſtatore factam, ut in §. Si verò expreſſim. in Auth. de D hæred. & Falcidia. ita etiam & hoc in caſu, quo per legis prohibitionem Falcidia ceſſat.

Hoc poſtremum argumentum nullius eſt momenti, propter duas cauſas; Vna, quia non eſt ſatis exploratum, an in legatis pijs ceſſet Falcidia, immò aliàs diſſerendo hac de re, contrariam ſententiam ueriorem eſſe, niſi fallor, demonſtraui. Altera, quod ex hoc argumento inferri non poteſt id, quod infertur, nempe generaliter hæreditate non adita, legata pia eſſe præſtanda; quia textus in dicto §. Si verò expreſſim. loquitur de hærede *Parere nolente teſtatori* prohibēti Falcidiæ detractionem, ac proinde dicit *eum quidem recedere ab huiuſmodi inſtitutione, locum uerò fieri ſubſtitutis, et cohæredibus, & fideicommiſſarijs, & legatarijs, & eis, qui ab inteſtato ſunt, & alijs,* &c. Quamobrem non licet inde argumentum ſumere generaliter, ut ſemper legata debeantur, licet ex teſtamento hæreditas adita non ſit; Id enim non ſolùm ad legata pia pertineret, ſed etiam ad alia omnia. Et ex eo vetus regula iuris tolleretur, quod

Iuſti-

Iuſtinianum in animo habuiſſe credibile non eſt.

Poſterioris autem ſententię fundamentum eſt, quia libertas non debetur hęreditate non adita per ſcriptum hæredem, aut per eum, cui bona adijciuntur fauore libertatum. l. 2. C. Si quis omiſſa cau. teſt. Glo. in l. Qui filia §. 1. ff. de hæred. inſtit. l. 4. ff. de fideicō. liber. l. vlt. C. de manu. teſtam. libertas autem dicitur cauſa pia. l. 1. §. Sin autem. C. de commu. ſeruo. manum.

Ego in hac quæſtione pro pijs cauſis video pugnare communiorem Doctorum ſententiam, & rationem illam, quod ea fuerit voluntas teſtatoris, ut præſtentur legata: ſed tamen, ſi, vt ſoleo, liberè ſententiam meam adferre debeo, vereor ne iuri hæc ſententia ſit parum cōſentanea. Nam non rectè iudicio meo Bartolus & alij probant, in teſtamentis ad pias cauſas ſublata eſſe iuris Ciuilis ſolemnia, & ſolam rationem naturalem ſequendam, vel iuris gentium, ex eo, quod ſancitum ſit, duos tantum teſtes ſufficere in teſtamentis, quæ ad pias cauſas facta ſunt. Non ſi in vno vel altero caſu, fauore piæ cauſæ à iuris regulis receſſum eſt, & quidem ſumma ratione, quia *in ore duorum, vel trium ſtet omne verbum*, ideo per omnia recedendum à iuris regulis. Paulus: *Quòd verò contra iuris rationem receptum eſt, non eſt producendum ad conſequentias*. l. Quòd verò. ff. de legibus. Hæc non eſt bona conſequentia; Ita lege Canonica cōſtitutum eſt, vt legata pia debeantur ex teſtamento coram duobus condito: ergo generaliter ſublatæ ſunt in ijs legatis omnes iuris Ciuilis regulæ. Non rectè quis ita ratiocinatur: quia non licet ex uno particulari generaliter aliquid ſtatuere ſecundum bonas regulas argumentandi.

Sed, quod me maximè mouet, Summi Pontifices & Imperatores cauſis pijs maxima contulerūt priuilegia, & ſingularia multa earum fauore contra iuris regulas conſtituerūt, nullum prorſus Canonem, nullam legem ſanxerunt, ex qua in propoſita quæſtione iuris euertatur regula: *Si nemo ex teſtamento adierit hæreditatem, nihil valet, quod in eo ſcriptum eſt*. Non igitur videtur nobis permiſſum, ut noſtris interpretationibus nouum priuilegium, nouam legem inducamus. Ita mihi videtur, ſaluo meliori iudicio.

CAPVT LXXXIII.

Poſſitne hæres legatum defuncto relictum repudiare in alterius præiudicium.

IN hac quæſtione, poſſitne hęres legatum defuncto relictum repudiare in pręiudicium alterius puta creditoris, vel fideicommiſſarij, celebris eſt diſtinctio Bartoli ad l. Si mihi 12. de leg. 1. *Quandoque hæres repudiat legatum ad incommodum alienum, nec cedit in commodum ſuum, & hoc non poteſt l. Liberto. ff de bonis liber. aut repudiat ad incommodum alienum, & commodum ſuum, & tunc, aut alius, in cuius incommodum repudiat, illud habiturus erat ex diſpoſitione defuncti, ex cuius perſona repudiat, & non poteſt repudiare. l. Si fundum ſub conditione. §. Si Titius, de leg. 1. aut alio modo cedit in ſuum incommodum, ad commodum tamen repudiantis, & poteſt repudiare l. Si mihi 12. de leg. 1.*

Hanc diſtinctionem aliqui reprehenderunt, ſed plurimi approbarūt, ut videre licet ex Couuar. ad c. Raynutius, § 3 nu. 12. 13. 14 de Teſta. Ego ne longum faciam, paruo cum fructu in referendis omnium ſententijs, paucis indicabo, vbi conſiſtat difficultas. Illa conſiſtit in trium legum vera interpretatione. Prima eſt l. Liberto. ff de bonis libertor. Africanus: *Liberto octuaginta habenti fundus quadraginta legatus eſt, is die legati cedente deceſſit, extraneo hęrede inſtituto. Reſpondit, poſſe patronum partem debitam vindicare Nam videri defunctum mortis tēpore ampliorem habuiſſe rem centum, cùm hęreditas*

A *eius propter computationem legati pluris venire poſſit, neque referre hæres inſtitutus repudiet legatum liberto adiectum necne Nam, etſi de lege Falcidia quæratur: tale legatum, quamuis repudiatum, in quadrantem hęreditatis imputatur legatarijs.*

Ex hac lege probari videtur, hęredem non poſſe repudiare legatum in præiudicium alterius; quia etſi hæres liberti legatum liberto relictum repudiet, illud tamen inter bona liberti computatur, in fauorem patroni, ut ex bonis eius legitimam conſequatur.

Altera lex eſt l. Si mihi 12. de leg. 1. Pomponius: *Si mihi & tibi eadem res legata fuerit, deinde die legati cedente hæres tibi extitero: liberum mihi eſſe Labeo ait: ex meo legato: an ex eo, quod tibi hęres ſim, acquirā legatum. Et ſi voluero eam rē ex meo legato ad me pertinere, vt ea mea ſit: ex hęreditario legato petere eam me non poſſe.*

Ex hac lege probari videtur, legatum repudiari poſſe in præiudicium alterius; puta, ſi in ſpecie huius legis B onus adiectum fuiſſet defuncto legatario, aliquid dandi alteri; vel, ſi creditoribus eius ſatisfaciendum eſſet, nihilominus hæres legatum repudiare poteſt.

Tertia lex eſt l. Si fundū ſub conditione §. Si Titius. de leg. 1. Iulianus: *Si Titius, cui Stichus legatus fuerat, antequam ſciret ad ſe legatum pertinere, deceſſerit; & eundem Seio legauerit, & hæres Titij legatum non repudiauerit, Stichum Seius vindicabit.*

Ex hac lege colligi videtur, hæredem poſſe legatum repudiare, quaſi ſenſus ſit; ſi hęres Titij legatum repudiauerit, Stichum legatum à Seio vindicari non poſſe, Conſequenter legatum ab hęrede Titij repudiari poſſe in pręiudicium Seij.

Breuiter omiſſis diſtinctionibus, opinor conſtituendam eſſe firmam concluſionem, quod hæres legatum defuncto relictum repudiare non poſſit in cuiuſquam præiudicium, cuius intersit mortis tempore legatum in C hęreditate eius contineri. Exemplum, Titio legantur centum à teſtatore, moritur teſtator: Moritur Titius legatarius legato non exacto, non tamen repudiato, Hæres Titij non poteſt repudiare legatum eiuſmodi, in pręiudicium creditorum Titij, aut alterius cuiuſcumque, cuius interſit legatum non repudiari, ſed inter bona Titij defuncti mortis tempore annumerari. Ratio eſt euidentiſſima, quia Titio defuncto iam legatum adquiſitū eſt: *Ea enim quæ legantur, recta via, ab eo, qui legauit, ad eum, cui legata ſunt, tranſeunt*. l. à Titio. ff. de furtis. Et legatum acquiritur etiam ignoranti, l. Si partem. ff quemad. ſer amit. l. vlt C. quando dies legat. cedat Conſequenter in eius hęreditate reperitur: & ideo, non debet eſſe in poteſtate hęredis, illud repudiare in pręiudicium alterius, cuius intereſt legatum inter bona hęreditaria computari, argumento d. l Si partem. ff quead. ſer amit. in illis verbis: *Vt iam nec ius repudiandi legatum tibi poſſit contingere, cum ad te fundus non pertineat*. & d. l. Li-D berto. ff. de bonis libertor.

Poteſt enim hęres defuncti legatarij omnem à ſe vtilitatem & commodum legati abdicare, & ei, quantum ad ſuum pręiudicium, renunciare, ſed non poteſt renūciare, quantum ad pręiudicium alterius. Cui rei conſentaneum eſt, quod vulgo receptum eſt, licere vnicuique ſecundum antiquam iuris regulam iuri ſuo renunciare. l. penult. C. de pactis. non tamen in præiudicium tertij, vt tradit ibi Gloſ. & Bart. nu. 3. verſ. *Secundo caſu, quando continet vtilitatem renunciantis & tertij* Paulus Caſt. circa finem. argumento l. 1. 2. 3. ff. de liberal. cauſa. l. Si vnus. § Ante omnia. ff. de pactis.

Nec difficile eſt reſpondere ad leges, quas retulimus, & quæ contrarium iudicare videntur. Nam quod attinet ad l. Si mihi ideo ibi legatum repudiari poteſt, quia is, qui tanquam hæres alterius repudiat legatum, illud conſequi iure proprio poteſt, quę libertas non poteſt ei impediri. Declaro: teſtator legauit mihi & tibi eandem rem, quo caſu cuilibet noſtrum ſolidum competit,

tit licet per concurſum partes fiant. Hæres tibi extiti, liberum eſt mihi tanquam hæres tuus non petere legatum, ſed ſolidum illud conſequi ex perſona mea. Ergo non poteſt tertius quiſpiam hoc mihi ius meum auferre, & libertatem hanc tollere, ne impedire: ſolidum reliquit mihi teſtator, illud peto. Nullus adeſt, qui per concurſum partem mihi faciat, niſi ego mihi ipſi tanquam hæres tuus, partes mihi faciam; at ego nec volo tanquã hæres concurrere, nec mihi partem facere. Nulla me ratio cogit, nulla æquitas hoc poſtulat, vt mihi ius minuã meum. Vt neminem repudiando lædam, iuſtum eſt, ſed non debet eſſe hoc cum detrimento meo coniunctum. Repudio, vt mihi principaliter conſulam, ſi per conſequentiam nonnihil alijs noceam, nihil mihi imputandum eſt: quia iure meo vtor, argumen. l. Proculus. ff. de damno inf. l. Fluminum. §. vlt. ff. eod. l. 1. § Denique in 1. ff. de aqua plu. arcend. l. Si in meo ff eod. tit.

Quod verò attinet ad textum in l. Si fundum ſub conditione. §. Si Titius, ff. de leg. 1. ideo concluſionem noſtram non oſtendit, quoniam non negat hærede repudiante legatum deberi, ſcilicet quantum ad hoc ut rem legatam hæres redimat, vel rei æſtimationem præſtet: sed negat Stichum vindicari poſſe. Nam ſi non ſit penes hæredem, ſed alios, procul dubio legatarius illum vindicare non poteſt: Stichi enim legati dominium eſſe non poteſt apud hæredem inuitum. Nec enim dubium eſt, quin ſi velit, poſſit ſingulares aliquas res hæreditarias abijcere & repudiare, & non acquirere, ſed non poteſt ea res alijs præiudicium inferre, ideo hæres cogitur illa omnia, quæ tempore mortis defuncti in hæreditate eius ſunt, computare inter bona hæreditaria, quoties ita fieri alterius intereſt: ſed non cogitur retinere res, & ſibi ſoli eas repudiando inferre præiudicium poteſt, dummodo onera ſubleat hæreditaria.

CAPVT LXXXIV.

De donatione inofficioſa parentum quatenus reuocetur a filijs.

SI parentes inofficioſis donationibus ſuas facultates exhauſerint, dubium non eſt, quin filijs eas reuocandi querela inſtituta ad inſtar inofficioſi teſtamenti facultas concedatur. Sed controuerſia eſt, an in totum reuocentur, an verò vſque ad legitimam portionem filijs debitam duntaxat. Etenim vſque ad legitimam duntaxat eam reuocari docuit olim Azo Hugolinus autem dixit, ſi donatio inofficioſa ſit re & conſilio, & in extraneum collata, tunc in totum reuocari; ſi verò re tantum, reuocari vſque ad legitimam tantum, Cæterum ſi in filiũ collata ſit, tunc licet re & conſilio inofficioſa ſit, non reuocari tamen, niſi vſque ad legitimam. Hanc poſteriorem ſententiam videntur Doctores magis comuniter ſecuti, eo in caſu quo filio nihil relictum D eſt, licet Azonis ſententiæ ſui non defuerint patroni, vt videre licet ex Tiraquello, qui copioſè autores citat, & nihil ut illi ſolenne eſt, definit, ad l. Si vnquam. C. de reuocandis donatio. in verbo *Totum* num. 4. 5. ex Claro, in §. Donatio. q. 24. Differuntque interpretes hac de re in l. Titia 89. § Imperator. de leg 2. & in l. 1. C. de inoff. donatio.

Qui dixerunt in totum aliquando donationem inofficioſam reuocari ſecundum diſtinctionem Hugolini, adducti in ea ſententia fuerunt ex l. Si libertus, § vltim. ff. de iure patronatus, vbi dicitur alienationem a liberto factam in fraudem patroni in totum reuocari. Vlpianus; *Si quis plures res ſimul alienando, minorem ſe centenario fecerit, quarũ una reuocata, uel omnium partibus maior centenario efficitur: vtrum reuocamus omnes, an pro rata ex ſingulis, vt cẽtenariũ eum faciamus? Magisq; eſt* A *vt omnium rerum alienatio facta nullius momenti ſit.* Si ergo in fauorem patroni ita conſtitutum eſt, multò magis idem conſtituendum eſt in fauorem liberorum, neque enim minus iuris liberi habent in bonis parentum, quàm patronus in bonis liberti.

Secundò ex d. l. Titia 89 § Imperator. de leg 2 cuius verba hæc ſunt; *Imperator Alexãder Auguſtus. Claudio Iuliano præfecto vrbi. Si liquet tibi Iuliano chariſſime auiã interuertenda inofficioſi querela patrimonium ſuum donationibus in nepotem factis exinaniſſe, ratio depoſcit id quod donatum eſt, pro dimidia parte reuocari.* Dimidiam partem intelligunt eſſe totam eam partem bonorum, quæ nepoti reuocanti donationem competent: qui erant duo nepotes auiæ, & ſic in totum donatio reuocatur, non autem pro legitima tantùm portione.

Qui verò Azonis ſententiam amplexi ſunt, fundamentum poſuerunt in eo, quod nulla extet lex, conſtituens donationem inofficioſam in totum reuocari, ſed omnes leges dicunt eam reuocari vſque ad legitimam B portionem l. Si totas. C. de inoff. donat. ibi; *Vt filij vel nepotes, &c. debitum bonorum ſubſidium cõſequantur, ad patrimoniũ tuum reuertitur.* l. Si mater ibi, *Quod immoderatè geſtum eſt, reuocabitur.* l. Si liquet. ibi: *Quod donatum eſt pro ratione quartę ad inſtar inofficioſi teſtamenti conuicti diminuetur.* C. eodem. tit. Nulla lex, quæ diſtinctionem adhibeat inter donationem filio collatam uel extraneo, imò nullam eſſe differentiam inter donationem filio collatam, vel extraneo, clarè indicat textus in l. 1. C. eodem tit. in illis verbis: *Factis donationibus, ſiue in quoſdam liberos. ſiue in extraneos exhauſit, &c.*

Quod ſanè fundamentum adrò firmum mihi videtur, vt non verear hanc poſteriorem ſententiam amplecti, & tanquam legibus magis conſentaneam aſſeuerare, ac tueri. Præclarè igitur Cuiacius ad tit. de inoffic. donatio: *Exemplo querelæ inofficioſi teſtamenti comparata eſt querelam inofficioſæ donationis: ſed hoc intereſt, quod querela inofficioſi teſtamẽti totum teſtamentum reſcindit,* C *ſiue extranei, ſiue alij liberi inſtituti ſint, querela inofficioſę donationis id tãtum reſcindit et reuocat, quo minuitur portio debita liberis, quia quo liberaliores ſunt morientes, quam viuentes, eò ſunt etiam minorum horum, quàm illorum iudicia, & liberalitates coercendę. Argumentum huius rei eſt lex Caninia.*

Ad primum argumentum reſpondet Aret. in conſil. 47. & rectè, nihil ad hanc rem pertinere id, quod dicitur in l. Si libertus. ff de iure patronat. quia loquitur de alienatione in fraudem legis facta a liberto, vt ſcilicet minor eſſet centenario, ad patronum excludendum a debita portione: Id patet ex verbis ſuperioribus: *Quoties in fraudem legis fit alienatio, non valet quod factũ eſt. In fraudem autem fit, cum quis ſe minorem centenario facit, ad hoc ut legis pręceptum euertat.*

Hoc nihil habet commune cum quæſtione noſtra, quia non hic aliquid fit in fraudem legis: ſed in fraudẽ filiorum. Libertus dicitur in fraudem legis facere, quo D ties alienat aliquid, vt uideatur non habere centum in bonis, quo caſu nihil debetur patrono, & lex eluditur, quæ patronis defert in bonis libertorum portionẽ, qui maiores centenarijs ſunt, ut in Inſtit. de ſucceſſ. libert. quod ſi in fraudem patroni, & non legis fiat alienatio, non reuocatur, niſi quoad legitimam patrono debitam, ut dicitur in d. l. Si libertus.

Ad textum autem in l. Titia. §. Imperator. reſpondeo, dimidiam, de qua textus loquitur, non eſſe totius hæreditatis auiæ, ſed dimidiam quartæ partis debitæ nepoti. Ita etiam loquitur textus in l. Si mater. C. de inof. donat. ibi: *Vt quartę partis dimidiam*, &c. Quæ interpretatio veriſſima eſt, & omnino neceſſaria, & eſt Iacobi Cuiacij lib. 5. Obſeruat. cap. 14.

Ll CA-

CAPVT LXXXV.

Poſſintne liberi alienata a parentibus titulo oneroſo vſque a legitimam reuocare.

CVm exploratum ſit inofficioſas donationes a parentibus factas reſcindi poſſe, vt dictum eſt in præcedenti capite, controuertitur vtrum & eodem modo venditiones, & cæteræ alienationes, quæ titulo oneroſo fiunt, reuocari poſſit, vſque ad legitimam portionem filijs debitam, & quidem Bart. in l. Non vſque adeo. ff. ſi a parente quis fuerit manu reuocari poſſe ſcribit ad ſimilitudinem donationum, ſed contrarium ſcribit in l. Hæreditarium. ff. de bonis aut. iud. poſſid. & hanc poſteriorem ſententiam allatis autoritatib. magis communem eſſe dicit Clarus in §. Donatio. q. 24. circa finem. Cęterùm Couarru. diſtinguit quatuor caſus in c. Raynutius. §. 10. nu. 9. de teſtam.

Ego in hac ſententia ſum, vt ſi alienatio titulo oneroſo fiat a parentibus abſque fraude & dolo, hoc eſt, nõ eo animo, vt filijs legitimam auferant portionem, valeat; primò, quia parentes dum viuunt, domini ſunt rerum ſuarum; *Iniquum eſt autem ingenuis hominibus, non eſſe liberam rerum ſuarum alienationem.* l. Non uſque adeò ff ſi a parente quis fuerit manumiſſ. Secundò, quia æs alienum ante legitimam deducendum eſt. l. Papinianus. §. Quarta. ff. de inoff. teſta. ex quo apparet potiorem eſſe cauſam creditorum, quæ ſine dubio originem habet ex titulo oneroſo quam legitimæ. Tertiò, quia nulla eſt lex, quæ venditiones huiuſmodi & alienationes reſcindat.

Cæterum, ſi alienatio in fraudem legitimæ filijs debitæ fiat, non dubito, quin reuocetur ad ſimilitudinem eius alienationis, quæ ſit in fraudem legitimæ filio arrogato debitæ, ex conſtitutione Pij Antonini l. vlt. ff. ſi quid in fraud. patroni. Et eius quæ ſit in fraudem legitimæ patrono debitæ a liberto, ut patet ex toto illo titul. Si quid in fraud. patr. Nec enim minoribus eſt digna fauoribus legitima filijs debita, quàm patronis & filijs arrogatis

Ad rem iſtam non pertinet. l. Papinianus. §. Quarta. ff. de inoffic. teſtam. quia non loquitur de libertatibus inter uiuos datis, ſed in teſtamento: ac proinde dicit filio, qui non eſt in poteſtate patris hæredi inſtituto, omiſſa hæreditate, quætelam dari contra ſubſtitutum.

CAPVT LXXXVI.

Teſtamentum factum apud acta iudicis an teſtes requirat.

QVatuor ſunt Doctorum opiniones hac de re. Prima eſt Angeli & Richardi Malumbræ in l. Omnium. C. de teſtam. ſeptem teſtes requiri, quia de maximo præiudicio agitur. Secunda eſt Salyceti, ibidem tres requiri, argumento l. Sancimus. C. de teſtam. ibi; *Et hoc per teſtes idoneos non minus tres*, &c. Tertia eſt Bartoli, Baldi, Alexandri, eodem in loco duos teſtes requiri, quia acta notarij debent teſtes habere. §. Oportet. in Auth. de Teſtib. Et ideo duo ſaltem teſtes requirantur. Poſtrema eſt opinio Fulgoſij, Pauli Caſtrenſis & Iaſonis, nullos teſtes requiri. & hæc mihi veriſſima videtur, & probari videtur ex l. Omnium. C. de Teſtam. ibi: *Sicut ergo ſecurus erit, qui actis cuiuſcunq́; iudicis, aut municipum, aut auribus priuatorum mentis ſuæ poſtremum publicauit iudicium*, &c. Si ergo eſt ſecurus, qui vltimam ſuam voluntatem actis publicauit, ſicut is, qui auribus priuatorum; ergo teſtes non requiruntur in teſtamentis apud acta conditis & inſinuatis; ſed perinde valent, ac ſi coram ſeptem priuatis teſtibus publicata eſſent. A

Et ideo textus in l. Sancimus. C. eo. tit. æquiparat hęc duo, coram tribus teſtibus teſtamentum fieri, vel inter acta manifeſtari.

His accedat quod dicit tex. *In donationibus, quæ actis inſinuantur, non eſſe neceſſarium uicinos uel alios teſtes adhiberi.* l. In donationib. C. de dona. Cur ergo adhibeantur in teſtamentis. At dicebat Angelus eſſe maioris pręiudicij, reſpondeo, vt maximè id verum ſit, non tamen teſtes neceſſarios fore: quia illos nunquam Imperator requirit, quoties apud acta ſit & publicatur teſtamentum, & ratio eſt, quia iudicis autoritas ſupplet teſtium numerum, & tollit omnem falſitatis ſuſpicionem. Cæteræ opiniones nullum habent ſolidum fundamentum.

CAPVT LXXXVII.

B

Vtrum donatio inter viuos omnium bonorum præſentium, & futurorum valeat?

DOnationem inter viuos omnium bonorum præſentium, & futurorum non valere, primus omnium Bartolus nos docuit in l. Stipulatio, hoc modo concepta. ff de uerbor. oblig. cuius ſententia frequentiſſimis Doctorum ſuffragijs recepta eſt. Vide Cagnolum ad l. vlt. C. de pact. num. 237. Couuar. in rub. de Teſtam. in 12. parte. nu. 4 Clarum in §. Donatio. q. 19.

Sed quoniam Baldus, Salycetus, Angelus, & multi alij, ac pręſertim Alciatus ad l. vlt. nu. 72. C. de pact. contrarium docuerunt, breuiter confirmata priori ſententia, quæ mihi æquior videtur, poſterioris argumenta cõfutanda ſunt.

Fundamentum igitur communioris, & vt mihi videtur, æquioris ſententiæ poſitum eſt in eo, quod ea donatio ſit contra bonos mores. Primùm, quia liberam impedit teſtamenti factionem. Nam nihil donator habet, de quo poſſit in teſtamento diſponere. Præclarè enim Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium titul. 20 *Filiusfamilias non poteſt facere teſtamentum, quia nihil ſuum habet, ut de eo teſtari poſſit.* Secundò, quia contra bonos mores & humanitatem eſt aliquem in eum ſtatum ponere, vt nihil prorſus habeat, uel habiturus ſit, atque adeo infeliciter uiuere debeat.

C

Addo ego aliud abſurdum, quod ex eo ſequeretur, nempe donationem iſtam idem effectu cõtinere, quod teſtamentum, & hæredis inſtitutio. Nam quid amplius hæres habet quam is, cui donata ſunt omnia bona præſentia, & futura? Teſtamentorum autem multa ſunt ſolennia iure conſtituta, vt fraudes euitentur eam ob cauſam, quod agatur res maximi momenti? At certè eiuſdem planè momenti eſt ea donatio, qua de agitur, ac proinde eiuſdem obnoxia periculis & dolis: Quare eadem & ea ſolennia poſtularet, quę teſtamentis adhibentur, qua tamen de re nulla extat lex, nulla conſtitutio, ut planè appareat donationem huiuſmodi iure cognitam ac receptam non eſſe, ac proinde inciuilem & alienam ab omni æquitate & iure. D

Sed argumenta contrariæ opinionis diſſoluenda ſunt. Primum eſt, quia donans in eo ſtatu non eſt, ut nihil acquirere poſſit, immò poteſt acquirere, puta ſi ei aliquid donetur ea lege, ne donatario adquiratur, uel ſi donatarius futurorum acquiſitionis incapax efficiatur, &c. Reſpondeo, hæc planè incerta eſſe & dubia; illud autem certum, quod donator inſpecto præſenti ſtatu nihil habeat, & nihil ſibi acquirere regulariter poſſit. Quod donatarius futurus ſit incapax, præſumendum non videtur, multo minus, quod ſit futurum, ut donatori aliquid ſub ea conditione donetur, relinquaturne. Conſiderato igitur præſenti ſtatu donator

nihil

nihil habet, nihil ſe habiturum ſperare poteſt, quod ſanè eum in maximam, & intolerabilem miſeriam conſtituit, ac proinde non videtur bonis moribus conuenire.

Secundum argumentum eſt, quia donator inſtituere poterit ſeruum, qui erit illi hæres neceſſarius. Sed vnde ſeruum ſibi retinere poterit, qui omnia bona præſentia & futura donauerit? Nec ad rem pertinet, quod dicitur donatorem in quantum facere poteſt, teneri. l. Inter. §. Is quoque. ff. de re iud. Quia illud pertinet ad eam ſpeciem, qua donata ſunt aliqua bona, vt non exigantur in ſolidum, ſed ratio habeatur eius, quod donator facere, poſſit, vt non egeat, quæ interpretatio ideo locum habere non poteſt in ea ſpecie, qua donantur omnia bona præſentia & futura, quia repugnantiam implicaret; Neque enim iſta ſimul cohærere poſſunt, vt donator omnia bona præſentia & futura, nihil ſibi reſeruando, in alium transferat, & ut ipſe maneat aliquarum rerum dominus.

Tertium argumentum; quia hæreditas iuris intellectum abſque vlla re hæreditaria habet. l. Hæreditas. ff. de petit. hæred. Reſpondeo, nihil ad rem pertinere, quia hoc dicit textus hæreditatem intelligi ſine vllo corpore, quia eſt nomen iuris: ſed tamen præſupponitur aliquid iuris eſſe in ea, alioqui ſi nihil eſſet, non diceretur hæreditas.

B Quartum argumentum eſt, quia is, qui ſoluendo non eſt, poteſt hæredem inſtituere l. Qui ſoluendo. ff. de hæred inſtit. Reſpondeo, id concedo; poteſt enim quis aliquando hæreditatem adire, quæ plus damni adferat quàm lucri, & damnum ex ea ſentire, ſi inuentarium non conſ. cerit: ſed quis erit tam impos mentis, qui hæres eius eſſe uelit, qui alteri donauit omnia bona præſentia & futura? Nemo certè erit qui id ſciens adire velit eius hæreditatem, ac proinde non facilè continget donatorem iam profuſum vllum hæredem habere.

Poſtremum argumentum eſt, quia quantum ad futura bona donatoris, dominium translatum non eſt in donatarium. Illud enim transfertur traditione l. Traditionibus. C. de pact. Donator autem tradere non poteſt ea, quæ nondum habet. Ergo reſpectu bonorum futurorũ dominium ipſi acquiretur donatori: ac proinde teſtamẽtum facere, ac de eis poterit diſponere. Reſpondeo, donatarium licet dominium ante traditionem nactus non ſit, actionem tamen acquiſiuiſſe, per quam donatorem ad bonorum traditionem compellere poſſit, quod ius etiam illi competet aduerſus ſucceſſores eius, ſi fortè donator teſtamento condito in alios bona transferat, & ita res ad eundem lapidem reuoluetur, vt nullum hæredem effectu donator habiturus ſit, nullam realem teſtandi facultatem, ſed imaginariam tantum, & verbalem, cuius nulla ſit habenda ratio.

CAPVT LXXXVIII.

An donatio omnium bonorum præſentium & futurorum, iuramento confirmetur?

CAeterum, ſi iuramentum donationi omnium bonorum præſentium & futurorum acceſſerit, tũc alio iure vtimur, alijs regulis illa ſubijcitur, alia nobis ſpectanda ſunt. Religio ſ ipſa intuenda eſt, ne Deus offendatur, ne periurijs aditus pandatur. Vt quod in alterius præiudicium non vergit, nec tendit in diſpendium ſalutis æternæ, iuris ciuilis regulis poſthabitis, iuramento confirmatum ſeruetur, & ſuum obtineat vigorem. ca. Cùm contingat. de iureiur. c. Quamuis de pact. lib. 6. Et proinde eorum ſententiam magis probo, qui donationem iſto in caſu valere dixerunt, qui nec pauci ſunt, nec claſſis infimæ. Panorm conſil. 18. lib. 1. Corneus conſil. 252. lib. 3. Decius conſi. 655. & in l. Pactum quod dotali. C. de pact. Cepola conſil. ciuili 8. Crauet-

A ta in conſi. 129. Soc. iun. conſ. 65. nu. 49. & 143. n. 36. lib. 1 Couuar. ad rub. de teſtam. in 2 parte. nu. 5.

Cõtrariam ſententiam plurimi ſecuti ſunt apud Clarum, § Donatio. q 20 & apud Couuar. loco proximè citato n. 4. eo argumento, quòd donatio iſta ſit contra bonos mores, & cõſequenter iuramentum obligatorium non ſit. c. Non eſt obligatorium. de reg. iur. lib. 6 Reſpõdet optimè Couuar. non eſſe contra bonos mores, quaſi repugnet iuri naturali, uel contineat aliquod crimen aut peccatum etiam veniale Quod. n. quis ſibi præripiat donando teſtandi facultatem liberam, iuri diuino non repugnat, & ideo ſeruari poteſt hoc in caſu iuramentũ ſine diſpendio ſalutis æternæ. Contra bonos mores dicitur inſpecto iure ciuili, ac regulis eius, & ijs, quæ ad politicam adminiſtrationem ſpectant, quib Dei numẽ, religionem, uim, & autoritatem iuramenti præferendam eſſe ſæpenumero ſacris Canonib. edocemur.

B CAPVT LXXXIX.

Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum reſeruato vſufructu an valeat?

COntrouertitur præterea an donatio omnium bonorum præſentium, & futurorum, reſeruato uſufructu ipſi donatori, ualeat. Etenim negant ualere Paulus Caſtrenſis in l. ult num. 20. C. de pact. & in conſ 65. num. 8. lib. 2 Decius in d. l. ult. num. 32 Curtius iunior nu. 58. Purpuratus nu. 253. Idem Decius in conſ. 30. nu. 3. & conſ. 251. nu. 3. Corneus conſ. 176. lib. 2. Cagnol. in d. l ult. n. 240. Fundamentum eſt, quia nihil donator habet, de quo teſtetur, & conſequenter donatio eſt contra bonos mores, uelut auferens teſtandi poteſtatem Nec obſtat reſeruatio uſusfructus, quia de fructibus non poterit donator teſtari, quos poſt donationem acquiſiuit, uel tẽpore donationis habuit; ſed ad do-

C natarium pertinebunt; Continet enim donatio bona omnia præſentia, & futura, ergo continet etiam fructus poſtea quæſitos donatori, & multò magis eos, quos habuit donationis factæ tempore, nec enim fructus præciſè ſunt reſeruati, ſed vſusfructus tantùm, qui morte finitur. At contrarium docuerunt Alex. in l. ſtipolatio hoc modo concepta. n. 18 ff. de verb. obl. & ibi Iaſ. col 7. Aretin conſ. 54. Iacopinus & Alciat. ad l. Vlt C. de pact. Couar. lib. 3 variar reſol. c. 12 non procul ab initio. Clarus. §. Donatio. q. 19 ad finem. Alciat. in l. ult n. 8. C. de pact.

Et hęc poſterior ſentẽtia mihi maximè probatur. Vtitur autem Couuar. ad eam confirmandam quibuſdam argumentis, quæ mihi non admodum urgere uidentur. Primum eſt: *Nam res ipſa conſentiente donatario alienata*, inquit, *deinde redempta in bonorum futurorum donationẽ non reuertitur, ſicuti deducitur ex l vlt C de remiſſ. pig quo in loco probatur, rem ab initio hypothecæ obligatã, & ſubiectam ſemel, tamen conſentiente creditore alienatã minime in eandem hypothecam redire, etiamſi debitori*

D *iterum acquiſita fuerit: quamuis hypotheca bona præſentia, & futura complectatur. Sic & fructus ſemel à donatore excepti, ne in donationem, ut compertum eſt ex eius mente, veniant, licet ab eo, poſtmodum acquirantur, donatario minime obuenient, nec ad eum pertinebunt.*

Alterum argumentum eſt ex l. pen. § ult. ff. de pign. ubi Iuriſconſultus ſcribit pecuniam à debitore mutuo acceptam ab alio, quàm creditore in hypothecam bonorum præſentium, & futurorum uenire, cùm ipſe debitor prius quàm pecuniam mutuò acceperit, pignori obligauit, quicquid in bonis haberet habiturusue eſſet; quaſi ſecus ſit in pecunia mutuò accepta per debitorem ab ipſomet creditore, cui ob eam cauſam hypotheca conſtituitur. Sic igitur licet donatio futurorũ bonorum contineat fructus percipiendos per ipſum donatorem ex alia cauſa, non tamen continebit fructus

percipiendos ex cauſa reſeruationis factæ in ipſa donatione. A

Non ſunt, inquam, hæc argumenta ſatis firma; quoniam ad primum reſponderi poteſt, creditorem ius hypothecæ amittere in ea re, quam eo conſentiente debitor alienauit: & ideo abſque nouo conſenſu illa ſemel extincta reuiuiſcere non poteſt: eadem ratio atq; idem ius in fructibus, ſi illi probarentur à donatore excepti. Sed quod excepti fuerint, probandum eſt, non præſupponendum, quoniam illud eſt, de quo diſputatur. Negant enim contrariæ ſententiæ Autores fructus reſeruatos eſſe; quibus adſtipulatur, quod aliud ſit vſusfructus reſeruatus, aliud fructus poſtea percepti; Nã vſusfructus eſt ius vtendi & fruẽdi, & illud reſeruatum eſt. Fructus autem ſunt res acquiſitæ ex hoc iure vtendi, & fruendi, quæ uidentur in donationem venire.

Quod verò attinet ad alterum argumentum, negari poſſet ſimilem eſſe caſum, qui adfertur ad pecunia mutuata ab ipſo creditore: quia ſi pecunia eſſet obligata B creditori, qui mutuauit, tunc non liceret debitori, qui eã accepit, expendere, diſtrahere, ac vti, tanquam ſua, ſecundùm intentionem contrahẽtium mutuum: atque adeò non liceret ei præiudicare hypothecæ creditori, quam haberet in pecunia, eam conſumendo, quod eſt contra naturam mutui; at hoc in caſu donatori liceret uti frui rebus donatis, iuxta reſeruationem ſibi factam, licet de fructibus perceptis teſtari non poſſet.

Exiſtimo ego firmius eſſe hoc argumentum pro confirmatione poſterioris ſententiæ, quia videlicet, dum donator ſibi vſumfructum reſeruat, videtur ſibi in conſequentiam reſeruare ius, quod competit vſufructuario; Eſt enim annexum, nec intelligi poteſt aliquẽ vſumfructum habere, niſi ſit vſufructuarius. Sed vſufructuarius facit fructus ſuos. l. Qui ſcit. verſ. Præterea cùm ff. de uſur. ac proinde eos tranſmittit ad hæredes ſuos. l. Defuncta. ff. de vſufructu, &c. Ergo & iſte donator C reſeruaſſe ſibi intelligitur hoc ius faciendi fructus ſuos, & ſibi acquirendi, ac tranſmittendi ad ſuos hæredes. Hoc enim ius, ut dictum eſt, vſufructuario competit. Ex quo efficitur fructus percipiendos donatorem ſibi reſeruaſſe, licet non expreſſe, tacitè tamen, & in conſequentiam vſusfructus reſeruati: quo ita poſito contrariæ ſententiæ fundamentum corruit; eo enim argumento nitebatur, quod fructus reſeruati non dicerentur.

CAPVT XC.

Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum, aliquo reſeruato, de quo donator in vita diſponere valeat, an de iure ſubſiſtat.

D Onationem omnium bonorum præſentium & futurorum, reſeruato aliquo, de quo donator in vita diſponere ualeat, non ualere reſponderunt D Bartolus in conſi. 76. Decius in conſi. 251. Soc. conſ. 126. num. 8 lib. 3. Dom. meus Cephalus in conſil. 44. nu. 15. lib. 1. Cagnol. alios citans ad l. vlt. num. 245. C. de pactis. Fundamentum eſt, quia donatori tollitur libera teſtãdi facultas; Nec obſtat reſeruatio facta, quia intelligitur hoc operari, ut donator de eo valeat diſponere in vita ſua, ſ. vt ex eo ſe alere poſſit; & ne egeat, non autem, ut teſtari poſſit: quia teſtamentum non eſt actus inter viuos, ſed vltima dicitur voluntas, & morientis potius actus videtur, quam viuentis, habita ratione temporis, in quod teſtamentum confertur. Illud enim confertur poſt mortem teſtatoris.

Contrarium reſponderunt Iaſon in conſ. 130. lib. 4. Alciatus ad l. vlt. non procul à fine. C. de pactis. Couuar. lib 3. variar. reſolut. cap. 12. numero tertio, poſt verſic. A Quibus accedit. Fundamentum eſt, quia teſtamentum dici poteſt diſpoſitio inter viuos. Fit enim ab eo, qui viuit, atque adeò in vita, non autem poſt mortem; Et ideo is, qui reſeruat ſibi facultatem in uita diſponendi, videtur ſibi reſeruaſſe teſtandi facultatem. Quod ſi aliter de bonis reſeruatis diſponat, & ea viuens conſumat, non propterea dici poteſt, non habuiſſe poteſtatem teſtandi, ſed ſibi imputare debet, quòd bona voluerit aliter conſumere.

Ego puto adhibendam eſſe aliquam diſtinctionem circa hanc reſeruationem; Nam bona reſeruata fieri poteſt, vt ſint valdè exigua, & ideo uix ſufficiant ad alimenta donatoris. Hoc in caſu, puto veram eſſe Bartoli ſententiam, quia tunc intentio reſeruantis præſumitur eſſe, ut bonis reſeruatis uti poſſit, & de eis diſponere pro ſuis neceſſitatibus, non autem, ut de eis teſtetur. Quod ſi bona reſeruata non ſint exigua, ſed precioſa & tanta, quę longè excedant donatoris neceſſitates & ali- B menta, tunc exiſtimo ita reſeruationem interpretandã eſſe, ut de bonis reſeruatis donator poſſit etiam teſtando diſponere. Neque enim ita ſtrictè accipienda ſunt illa verba: *Vt poſſit in vita diſponere*, quaſi denotent diſpoſitionem inter uiuos tantùm; ſed latiùs accipienda ſunt, ut hunc ſenſum habeant, quod donator velit ſibi ius ſaluum eſſe, dum uiuet, pro libitu ſuæ voluntatis de eis diſponere, ſ. contrahendo, donando, teſtando, vt maximè uoluerit, tanquam rei ſuæ moderator, & arbiter. l. In re mandata. C. mand. Hoc igitur in caſu, quia teſtandi facultatem donatio non adimit, meritò ualebit, & iuris regulis conſentanea eſt interpretatio in obſcuris, per quam actus potius valeat, quàm pereat. l. Quoties. ff. de reb. dub. l. Quoties. ff. de uerb. oblig.

CAPVT XCI. C

Quod ſi donans omnia bona præſentia & futura, reſeruet ſibi aliquid, de quo diſponere poſſit in certum genus perſonarum, vel in certam cauſam, puta, vt poſſit diſponere, ſiue teſtari pro anima.

R Eſeruationem à donatore factam aliquorum bonorum, teſtandi gratia, liberam eſſe oportere, & non reſtrictam: & ideo ſi dicatur, ut poſſit pro anima de bonis reſeruatis donator teſtari, ac diſponere, non valere donationem omnium bonorum præſentiũ & futurorum, ea reſeruatione non obſtante reſponderunt Ripa lib 3. Reſponſorum, c. 14. nu. 4. lib. 3. Cagnol. ad l. vlt. nu. 244 C. de pactis. vbi alios citat.

Fundamentum eſt, quia licet ius teſtãdi reſeruatum ſit a donatore, reſtricta tamen eius libertas eſt, vt teſtetur, ſcilicet in eam cauſam, quã reſeruatio continet, ideo D videtur eſſe contra bonos mores. arg. l. Stipulatio hoc modo concepta. ff. de verb. obl. Contrarium docuit Alciatus in d. l. vlt. col. vlt. C. de pactis. Couuar. variar. reſol. lib. 3. c. 12. nu. 3. verſ. Quibus accedit.

Et hæc ſententia mihi veriſſima uidetur; quia per eam reſeruationem non minuitur teſtandi libertas. Etenim donator, qui centum aureos, verbi gratia, ſibi reſeruauit, ut pro anima diſponeret, non cogitur præciſè de eis pro anima teſtari, ſed ſi uelit, poterit teſtari. Eſt enim ab eo facta reſeruatio in ſui fauorem, ut ſi uelit, poſſit diſponere pro anima, non ut cogatur; imò, ſi donator pro anima de rebus reſeruatis teſtatus eſſet, procul dubio teſtamentum mutare, & reuocare poſſet. Quare contrariæ ſententiæ fundamentum corruit, & nullus hac de re dubitandi locus relinquitur.

CAPVT XCII.

Quid ſi donans omnia bona præſentia & futura, reſeruet ſibi aliquid, de quo poſſit in vita, vel in morte diſponere, an valeat donatio?

RESPONDIT de hac facti ſpecie Decius in conſ. 251 negauitque valere donationem: quia talis reſeruatio non videtur præciſè reſeruare teſtandi facultatem donatori, ex quo habet poteſtatem diſponendi de bonis reſeruatis in vita, & conſequenter diſponendo de illis in vita non retineret teſtandi facultatem. Sequitur eandem ſententiam Curtius iunior in conſil. 25 & in conſil. 120.

Sed contrarium reſpondit Crauetta in conſil. 222. nu. 10. Alciatus ad l. vlt. col. vlt C de pactis. Couuar. variar. reſol. lib. 3. c. 12. nu. 3. ver. Quibus accedit. Cagnolus in d l. vl. nu. 248 vbi tamen cogitandum eſſe dicit, propter magnam Decij autoritatem.

Mihi videtur res ſatis perſpicua; donationem in propoſita ſpecie valere, nec tollere facultatem teſtandi. Imò expreſsè reſeruare: quia donator liberum ſibi arbitriũ reſeruat de certis bonis diſponendi, vel in vita, vel in morte, hoc eſt, vel teſtando de illis, uel aliter diſponendo, prout ipſe maluerit: Ergo teſtari poterit, ſi voluerit. Nec quicquam mouet illud, quòd dicebat Decius, ſi donator in vita diſponeret, eum amiſſurum, ſiue non retenturum teſtandi facultatem: quia ſufficit, eum habere teſtandi facultatem, ſi nolit teſtari, ſed malit inter viuos alienare, dilapidare, vel diſtrahere, ſibi imputet. Eodem.n. modo nullus eſt rerum ſuarum dominus, qui hoc modo non ſibi auferret teſtandi facultatem, ſi videlicet bona ſua inter uiuos diſtraheret, alienaret, abſumeret. Verius eſt igitur donatorem poſt donationem factam ſibi adimere teſtandi facultatem, aut ea nolle vti, quam habet; non donatione facta prorſus ablatam eſſe, quia donatio illam reſeruauerat.

CAPVT XCIII.

Donatio facta omnium bonorum præſentium & futurorum, an contineat veſtes, ſupellectilem & alia, quę veriſimile non eſt quenquam ſpecialiter donaturum eſſe.

QVOD concluſum eſt a nobis ſupra cap. 88. donationem omnium bonorum præſentium & futurorum non valere, quia facultatem teſtandi adimit donãti, ita accipiendum eſt, ut locum habeat, quoties manifeſtum eſt donatorem bona omnia uoluiſſe donatione comprehẽdi quæcunque habuit nulla re excepta. Cęterum, ſi non ita manifeſta ſit donatoris uoluntas, exiſtimo æquitati & iure magnoperè cõſentaneam eſſe Doctorum interpretationem, qui dixerunt, donationem non comprehendere ſupellectilia, veſtes, & id genus alia, quæ nemo veriſimiliter donaret,
D ac proinde ſi tam precioſa ſint, ut de eis teſtari donator, & hæredem in eis habere probabiliter poſſit, donationem ipſam ualere. Ita Mattheſilanus ſingulari 136. Nota. unum. Soc. ſenior ad l. Si is, qui ducenta. §. Vtrum ff. de reb. dubijs, & alij quos refert & ſequitur Cagnolus ad l. vlt. C. de pactis, num. 253. cum ſequentibus. Quamuis Decius eo in loco diſſentiat. num. 33. quem ſequi uidetur Alciatus ibid. num. 80.

Fundamentum eſt, quoniam hæc interpretatio adhibetur in generali bonorum obligatione multo igitur æquius erit, ut in donatione, quæ maioris eſt præiudicij, adhibeatur. Vlpianus; *Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusue ſit, non continebuntur, quę veriſimile non eſt quenquam obligaturum fuiſſe, vt puta ſuppellectilem veſtes*, &c. l. Obligationę. ff. de pignorib.

A Fundamentum Decij eſt, quia text. Vlpiani loquatur de generali obligatione, nos autem de vniuerſali, *Omnia bona*, &c. Qui omne dicit, nihil excludit, l. Iulianus, de leg. 3.

Reſpondet latè & doctè Cagnolus, verborum generalitati, & ſignificationi mentem loquentis præferendam eſſe. Verbis ex vniuerſalibus excipiendum eſſe caſum hunc ex mente, ex æquitate & Ciuili quadam interpretatione; quia licet oratio omnia comprehendat, militat ſemper illa ratio æquitatis, vt excipiantur ea, quæ veriſimile non eſt quemquam ſpecialiter donaturum fuiſſe, æquiſſima ſanè mihi videtur interpretatio; quanquam ſummo iure inſpecto Decij & Alciati ſententia iuri ſit magis conſentanea.

CAPVT XCIV.

Vtrum donatio hæreditatis valeat.

B DONATIONEM hæreditatis valere non pauci, nec obſcuri nominis reſponderunt; Crauetta in conſil. 139. nu 6. Alciatus in l vlt. nu. 81. C. de pact. & ibidem Iaſon Decius & Purpuratus, nu. 245. Fundamentum eſt; quia verbum hæreditatis accipitur improprię, ut actus valeat, ſ ut ſignificet bona pręſentia donatoris, ſicut accipitur in l. Quæſitum. §. Si quis mihi ſeruus de leg. 1. & ibi Glo. in uerbo, *hæreditatis*. Sed naldè infirmum mihi hoc fundamẽtum uidetur, quia ut alias ſæpè dixi, non eſt bona conſequentia, ſi quis ita ratiocinetur. Illud verbum aliquo in loco accipitur in hoc ſenſu; ergo & hoc in caſu in eodem ſenſu accipiendum eſt.

Contrariam ſententiam, quæ mihi veriſſima videtur, habuerunt Bartolus in l. vlt. C. de pactis, & alij magis communiter Doctores, teſte Cagnolo ibid. nu. 176. Clarus §. Donatio. q. 19. verſ. Sed quæro, vbi alios citat. Fundamentum eſt ſolidum in lege, & in iuris ratione. Quod attinet ad legem, eſt textus in l. Hæreditas. C. de
C pactis conuentis. & l. Pactum quod dotali. C. de pact. l. Ex eo. C. de inut. ſtip. Nam ſi hæreditas pacto dari non poteſt; ergo nec donatione: quia donatio fit per pactum, vel per ſtipulationem: Ex quo illud etiam apparet non poſſe hoc in caſu idem importare verbum *hæreditate*, quod uerbum, *bonorum*, quia ſi liceret ita verbum illud accipere, pactum, quo hæreditas datur, valeret, & hæreditas intelligeretur pro bonis præſentib. ipſius paciſcentis. Et tamen lex pactum negat valere, ergo non ita nobis licet verba clara in alium ſenſum detorquere abſque ulla legis autoritate.

Iuris autem ratione probatur hæc ſententia, quia hæreditas eſt ſucceſſio in vniuerſum ius, quod defunctus habet tempore mortis. l. Nihil aliud, de uerb. ſig. Ergo is, qui donat hæreditatem ſuam, donat omnia bona & iura ſua præſentia & futura, ſcilicet quicquid tempore mortis habebit: Conſequenter contra bonos mores eſt talis donatio, & ideo non valet; quia aufert teſtandi facultatem non ſecus, ac donatio ipſa omnium bonorum præſentium & futurorum, vt ſuprà diſputatum eſt.

Huc accedat a iuris ratione alienum eſſe, vt iura teſtamentorum & contractorum inter uiuos confundatur. Nam hæreditas teſtamento datur, idque multis adhibitis ſolennitatibus conficitur, quare non expedit, vt inter viuos hæreditas donari poſſit abſque illis ſolennitatibus.

Scio contrarię ſententiæ autores id non negare; ſed vrgere illam interpretationem impropriam, vt donatio ſuſtineatur: ſed certè cùm in verbis nulla eſt ambiguitas, non eſt facienda voluntatis quæſtio. l. Ille aut ille. de leg 3. Hoc refugium autores legum habuerunt ad ſuſtinendas pactiones, quibus hæreditas confertur & tamẽ eo non ſunt uſi; quia non potuerunt commodè id facere repugnante nimis aperta uerbi ſignificatione.

A

CAPVT XCV.

Poſſitne mortis cauſa hæreditatem ſuam quis donare.

EſT etiam controuerſia; poſſitne quis mortis cauſa ſuam hæreditatem donare. Negant Bartolus, Alex. & Iaſon ad d. l. Licet. C. de pact. idem Alexander In conſil. 28. lib. 3. Fundamentum eſt in l. Licet. C. de pactis, & in l. Hæreditas. C. de pactis conuentis, & quia uidetur effecta eſſe donatio omnium bonorum præſentium & futurorum, quæ non valet. Cæterùm affirmat Decius ad d. l. Licet. num. 10. cui videtur Cagnolus adſtipulari ad l. vlt. num. 278 de pactis. quibus ego aſſentior adhibita diſtinctione quorundam; cuius mentionē facit Decius, vt valeat donatio hæreditatis non Iure directo, ſed veluti per fideicommiſſum. Conſtat enim hæ- B reditatem teſtamentis duntaxat directè relinqui poſſe Codicillis autem non poteſt directè relinqui. § Hæreditas. Inſtitut. de codicillis. Conſtat etiam legari poſſe hæreditatis partem. l. Mulier. §. vlt. ff. ad Treb. quod legatū non dat hæreditatem directò, ſed per fideicommiſſum dare intelligitur, & conſequenter hæres inſtitutus grauatus cenſetur eam reſtituere. Cùm itaque donatio cauſa mortis ſimilis ſit vltimis voluntatibus. l. vlt. C. de donat. cau. mort. *Et per omnia ferè legatis connumeretur.* Inſtit. de donatio. in §. 1. Sequitur dicendum eiuſmodi donatione hæreditatem in alium transferri poſſe, & hanc vim habere, vt hæres grauatus eſſe videatur eam donatatio tradere, detracta quarta parte ex Trebelliano Senatuſconſulto.

Huc accedit, quod cùm in donatione mortis cauſa pœnitentiæ locus ſit. §. 1. Inſtitut. de donatio. non uidetur per eam faculas teſtandi donatori ſublata: poteſt enim hæredem inſtituere, vel ipſum donatarium, vel ſi pœnituerit, alium, & reuocabitur ipſa donatio. Quod C argumentum facit, vt putem hanc concluſionem ueram, eſſe licet donatio cauſa mortis in teſtamento, non fiat, reiecta Decij conciliatione, quia non tollit, vt dixi, libertatem teſtandi.

Ex quo Infertur argumentum contrariæ opinionis, non obſtare, quo dicebatur donationem hæreditatis ſimilem eſſe donationi omnium bonorum præſentium, & futurorum, quæ non valet. Nam in hoc eſt differentia, quod donatio illa omnium bonorum præſentium & futurorum inter uiuos facta tollit facultatem teſtandi: neque enim donator pœnitere poteſt, ſed iſta, quæ cauſa mortis ſit facultatem teſtandi non aufert; quia pœnitentia reuocari poteſt, vt declarat optimè Clarus in §. Donatio. quæſt. 19. verſ. Sed quia ſi faciat.

Ad l. Licet. C. de pactis. reſpondeo, illam non loqui de donatione cauſa mortis, ſed de pacto, per quod ſucceſſio transfertur. Vnde non ualet, niſi inter milites, ut ibi dicitur. Licet enim in donatione cauſa mortis pactū D interuenire poſſit ex donatarij præſentia, qui conſentit, & acceptat donationem, tamen latum eſt diſcrimen inter pactum illud ſimplex, & iſtud, quod donatione mortis cauſa interuenit. Nam in illo, ſi valeret, locus pœnitentiæ non eſt; quia eſt pactum inter viuos; & ideo aufert teſtandi facultatem. Pactum autem, quod interuenit in donatione cauſa mortis, non impedit, quo minus illa reuocari poſſit, & conſequenter donator pœnitere poteſt, & teſtamentum condere. Et hæc reſponſio ualet ad omnes alias leges, quibus dicitur pactis hæreditatem dari non poſſe: loquuntur enim de pactis non tranſeuntibus in aliam ſpeciem, nimirum vltimæ uoluntatis, qualis eſt mortis cauſa donatio: ſed de ijs, quæ reuocari non poſſunt ab ipſis paciſcentibus.

A

CAPVT XCVI.

Vtrum hæreditas per procuratorem adiri poſſit.

VEteres interpretes Accurſium ſecuti magis communiter dixerunt per procuratorem non poſſe hæreditatem adiri, autoritate Pauli, in l. Per procuratorem. 89. ff. de acq. hæred. Paulus: *Per procuratorem hereditatem adquiri non poſſe.* ratio eſt: quia cùm mando procuratori, vt adeat hæreditatem, eo Ipſo videor adire, & ideo nihil remanet agendum per procuratorem Cæterum Franciſcus Duarenus lib. 2. diſputationum, cap. 27. & ad tit. de acq. hær. ca. 4. non procul a fine, contrarium docet: quia in Codice Florentino legitur in d. l. 89 Per curatorem.

Nam curator datus pupillo ad adeundam hæreditatem non ſufficit, ſed tutor neceſſarius eſt. l. Cùm in vna. §. 1. ff. de appellat. & relatio. Rationem verò illam non probat, quia fieri poteſt, ut is, qui hoc mandat procuratori, cogitet eum non ſtatim id facturum eſſe, ac totum medium tempus ſibi liberum fore ad deliberādum. Per procuratorem igitur adiri hæreditas poterit, cùm id nullo iure exceptum reperiatur. Procuratoris. n. vſus permiſſus eſt in omnibus negotijs, niſi in quibus id exceptum reperitur. l. 1. ff. de procurato.

Cæterùm his aduerſatur Cuiacius lib. 1 obſer. ca. 34. ibi putat retinendam veterem lectionem, nec ſatis forſitan eo in loco emendatas eſſe Pandectas Florentinas: *Sed ſiue hoc, ſiue ille modo legatur,* inquit, *ego nec per curatorem, nec per tutorem, aut per procuratorem hæreditatem poſſe adquiri exiſtimo. Illud enim eſt ἀσυλλόγιστον, ſi quis iſta ratione probare velit, rectè Paulum dixiſſe per curatorem, quia tutoris autoritate opus ſit in hæreditate adquirēda. Aliud namque eſt tutore autore, longè aliud per tutorem adquirere hæreditatem. Tutore quippe autore, id eſt, ipſo pupillo adeunte, ac ſolennia peragente. Per tutorem, id eſt, adeunte tutore, atque agente ſolennia. Illo modo rectè ſibi hæreditatem pupillus adquirit, non tamē autore curatore: ideoque tutorem habentis plerumque ſpecialis tutor ad adeundam hæreditatem datur. l. Impuberi ff. de tutor. & cura datis ab his. l. Cum in vna §. Tutor. ff. de appell. Vlpianus in Fragment tit de Tutelis. quod ſcilicet ad eam rem non ſufficiat curatoris autoritas. Cæterum, ut per curatorem adquiri hæreditas non poteſt, ita nec per tutorem, niſi pupillo ff. ad Trebell & multo minus per procuratorem. Quod ſi per procuratorem adquiri poteſt, nihil in hac re præcipuum habet procurator Cæſaris: cui tamen hoc iure ſingulari lex datum ait, vt Cæſari adquirat l. 1. § vlt ff. de off. procu Cæſaris, id eſt rationalis. Nihil denique hac in re diſtabat hæreditas a bonorum poſſeſſione; Nā & per tutorem, & per procuratorem adquiri bonorum poſſeſſio poteſt. d. §. Si pupillo l. Si maritus. C mand. l. Si quis alicui ff de acq hæred. Sed tamen hoc non eſt admittendum. Ius enim Prætorium ciuili iure indulgentius & benignius eſt. Ius ciuile directum & aſperum Ius prætorium mite & moderatum eſt: Atque ideo per tutorem, curatorem, procuratorem bonorum poſſeſſio adquiritur, hæreditas non adquiritur. Et hoc probo* Hactenus Cuiacius.

Sed audiamus Duarenum: *Procuratorem hoc accipimus, cui ſpecialiter mandatum eſt. Nam procurator vniuerſarum rerum generaliter datus adeundo nihil agit excepto procuratore Cæſaris, ſi opulenta ſit hæreditas l prima, de offic. procur. Cæſar. Ac ne tutor quidem, vel Curator propter ſubtilitatem iuris veteris l Potuit. C de iure delib ſed per tutorem aut curatorem rectè dicitur adiri hæreditas, id eſt interueniente tutore aut curatore, quamuis ipſe adeat, argum. l Verum ff. de reb. cred.* Hactenus Duarenus.

Vides

Vides, ut puto, lector, tria Cuiacium obijcere, primò hæreditatem adquiri uon poſſe per tutorem. Secundò, eadem ratione nec per procuratorem, & quia nihil eſſet ſpecialiter conſtitutum in procuratore Cæſaris. Tertiò, non poſſe adquiri per procuratorem hæreditatem, ut ſit aliqua differentia inter hæreditatem, & bonorum poſſeſſionem, quæ etiam per tutorem, & procuratorem adquiri poteſt.

Contrà uerò Duarenum uelle hæreditatem adquiri poſſe per procuratorem ſpecialem tamen, quia non ſufficit generalis Secundò, per tutorem adquiri poſſe, hoc eſt, tutore autore non autem per curatorem, hoc eſt, autore curatore. Tertiò, nec per tutorem adquiri poſſe, hoc eſt, ipſo tutore adeunte Denique ſpecialiter conſtitutum eſſe, ut per procuratorem generalem Cæſaris adquiri poſſit.

Igitur ſic concludo ſecutus ſententiam Duareni; Hęreditas adquiri poteſt per procuratorem. Id probo, quia alia poſſunt per procuratorem adquiri, quæ non ſunt legibus excepta. Id autem legib exceptum non eſt.

Non obſtat l Per procuratorem. 89. ff. de acq hæred. quia uerior lectio Florentina habet per Curatorem.

Non obſtat, quod dicitur nec per tutorem adquiri poſſe, quia id concedo, ſi tutor ipſe adeat: ſecus autem ſi pupillus, tutore autore, adeat. Item ſecus ſi pupillus ſit infans, quia tutor eius nomine adquirere poteſt hæreditatem l. Si infanti. C de iure delib & conſequenter eo in caſu per tutorem hæreditas adquiri poteſt.

Non obſtat, quod dicitur, ſi per procuratorem hæreditas adquiri poſſit, nihil præcipuum hac in re procuratorem Cęſaris habiturum, contra l. 1. ff de offic procur. Cæſar. quia reſpondeo, præcipuum hoc eſſe in procuratore Cæſaris, ut ad hæreditatem adeundam, & adquirendam nomine Cæſaris generale mandatum ſufficiat, in alijs enim ſpeciale mandatum requiritur.

Non obſtat, quod dicitur, nullam fore differentiam hac in re inter hæreditatem, & bonorum poſſeſſionē: quoniam hęc eſt differentia, quod per alium adquiri poteſt bonorum poſſeſſio. l. 3. § Adquirere. ff. de bonor. poſſeſſ. Hæreditas autem per ſpecialem procuratorem. Illa regulariter per tutorem adquiritur. l. Seruo inuito. § vlt. ff. ad Treb Hæreditas tutore autore potuit. C. de iure delib. niſi ſit infans pupillus. l. ſi infanti. C. eodem.

CAPVT XCVII.

Ad l. Eam quam. 14. C. de fideicommiſſ.

IMperator Valerianus, & Galienus: *Eam quam frater tuus inſtituerat, ſiue quæſita, ſiue non quæſita hæreditate, deceſſerit, cùm tamen ſimpliciter, antequam duodecimum ætatis annum impleuiſſet, verbis precarijs teſtamento facto, nonnullos ei voluerit ſubſtitutos; nihil prohibet fideicommiſſum peti, vel ab ipſius hæredibus, vel ab ijs, qui bona inteſtati tenent. Tunc enim locum habent, quare ſingulariter traduntur: ea, quæ in teſtamento relinquuntur, ſi ex teſtamento non adeatur hæreditas, non valere cùm verbis relicta directis adiri potuit hęreditas. non, cùm illa ipſa ſic data eſt, vt eſſet ab inteſtato à ſucceſſoribus poſtulanda. Quod reſcripſimus ſequentes adſeuerationem tuam, quaſi ſcripta hęres non fuerit iure adoptata. alioqui ſi in familia relicta, hæres facta deceſſit, & conſequenter ipſius hæredes petitioni fideicommiſſi reſpondere coguntur.*

Veteres interpretes non ſatis hanc legē eſplicarunt, conatus eſt poſt eos Alciatus ei lucem adferre lib. 1. diſputationum, c 9. Autor ſum ſtudioſis, ut claram & planam ſequatur Duareni, & Goueani interpretationem, additis ijs quę ipſe ſubijciam. Et ſi qua erit diſſenſio dicam, quid ſentiam. Duarenus lib. 2. diſputationum, c. 5. *Titius frater Sempronij puellam impuberem adoptauit, ſed non iure ac legitimè, deinde eam inſtituit, nō ciuilibus verbis vtens, nec directis, ſed precarijs tantum ac fideicom*
A *miſſi, hoc modo. Volo vt puellæ hæreditatem meam dent hæredes mei. Deinde ſubſtituit huic puellę quoſdam alios poſt mortem puellæ ſimpliciter; non autem ſi impubes deceſſiſſet Deceſſit puella quæritur, an ſubſtituti poſſunt fideicōmiſſum petere Cauſa totius quæſtionis ac dubitationis eſt, quod non adita hęreditate ex teſtamento, fideicommiſſum non videtur deberi. l. Si nemo de reg iur. At hic nullus hæres extitit ex teſtamento, qui hæreditatem adiuerit. Verum hic reſcribit Valerianus fideicommiſſum peti poſſe, vel ab ipſis hæredibus, qui bona inteſtati tenent, id eſt etiā à legitimis hæredibus Titij, nedum à teſtamentarijs, quos conſtat hic nullos fuiſſe; Nec nos monere debet, quod dicitur, niſi hęreditas adita fuerit non poſſe fideicommiſſum peti, &c. Id enim accipiendum eſt, cum verbis directis ac ciuilibus hæreditas eſt relicta, non verbis fideicommiſſi, vt ſit ab inteſtati ſucceſſoribus poſtulanda. quod accidit in hac ſpecie, vt iam diximus, in qua teſtamentum vim codicillorum habet, quia tametſi ſeruatis ſolennibus factum fuerit, tamen apparet teſtatorem voluiſſe codicillos valere,*
B *ex eo, quod non inſtituit directò hęredem, nec verbis ciuilibus, ſed fideicommiſſi l vlt ff. de iure cod l Non Codicillum C. de teſtam. Poterat autem dubitari in propoſita ſpecie, num poſſent conueniri hæredes puellę tanquam legitimi. Quæſtionem facit quod puella adoptata fuiſſe dicitur à Titio, vnde videtur, iure ſuo hęreditatem Titij ad ſuos hęredes tranſmiſiſſe. Sed Valerianus reſcripſit à legitimis hęredibus Titij fideicommiſſum peti, nullam faciens mentionem hęredum puellę: quia propoſitum fuerat, eam non iure adoptatam fuiſſe, atq; ideo in familia Titij non fuiſſe. Aliàs non alij eſſent legitimi hęredes Titij, quam ipſius puellę.* Hactenus Duarenus.

Antonius Goueanus lectionum iuris variarum, lib. 1 c. 1. *Falco puellę inſtitutę verbis precarijs ita ſubſtituit: ſi Caia intra pubertatem deceſſerit, hęreditatem meam illi, & illi reſtitui volo. Puella necdum quęſita hęreditate deceſſit Falconis frater agnationis iure hęreditatem inte-*
C *ſtati fratris adijt: quam cum ab eo ex fideicommiſſi cauſa peterent ſubſtituti, defendebat ſubſtitutioni locum nullum eſſe. quando acquiſita ex teſtamento non eſſet hęreditas; regulariter namque definiri Non adita ex teſtamento hęreditate, relicta in teſtamento nihil valere. eamq; regulam ad ſubſtitutiones quoque pupillares pertinere. Valerianus autem & Galienus Impp. regulam hanc iuris ibi locum habere reſcripſerunt, cum aut verbis directis ſit ſubſtitutio, aut ſolus rogatur inſtitutus: non autem cum peti etiam ab ijs hęreditas poteſt, qui veniunt ab inteſtato. Poſſe autem a venientibus ab inteſtato peti hęreditatem, non ſolum cum hi apertè rogantur, verum etiam cum ſimpliciter ita quis ſcribit: Volo ſiue rogo, ſi quem hęredem ſcripſi è viuis decedat, hęreditatem meam Titio reſtitui. Ita enim qui rogat, omnem videtur rogare ſucceſſorem; Inſtitutum ſi acquirat; ſi is omittat legitimum ſucceſſorem. Ea igitur reſcripti huius vis eſt, atque ſententia, ſubſtitutionem fideicommiſſariam, ex qua a legitimis ſucceſſoribus peti*
D *hęreditas poteſt, nō adeunte inſtituto locū habere Quod n. ſine hęredis inſtitutione fieri potuit deſtituta inſtitutione vitiari non oportere, argumento illo fuerit Triphonij in l. Miles ita ff de milit teſtam. impuberi filio factam a milite ſubſtitutionem, quamuis non adita ex teſtamento hęreditate, valere tamen quia miles ſoli filio teſtamentum facere poſſit* Hactenus Goueanus, qui multa alia pro explicatione legis adfert, quæ non deſcribo.

Video diſſenſionem eſſe inter Duarenum, & Goueanum in duobus, quę ubi explicauero, tùm ad uerborum legis explanationem deſcendam.

Primò diſſentiunt, quia Duarenus dicit puellam inſtitutam fuiſſe hæredem non ciuilibus uerbis, ſed precarijs tantum, & fideicommiſſi, hoc modo; *Volo ut puellę hęreditatem meam dent hęredes mei.* Goueanus autem nullam huius fideicommiſſi mentionem facit, & præſupponit puellam inſtitutam fuiſſe, ſed ſubſtitu-

tos

tos ei datos fuiſſe verbis precarijs hoc modo. Si Caia intra pubertatem deceſſerit, hęreditatem meam illi, & illi reſtitui volo. A

Et hæc interpretatio Goueani videtur prima fronte magis conſona verbis legis. Ait enim textus; *Eam quã frater tuus inſtituerat, &c. Cùm tamẽ ſimpliciter, antequã duodecimum ætatis annum impleuiſſet, verbis precarijs teſtamento facto nonnullos ei voluerit ſubſtitutos*, &c. Ex quo apparet verba precaria, quorum lex meminit referri ad ſubſtitutionem, non autem ad inſtitutionem.

Sed magis placet Duareni ſententia, & expoſitio propter uerba illa, quæ ſequuntur in textu: *Non cùm illa ipſa* (ſcilicet hæreditas) *ſic data eſt, vt eſſet ab inteſtato ſucceſſoribus poſtulanda*. Hæc enim uerba ſignificant datam hæreditatem puellæ fuiſſe per fideicommiſſum eo modo, quo declarat Duarenus.

Secundò Duarenus dicit, quoſdam alios puellæ ſimpliciter poſt mortem ſubſtitutos, non autem ſi impubes deceſſiſſet, quod repugnat verbis legis ibi: *Cùm tamen ſimpliciter antequam duodecimum ætatis annum impleuiſſet*, &c. Et ideo rectè Goueanus format facti ſpeciem, ita, ut ſubſtitutio facta ſit, ſi Caia ante pubertatem deceſſerit, & illud uerbum *ſimpliciter*, &c. rectè exponit, *hoc eſt, omnino ab omniq́; ſucceſſore reſtitui voluit hæreditatem, ſi puella intra pubertatem decederet Simpliciter enim rogat, qui neque hunc, neque illum rogat, ſed quid fieri omnino uelit, oſtẽdit, itaq; rogare omnes uidetur* B

Hæc igitur eſt legis huius ſententia. Siue ea puella, quam frater tuus hæredem inſtituerat, quæſita, ſiue nõ quæſita hæreditate deceſſerit, (Nõ quæſita hæreditate, quia inſtitutio non ualuit. Fuit enim inſtituta tanquam filia adoptiua, & adoptio non fuit iure facta) fideicommiſſum peti poterit ab ijs, qui uerbis precarijs ſimpliciter ei ſubſtituti ſunt. Poterit, inquam, peti non a puella defuncta, neque ab hæredibus eius, eo in caſu, quo illa non quæſiuit hæreditatem, ſed ab hæredibus ipſius teſtatoris. In caſu autem, quo hæreditas puellæ quæſita eſſet, ab hæredibus eius peti poſſet. Et hic eſt ſenſus illorum verborum, *vel ab ipſius hęredibus, vel ab ijs, qui bona inteſtati tenent* Ab hæredib. ipſius puellæ, ſi quæſiuiſſet hæreditatem; ab hęredibus inteſtati, i. eius, qui ita teſtamento diſpoſuit, ſed teſtamentum irritum factum eſt eam ob cauſam, quod inſtitutio non ualuit, nec ſcripta hæres puella obtinuit hæreditatem. C

Tunc enim locus eſt regulę iuris, ſi nemo ex teſtamẽto adierit hæreditatem, non ualere ea, quæ in teſtamento relinquuntur, *cum verbis relicta directis adiri potuit hæreditas*, id eſt, cùm uerbis directis inſtitutio facta eſt: *Non cum ea ipſa* (hæreditas) *ſic data eſt, ut eſſet ab inteſtato a ſucceſſoribus poſtulanda*. Sic enim legẽdum putat Goueanus, non ut vulgò legitur, ab inteſtato ſucceſſoribus; ſed in propoſita ſpecie hæreditas relicta eſt puellæ non directis verbis, ſed precarijs, eo modo, quo ſupra diximus ex Duareno; ergo regula illa iuris locum habere non poteſt; *Quæ ita reſcripſimus*, inquit textus, *ſequentes aduerſationem tuam, quaſi ſcripta hæres non fuerit iure adoptata*. Id eſt, locum habent iſta eo in caſu, quo puella deceſſit non quæſita hæreditate: ea; inquam, quæ dicta ſunt de fideicommiſſo petendo ab hæredibus, qui ab inteſtato ſuccedunt. Si enim puella iure adoptata fuiſſet, & in familia defuncti teſtatoris hæres facta deceſſiſſet, hæreditatem ad ſuos hęredes tranſmiſiſſet, conſequenter fideicommiſſum eo in caſu ab ipſius puellæ hæredibus petendum eſſet. Textus uariè legitur, meus Codex habet *fideicommiſſum petere*, alij habent *peti*. D

Ego vtramque lectionem probo, quia ſenſus eſt, ſubſtitutos fideicommiſſum petere poſſe, ſi ea, quæ inſtituta fuit, deceſſerit: ſi legas, *peti*, intellige a ſubſtitutis: ſi legas *petere*, intelliges ſubſtitutos.

Illa verba, *eam, Quam*, more græcorum ſcripta ſunt eam, pro ea, vt cùm dicitur: *Vrbem quam ſtatuo, veſtra eſt*. Et eſt, ac ſi clarius diceretur, ſi puella a fratre tuo hæres inſtituta deceſſerit, ſiue quęſita, ſiue non quęſita hęreditate, ſubſtitutio tamen uerbis precarijs ea facta locum habet, & ſi quidem inſtitutio ualuiſſet, & puella iure adoptata deceſſiſſet hęres, eius hęredes fideicommiſſum reſtituere tenerentur ſubſtituto. Cęterùm ſi adoptio non ualuit, & ideo nõ quęſita hęreditate, puella eſt defuncta, fideicommiſſum reſtituere tenentur hęredes fratris tui defuncti, qui proximiores ſunt ab inteſtato. Nec ſe tueri poſſunt ea exceptione, quod fideicõmiſſum non ualeat: quia ex teſtamento hęreditas adita non eſt. Nam locum habet exceptio illa, quoties hęreditas uerbis directis, relicta eſt; ſecus quãdo uerbis precarijs, tunc enim hęredes ab inteſtato uenientes, ſicut tenentur hęreditatem dare puellę, ſi adoptio ualuiſſet, ita ſi non ualuit, tenentur eam ex fideicommiſſo dare, & reſtituere ijs, qui puellę ſubſtituti fuere.

CAPVT XCVIII.

Defenditur ſententia autoris de emphyteuta, an donare poſſit ius emphyteuticum conſenſu domini non requiſito, quæ extat in prima parte Controuerſiarum, lib. 3. cap. 97.

NOn muto ſententiam, quam firmaui in prima parte Controuerſiarum, lib. 3. c. 97. conſenſum domini requirendum ab emphyteuta, licet non vẽdere, ſed donare velit ius emphyteuticum: tum quia legis uerba generalia ſunt, & omnem continent alienationem, l. 3. C de iure delib. Tum quia domini intereſt, ut conſenſus eius requiratur. Primùm ut ſciat, quis nouus ſit emphyteuta, an idoneus ad ſoluendum canonẽ. Deinde quòd multas alias ob cauſa eiuſdem intereſt, ut ibi latius explicaui. Non muto, inquam ſententiam ex his, quę diſputat, & pro contraria ſententia adfert elegãtiſſimus, & doctiſſimus Iuriſconſultus Fornerius lib. x. ſelectionum, ca. 30. Primùm dicit *alienationis*, uerbum contrahendum eſſe, ut ſignificet ſolam uenditionem, citat tex. in §. Adeo. in Inſtit. de locatio. Sed contrarium dicit. Verba Iuſtiniani hęc ſunt: *Vt ecce de prædijs, quę perpetuò quibuſdam fruenda traduntur, id eſt, vt quamdiu penſio, ſiue reditus pro his domino præſtetur, neque ipſi conductori, neq; hęredi eius cuius conductor, hæreſue eius id prædium vendiderit, aut donauerit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunq́; modo alienauerit*, &c. C

Non uideo quid ſibi uelit Fornerius, dum ait: *Quod Zeno in ueteo l. 1. C. eod tit. alienationẽ generaliter dixerat, idipſum referens Iuſtinianus, ſpecialiter uenditionem nominauit*. §. Adeo. Inſti. de locat. Id ut uerum ſit inquam, non uideo: ſiquidem Iuſtinianus de uenditione, donatione, & quacunque alienatione loquitur, ut patet ex uerbis proximè relatis.

D Secundum argumentum Fornerij eſt, quia ſit mentio precij, in d. l. 3. C. de iure emphyt. ergo uenditio ſignificatur l. 3. C. de prędijs decurio. Reſpondeo, Iuſtinianum de precio loqui, quatenus ſcilicet de uenditione loquitur.

Sed loquitur etiam de alienatione generaliter, uerba ſic habent: *Minimè licere emphyteutæ ſine conſenſu domini meliorationes ſuas alijs uendere, uel ius emphyteuticum transferre*. Hęc poſtrema uerba uidentur mihi generalia, & non ſolùm uenditionem ſignificare, ſed omnem aliam alienationem.

Tertium argumentum eſt: *Quia denunciatione*, inquit, *illic opus non eſt, vbi dominus nullo precio repenſo merum emphyteuta liberalitatẽ proculdubio accepturus eſt*. Reſpondeo, denunciatione opus eſſe, etiam eo in caſu, quo donare vult emphyteuta ius ſuum, non ut dominus pręferatur, & conſequenter ex donatione rem

ſo

ab emphyteuta conſequatur: neque enim inuitus emphyteuta cogẽdus eſt donare ius ſuum domino, vt optimè deducit Fornerius ad finem capitis. Sed ne ex donatione in quemquam collata præiudicium domino inferatur, vel propter annuum canonem, vel propter alias cauſas.

Poſtremum argumentum eſt, non eſſe pertimeſcendam aliquam iniuriam, cùm non tam facilè quiſquam donet, quam vendat: in hoc enim rei precium captatur, in illo perditur. l. 7. ff. de donat. Sic enim non prohibetur donare mulier, fideiubere prohibetur. l. 4 ff ad Velleian. Decuriones nihil vetat prædia donare, vendere autem ſperato ſcilicet precio non licet. l. 1. l. vlt. C. de prædijs decurin.

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia: quia non dicimus colonum ſine emphyteutam prohibitum eſſe donare, ſed denunciare id oportere domino, cuius multas ob cauſas intereſſe poteſt, ut ſciat, cui donetur. Et licet rarò fiant donationes, non tamen rarò fraudes committerentur, ſi paſſim domino non requiſito liceret emphyteutæ ius ſuum donare. Nec propterea, quod rarò homines donare ſoliti ſunt, ideo nullas de donationibus leges habemus, immò verò multas. Ergo nec iuſta hæc interpretatio ob eam cauſam repudianda erit.

CAPVT XCIX.

Annotationes ad primum cap. lib. 1. Controuerſ primæ partis, & ad cap. 71. lib. 3.

QVod ſcripſi lib. 1. Controuerſ. iuris, c. 1. de pœna carceris aduerſus eos, qui venantur Principe prohibente, non ignorabam iuri Cæſareo conſonum non eſſe: *Carcer enim ad continendos, non ad puniendos homines haberi debet*, vt inquit Vlpianus in l. aut damnum, §. Carcer. ff. de pœnis. ſed moribus conſentaneum eſt, quibus paſſim ferè carceris pœna recepta eſt, conuenienter iuri canonico. c. Quamuis. de pęnis. lib. 6.

De dote profectitia diſſerui lib. 3. cap. 71. Pro diſtinctione ibi facta inter filiam in poteſtate & emancipatam, indicauit mihi D. Fabricius Matthæus, Doctor magni ingenij & ſpei, & gener mihi clariſſimus, textum in l. Pater. ff. de Euiction. in illis verbis; *Intereſt enim patris filiam dotatam habere, & ſpem quandoq; recipiendæ dotis, vtiq; ſi in poteſtate ſit. Quod ſi emancipata eſt, nec poterit defendi ſtatim commiſſi ſtipulationem, cum vno caſu dos ad eum regredi poſſit.*

CAPVT C.

Annotationes continet ad c. 1. lib. 4 & ad c. 22. eiuſdem lib & ad cap. 31.

ADdo de ſchedula continente patris teſtamentũ inter liberos, Cuiacij ſententiam iuuari poſſe ex reſponſo Alexandri 76. nu. 10 lib. 3. vbi poſt Salycetum, quem citat in l. Hac conſultiſſima. § Ex imperfecto. C. de Teſtam. ſcribit non valere ſi non appareat lectam, & publicatam fuiſſe, argumento l. Hac conſultiſſima C. qui teſtam. facere poſſunt, ibi dum textus dicit, *elogium ipſe ſuum profiteatur agnoſcere*, & in l. fideicom. verſ. *Quoties*. de leg 3. Sed leges allegatæ non loquuntur de Teſtamento inter liberos. Ideo non obſtant. Adde Menochium pro ſententia communi & vera, de Præſump. lib. 4. Præſumpt. 7. nu. 5. Et de patris diuiſione inter liberos ſcriptura comprehenſa, quod valeat, ſi fuerit à patre ſubſcripta, vel à liberis & fidem obtineat aliaque cautela non indigeat, eſt expreſsè conſtitutum Nouella de Triente & Semiſſe. §. Et quod ſæpè.

Ad caput 22. eod lib. omiſi deciſionem Pedemontanam Oſachi 26. in materia propoſitæ ibi quæſtionis.

Ad caput 31. eod. lib de filio exhæredato vel excluſo ab hæreditate, quando faciat partem, & quando non cęteris filijs, vide Cuiacium in expoſitione Nouellæ 18. col. 4. verſ. Ad hæc notandum eſt.

ANDREÆ FACHINEI

I.C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS

LIBER SEPTIMVS.

CAPVT PRIMVM.

De origine Feudorum, & an feudum ſit contractus.

INſtituenti mihi controuerſias feudales priore libro huius tertię partis explicare, operępretium viſum eſt, ab illa initium ſumere, quæ de origine feudorum agitata eſt frequentiſſimè, tàm apud ueteres, quàm apud recentiores Iuriſconſultos.

Quinque ſunt præcipuæ celebrioreſque ſententiæ. Vna, feuda ex antiquo Romanorum iure originē ſumpſiſſe. Altera, à tempore Iuſtiniani cœpiſſe. Tertia ex militijs, quarum ſit mentio, in iure Romano profectas eſſe: & nihil aliud feudum eſſe, quàm militiam. Quarta, à Gallis veniſſe ad Germanos feuda, Italos, Hiſpanos, & alios Europæ populos. Quinta, ex Longobardis Regibus principium accepiſſe; & inde conſuetudines feudales emanaſſe: & hanc cæteris probabiliorem eſſe iudico. Verùm de ſingulis uidendum eſt, ne quemquā inauditа cauſa condemnare videamur.

Prioris ſententiæ autores ſunt Vdalricus Zaſius in Epitome feudorum, parte 1. in principio, & latiùs in B Commentarijs l. 2. in verbo *Curias*. ff. de origine iuris, & Iacobus Cuiacius in Commentarijs ad libros feudales, non procul à principio.

Hanc verò ſententiam ita iſti confirmare nituntur. Zaſius quidem in d. l. 2. verſ. *Curias*, in hunc modum dicens; *Romulus, vt eſt apud Dionyſium Halicar. li. 2. urbe condita promiſſurus, ne iniuria locupletū in humiles, vel viciſſim egenorum inuidia in potentes diſcordiam pareret, plebeis permiſit, ut quem ſibi ex patritijs patronū eligerēt. Hi clientes dicebantur: eratq; ciuilis illa coniunctio nihil aliud, quàm ſuſceptū pro pauperibus humilibusq; patrocinium. Habuiſſe eos legitima quędam inſtituta, quibus vltrò citroq; præſtabant ij officia, illi beneficia. Nam patronis pro clientibus ea facere, quæ parentes pro filijs: pecuniarū contractuumq; rationes explicabant: cauſas pro iniuſtè oppreſſis ſumpſere, omnemq; eis quietem publicè & priuatim exhibuerę. E diuerſo clientes patronis egentibus ad dotem filiarum contribuere, captos uel ipſos, uel liberos eorum ab hoſtibus redimere, nexos à creditoribus, uel ære mulctatos, propria pecunia liberare, deducere eos, eis adeſſe debebant. Nec fas erat uel accuſare inuicem, teſtimoniumue aut ſuffragium aduerſus ferre: nec porrò cum inimicis adnumerari: Erantque huiuſmodi coniunctiones haud abſimiles ſanguinis neceſſitudini, uſque adeò, ut clientes in officiorum ordine affinib. præferrentur.* Et paucis interiectis ſubdit: *Credimus curialium dominicalium iura & feudorum (ſi ita loqui liceat) hinc uelut impreſſis veſtigijs quadam duxiſſe ſimulacra. Quo enim tēpore Romani victricia ubique terrarū ſigna circumtuliſſent, multi eorum remanſiſſe in prouincijs creduntur, pars præſidio relicti, pars vbertate capti; demumque dū Coloniæ deducerentur, bona Romanorū pars eò loci commigrarunt, quibus cùm mul um agri, multum fundorum eſſet, ne pro Romano more carerent clientibus, uoriſimile eſt, incolas terræ in ſuum inuitaſſe patrocinium ſuoſque eis fundos, prout cuiuſque erat conditio, in beneficium diſtribuiſſe. Tractu tamen temporis, quod omnia uariat,* B *clientelarum nomine commutato, feuda à fœdere forſitan, curiaſque dominicales nominari cœptas, ut qui clarioribus eſſent natalibus feuda, alij ex vulgo curias haberent dominicales: conſtitutis certis iuribus, quæ dominis, quæ clientes, quos uaſallos uocant, reſpicerent, quorum aliqua conſuetudine, ut in feudis, aliqua pactis, ut in curijs conſtare dignoſcuntur. Hanc noſtram coniecturam haud parū adiuuat magna utrinque ad priſcorum clientum iura ſimilitudo. Nam ut olim patroni clientibus, & uiceſſim iſti illis mutua obligatione uinciebantur: ſic in feudis & curijs pariter recepta ſunt ſiquidem & uaſallus domino, & è diuerſo dominus illi debet.* Hactenus Zaſius.

Iacobus autem Cuiacius ſic ſcribit: *Interea tamē cùm ius feudorum antiquiſſimum eſſe Gerardus ſcribat, qui ipſe fuit Longobardus, ineptè id repeteris ex Longobardis ipſis ſiue Gothis, quorum leges nihil de feudis habent palam, nec antiquiſſimum eſſe nobis unquam perſuaſeris, niſi id aliquādo deduxeris ex moribus populi Romani, quod fiet ita*

com-

commodiſſimè. Fit ſæpè in libris noſtris hominum mentio, qua appellatione frequentius ſerui ſignificantur. Sed & liberi, puta actores, procuratores, cuſtodes prædiorum, Iuſſularij, Conductores, Emphyteuticarij, Chartularij, precarij poſſeſſores. His poſſeſſio conceditur ad tempus. Qua actori, feudum eſt Gaſtaldia, qua cuſtodi, feudum guardia. Iiſdē poſtea cœpit concedi in perpetuum, quod eſt verum ac proprium feudū, atq; ita, ut me obſeru. 8 tradidiſſe recordor, paulatim, qui erant actores, cuſtodesq; prædiorum noſtrorum temporarij, perpetui eſſe cœperunt. Latinumq; hominum nomen retinuerunt, nouum & externum vaſallorum ſiue Leodum & feudatariorum acceperunt a Principibus & nobilioribus, qui eis ſua prædia in perpetuum cōcedere maluerūt, ſi militiæ oneribus ſe obligarent, inuecta in Italiā nomina à Principibus Germanis, quibus fuere ſemper multi Comites (ſi Cornelius Tacitus vaſallos vocat) & Principū æmulatio magna, cui plurimi & acerrimi. His, ut ait, præcipuum Sacramētum erat defendere, tueri, ſua quoq; fortia facta gloriæ Principis ſui aſſignare: quod vulgò Sacramentum fidelitatis appellamus. Hactenus ille.

B Secundæ opinionis autor fuit Lucas de Penna in L. Quicunque. C. de omni agro deſerto, lib. 12. & in l. 1. C. de petitio. bono. ſubla. 10. ratus, feuda eſſe prędia ſtipendiaria, de quibus mentio fit in §. Per traditionem, in Inſtit. de rer. diui. Guilielmus Benedictus idem docet in c. Rainucius. in uerbo; *Ex vxorem nomine Adelaſiam*, deciſ. 3. num. 3. & 4. quem refert. & ſequitur Caſſanæus in Conſuetudine Burgundiæ, Rub. 3. ver. Des Fieds. nu. 15. Fundamentum eſt, quia eiuſmodi prædia ſtipendiaria in multis uidentur eſſe feudis ſimilia. Sicut enim feuda ſine conſenſu domini alienari non poſſunt, & olim antiquiſſimo tempore non tranſibant ad hęredes, vt in tit. de his, qui feudum dare poſſunt. §. Et quia, ita nec prędia ſtipendiaria ſeu tributaria alienari poterant, & militibus aſſignata pro ſtipendio non tranſibant ad

C filios. l. 2. & 3. C de Fundis limitrofiſ. lib. 11. Dantur feuda, vt vaſalli dominum contra hoſtes iuuent. ca. primo, quibus modis feud. amitt. cap. 1. § vlt. hic finitur lex, &c. Sic & ſtipendia hæc militibus dabantur, ut Rempub. defenderent. l. Qui excubias. ff de re milit. Iurant feudatarij obſeruare contenta in c. 1. de noua forma fideli. arctiori iureiurando adſtringuntur milites, ut tradit Vegetius de re militari, lib. 5. c. 2. Hæc & alia nonnulla, in quibus feuda conueniant, & ſtipendiaria hæc prædia, recenſet accuratè Marinus Frecia in Commentarijs feudalibus. tit. de feudorum origine. num. 22. cum ſequentibus. Ab hac ſententia non procul abeſt Lelius Taurellius in libro de militijs, ex caſu dum feudorum originem refert ad agros imperij extremos, quos ſolebant militibus aſſignare Romani Principes, vt ait Lampridius in Alexandro; *Sola*, inquit, *quę de hoſtibus capta ſunt, limitaneis ducibus, et militibus donauit; ita ut eorū*

D *eſſent, ſi hęredes eorum militarent, nec vnquam ad priuatos pertinerent, dicens, attentius militaturos, ſi etiam ſua iura defenderent.*

Tertiam opinionē inuexerunt Haloander in proœmio Nouellarum, & Viglius in §. 1. in Inſtit. de militari teſtam. arbitrari feuda fuiſſe militias, quarum fit mentio in L. Omni modo §. Imputari. C. de inoff. teſtamen. & in l. ult. cum Auth. ibi poſita. C. de pignorib. & alibi. Cui ſententiæ adſtipulatur, quod ſcribit Marinus Frecia loco proximè citato nu. 40. militias perſonales fuiſſe, nec ad hæredes tranſiuiſſe, ad inſtar feudorum, & quia feudatarij plerumque fiut milites. c. 1. de capitulis Corradi, & alibi.

Quartæ opinionis autor eſt Connanus lib. 2. Commentariorum, c. 9. nu. 5. *Ego verò*, inquit, *feudorum morē a Gallis ueniſſe ad Germanos, Italos, Hiſpanos, & alios Europę populos arbitror, idq; ut exiſtimem, facit, quod de Gallis ſcribit Cęſar lib. 3. commentariorum. Dicit enim, qui opibus inter eos valerent, multos habuiſſe deuotos, quos ſecum in bellum ducerent, Soldarios ſua lingua nuncupa-*

A *tos, quorum hęc erat conditio, ut omnibus in vita commodis una cum ijs fruerentur, quorum ſe amicitię dediſſent, quod ſi quid ijs per vim accidiſſet, aut eundem caſum ferrent ipſi, aut mortem ſibi conſciſcerent. Quod in vaſallis noſtris eodem ſe modo habet, qui cùm dant fidem ſuo domino, & patrono iurant magno iureiurando ſe pro illius ſalute vitam poſituros*, &c.

Sed ut rectè monet F. H. diſputat. de feudis capit. 2. feudalitij clientes noſtri temporis, nec illud receptum eſt, ut patrono interfecto mortem ſibi conſciſcant: & Soldarij illi certos, & proprios agros non habebāt, qua tamen in re magnam feudorum partem conſtare, manifeſtum eſt.

Poſtremam ſententiam, feuda ex Longobardis originem duxiſſe, frequentioribus ſuffragijs Doctores ſecuti ſunt. Hanc poſt Balduinum, & alios ab eo citatos, ſecutus eſt Frecia loco annotato num. 15 & nu. 82. quibus accedant Franciſcus Duarenus in commentarijs in uſus feudor. c. 3. Eguinarius Baro ad Obertum Ortenſium,

B de Beneficijs tit. 1. & hæc mihi etiam probabilior uidetur. Primò, quia in Conſuetudinibus feudalibus ſæpe fit mentio legum Lōgobardorum, ut in c. 1. de feudi cogni. in c. 1. de cōtentio. inter do. & fid. de in ueſt. feudal. in c. 1. de notis feudor. & alibi. Secundò, quia in legibus ipſis Longobardis titulus extat de beneficijs & terris tributarijs. Nihil autem aliud feuda eſſe conſtat quàm beneficia. Tertiò, quod me maximè mouet, quia ipſum verbum *Feudum*, non a fidelitate ducitur, uel à fœdere, ut quidam putant, ſed eſt verbum Germanicum, ut mihi relatum eſt a doctiſſimis uiris, quod ſignificat alimentum, quemadmodum & *Leudes*, quorum meminit Gregorius Turonen. lib 9. ſunt populi Germanicè, hoc eſt, homines, quos uaſallos dicimus, unde & dominium, quod homagium frequentius dicitur. Conſtat autem Longobardos origine fuiſſe Germanos.

C Non obſtat huic ſententiæ, quod Cuiacius perpendit, Gerardum dixiſſe, ius feudorum antiquiſſimum eſſe; & ideò referendum, non eſſe ad Longobardos, cùm ipſe Gerardus Longobardus fuerit, quia Gerardus hoc dicit in §. Et quia, titu. de his qui feudum dare poſſunt: *Antiquiſſimo enim tempore*, inquit, *ſic erat in dominorum poteſtate connexum, vt quando vellent, poſſent auferre rem in feudum à ſe datam*, &c.

Hoc ius antiquiſſimum cur non referri poſſit ad initium, quo feuda a Longobardis conſtituta ſunt, nihil proponi uideo, licet ipſe Gerardus Longobardus fuerit, longiſſimo enim tempore Longobardos conſtat rerum potitos eſſe ac dominatos.

Quæ verò Zaſius, Cuiacius, & alij de clienteli Romanorum, de militijs, de prædijs ſtipendarijs, & alijs id genus adferunt, potius imaginem quandam, & ſimulacrum, ut loquitur Zaſius, feudorum continent, quàm

D ueram, & germanam feudorum conſtitutionem, quam nunc habemus, quanquam ut F. H. in diſputatione de feudis cap. 5. adnotauit, alio fine inſtitutæ fuerint Romanorum clientelæ quàm feuda. Illæ pacis alumnæ, hæc militiæ comites, niſi ad illud clientelarum genus referantur, quæ inter duces populi Romani, & ſubactos bello populos contrahebantur. Cùm enim illi ſe dederent Romanis, in eorum fidem, ditionem poteſtatemque ſe commendabant: Eaque de cauſa non modò Romæ, cùm vſus ferebat, defendebantur, verùm etiam agris ea lege donabantur, vt cùm tempus ferret, parati in armis eſſent. Vide Cæſarē de bello Ciuili li. 1. Hircium de bello Africo. Ciceronem lib. 1. Officior. Itaque in re valde dubia, ut plurium acquieſcerem ſententiæ, his, quas dixi, coniecturis accedentibus, faciendum eſſe iudicaui.

Ad alteram quæſtionem quod attinet, antiqui interpretes Bartolus & alij communiter dixerunt, feudum eſſe contractum, vt teſtatur Iulius Clarus §. Feudum, q. 6. quibus & Ludolph. Schrad, parte prima de

feu-

A feudis, & Franciſcus Duarenus c 2. adſtipulantur, eo proculdubio argumento adducti, quia viderunt inter dominum, & uaſallum mutuas eſſe pactiones, & obligationes, quibus propterea contractus vim ineſſe crediderunt, ac proinde inter contractus feudum retulerunt.

At contra F.H.lib.6.obſeruat.cap 7. Primò, quia contractus de re priuata & familiari, & quæ in comercio eſt, fiunt l.7. Si paciſcar ff de pact.l. Inter ſtipulantem. 83.§. Sacram.ff.de verb.oblig. Feudum autem clientela eſt potiſſimùm ad caput, uel ad ſalutem ſenioris, uel vtriuſque potius ſenioris, ſ.& vaſalli inſtituta, quæ conuentio in eorum negociorum numerum, quæ contractus appellantur non cadit.

Secundò. quia contractus lucri, & negociationis cauſa fiunt, l. Actionum 25.§.1.ff.de act. & oblig. à quo feudi natura, & ratio abhorret, quia ſeudum proprium nõ eſt, niſi beneficium ſit, & à liberalitate proficiſcatur, lib.1.feud.tit.27. Quod enim pecunia emitur, improprium eſt.lib.2.tit.24.

B Tertiò, quia contractus ab initio uoluntarij, poſtea uerò neceſſarij ſunt: neque ſine utrinſque uoluntate diſſolui poſſunt.l. Sicut. C.de act.& oblig. At feudum refutari a uaſallo, i. remitti, & reſtitui ſeniori, quoties ei commodum eſt, etiam inuito poteſt, lib.2.tit.38.

Iacobus Cuiacius lib.1. de feudis, in præfatione, non procul a fine, de hac re ſic ſtatuit: *Ne dixeris etiam feudum eſſe contractum Ius eſt potius quod per contractũ conſtituitur, dum ſ. dominus id per inueſtituram cedit, qua ceſſio datio eſt, ea lege, vt qui accipit, fidem, & ſeruitium danti ſemper exhibeat. Et contractum huiuſmodi ſequitur traditio, & eſt ex eo contractu actio de euictione in dominum Et aduerſus vaſallum condictio cauſa dati, ſi fidem fallat; vel etiam præſcriptis verbis, ſi nolit dominus feudum reuocare.*

C Ego uerò ſic dico. Cùm quæritur an feudum ſit contractus, tria eſſe conſideranda. Primùm rem ipſam, hoc eſt, beneficium, quod confertur in uaſallum: & hac ratione feudum contractus dici non poteſt, quia ſpeciem habet donationis, liberalitatis, gratiæ, beneficij. arg.l. Interdictum 14 ff de precario, ibi: *Magis enim ad donationem & beneficij cauſam, quàm ad negocij contracti ſpectat precarij conſtitutio.*

Secundò conſideranda eſt conuentio, & pactio, quæ inter dominum & uaſallum fieri ſolet; & hoc nomine, ſi contractus verbum propriè ſumatur, feudum contractus non eſt. Nam ut reſpondit Vlpian. in l. Labeo. 19. ff. de verb.& rerum ſig *Quædam aguntur, quædam geruntur, quędam cõtrahuntur. Actum generale verbũ eſt, ſiue re, ſiue verbis quid agatur, veluti in ſtipulatione, vel numeratione Contractum autem vltro citroq; obligationẽ eſſe, veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, ſocietatem.* Feudum igitur non eſt contractus propriè, quia pactiones, & conuentiones propriè cõtractus D non dicuntur, quod latè oſtendit Duarenus ad l.1.ff.de pactis, & lib.2. Anniuerſ. diſputat.c.8.

Tertiò conſiderandum puto, contractus verbũ latè ſumptum, omnem obligationem ſignificare, vt vbicunque aliquis obligetur, & cõtrahi videatur, quamuis non ex crediti cauſa debeatur. l. omnẽ. 20. ff. de iudicijs. Itaq; ſi contractus uerbum ita accipiatur, non dubito affirmare, feudum inter contractus annumerandum eſſe, quatenus obligationes reciprocas domini continet, & uaſalli.

Nec iſtam diſtinctionem offendunt argumẽta F. H. illa enim huc pertinent, ut probetur, feudum non eſſe contractum, quatenus feudum, hoc eſt, beneficium eſt.

Item propriè contractum non cenſeri, quod, & ipſe fatetur. Non tamen ſequitur, contractum ſaltem impropriè dici non poſſe. Speciem enim contractus referi pactio, ſtipulatio, obligatio uaſalli, ut ex dictis patet.

CAPVT II.

Liber feudorum an ſit authenticus.

Poſt controuerſiam de feudorum origine, ſequitur altera, an liber quo conſuetudines feudales continentur, & leges etiam Imperatorum nonnullæ de ipſis feudis, authenticus ſit: Et negant Hoſtienſis in ſumma, de immunitate Eccleſiarum §. In quantum. dum ait, iura feudorum quemquam non aſtringere, niſi ſit lex Imperialis, nec non Aegidius Bellamera in conſi. 48. quorum illud eſt fundamentum, quòd liber ille partim ſcriptus ſit a priuatis hominibus, qui legis condendæ poteſtatem non habent, partim particulares conſuetudines Mediolanenſium, & Italorum contineat: quamobrem alibi conſuetudines illas vim nullam obtinere exiſtimant.

Cæterùm librum feudorum authenticum eſſe, ſiue B pro authentico habendum, alij communiter docuerũt, Zaſius in Epitome de feudis, in principio. Iulius Clarus § Feudum. quæſt.3 ubi alios citat, Duarenus in conſuet. feudal. in primo capite, & alij paſſim, quibus & nos aſſentiri par eſt; quia morbus iam receptus eſt liber ille: & in foro, & in ſcholis allegatur; & quæ in eo continentur, ſeruati ſolent tanquam leges, quare nõ immerito authenticus dici poterit, vel certè pro authentico habendus erit, ea ratione, qua Iuriſconſultus uſus eſt in l. De quibus. ff de legibus. *Nam cùm ipſæ leges nulla alia ex cauſa nos teneãt, quàm quod iudicio populi receptæ ſunt, merito & ea quæ ſine vllo ſcripto populus probauit, ſe nebunt omnes Nam quid intereſt ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis & factis?* Quæ ratio multò magis locum habet in quæſtione iſta, cùm hæc conſuetudo ſit longiſſimi temporis, hominum memo-C riam excedentis.l. Hoc iure.§. Ductus aquæ. ff de aqua quot.& æſtiua. & ſciente Principe, & patiente ſeruata fuerit. Nam conſtat & in ſcholis, & in foro librum feudorum apud omnes receptum eſſe, uſq; ad hæc tempora. Eſt igitur conſuetudo hæc rationabilis, ac legitimè præſcripta, ac proinde ſeruanda. c. vlt. de conſuetud.

CAPVT III.

Sitne recipienda diuiſio feudorum in hæreditaria, & ex pacto, & prouidentia?

His tanquam prælndijs ſic præmiſſis, & iam nobis in aciem progredientibus, occurrit primùm inſignis controuerſia, de feudorum diuiſione in hæreditaria, & ex pacto, & prouidentia, ſitne recipienda, uel reijcienda Hæreditarium vocant feudum, cùm D alicui conceditur, & hæredibus ſuis: Ex pacto, & prouidentia, cùm alicui datur, & filijs ſuis, ſiue deſcendentibus Diuiſionẽ hanc primi omnium inuexerunt Pileus & Bulgarius antiqui Gloſſatores i Deinde eam probarunt Andreas Iſernia in cap.1.tit. an agnatus uel filius, num.2.& 5. & plurimi alij poſt eum, quos citat Pinellus ad l.1. C. de bonis maternis in 3.par.nu.84. & latius Hartmanus Piſtoris quæſtionum iuris lib.2.c 1.nu.1.

Cæterũ eandẽ diuiſionem non pauci uarijs modis reprehenderunt, aliquibus mẽbrum illud ex pacto, & prouidentia abijcientibus, omniaq; feuda hæreditaria eſſe exiſtimantibus, inter quos Syluanus in conſ. 30.nu.12 à quo non procul abeſt D. meus Cephalus conſi. 224. nu. 43 alijs contra, membrum alterum repudiãtibus, ex eo quod uerbum *hæres* in materia feudali intelligatur de filijs, & deſcendẽtibus maſculis, inter quos ipſe Piſtorius loco annotato nu. 99. & fuit olim opinio Baldi contra Iacobum Beluiſium in ca.1.de eo qui ſibi, & hæredibus ſuis maſculis, & Baldum ſecutus eſt Decius in conſil. 185. & multi alij a Piſtorio citati num.43. quibus adde

Andr.

A Andr. Geyl. lib. 2. obſeru. 154. nu. 22. Cæterũ ſententiam Iacobi Beluiſij multi alij ſecuti ſunt, Alex conſ. 19. nu 4. & nu. 13. lib. 5. alios plurimos Piſtorius citat, num. 44. qua de re in ſequenti capite particulatim diſſeremus.

Sed omiſſo Doctorũ catalogo, qui ex Piſtorio peti poteſt. (Actum enim agere nõ expedit) diligentius ipſe argumenta expendã, & ueritati inueſtigandæ pro viribus meis viam parare ſtudioſis conabor. Et ne diu ſuſpensũ lectoris animum teneam, exiſtimo, diuiſionem illam recipiendam non eſſe in illis terminis, quos propoſui, nempe vt hæ duæ ſpecies feudorum, tanquam diuerſæ ac differenter ſtatuantur in ſupra dicto exemplo, ut nimirum dicatur feudum hæreditarium illud, quod alicui cõceſſum eſt pro ſe & hæredibus, & ab ea ſpecie differat, qua feudum conceſſum eſt alicui pro ſe & liberis, ſiue deſcẽdentibus, quod doctores vocant ex pacto & prouidẽtia. Nec iam diſputo de nomine, ſed de re. Hoc enim volo, atque verum eſſe contendo, Conceſſionem factã pro hę- B redibus, eandem eſſe cũ conceſſione facta pro liberis, & deſcendentibus: quo poſito, diuiſio illa corruit; quia ſpecies illius, ſiue membra, non ſunt diuerſa, ſed eadem.

Hoc autem, quod dixi, verum eſſe, eo argumẽto perſpicuum eſt, quòd verbum, *Heredes*, in feudis ſignificat deſcendentes & liberos, qui ſuccedunt in feudis, & uocãtur hæredes ſanguinis à doctoribus noſtris. Vide tex. in c. 1. §. Et ſi clientulus, de aliena. feudi, in c. 1. tit. Apud quem vel quos controuerſ. feudi definia. in c. 1. de beneficio fratris, in c. 1. de eo qui ſibi uel hæredib. ſuis, in c 1. de duob. fratrib. à capi. inueſtien in c 1. §. Similiter, verſ. *profecto*, de lege Corradi. in cap. 1. § Hoc quoque, de ſucceſſ. feudi in c. 1 §. Præterea, quib. modis feud. amitt. in cap. 1. §. Et quia vidimus, de his qui feudũ dare poſſunt. Idem eſt, & aliquando extra feuda, ut in l Ex facto, §. vlt. ff. ad Trebell. & l. Si quis Titio, ff. de vſuſruct. accreſcen.

His textibus probatur, verbum, *hæres*, in feudis ſigni- C ficare filium maſculum, ſed nullum hac de re illuſtrius teſtimonium eſt, quàm tex. in cap 1. §. Et ſi clientulus, de alien. feudi, cuius verba ſic ſe habent: *Et ſi clientulus fecerit libellum, vel aliud de medietate feudi, ſine domini volũtate, eo mortuo ſine legitimo hęrede maſculo, quod uerbum ita intelligendũ eſt in feudo, id eſt, ſine filio maſculo, reuertitur feudum ad dominum*. Nec obſtat ſi dicatur hunc textum & alios ferè omnes, loqui, quando fit mẽtio hæredis maſculi; quia illud verbũ, *maſculis* tacitè intelligit. c. 1. § Similiter. verſ. Profecto. de leg. Corradi. ibi. *Suisq, hæredibus, quod intelligi debet de ſolis maſculis, &c.* Quàobrẽ eius expreſſio nihil operatur, l. 3 de legatis primo.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, illud verbũ, *Hæres* ita quidẽ accipi in iure feudali, ſicut probatur textibus citatis, ſed aliter accipiendũ eſſe, cùm profertur ab homine in conceſſione ipſa feudali, tunc enim videtur propriè accipiẽdum, vt ſignificet ſucceſſorem & hæredem, non autem filium ſiue hæredem ſanguinis.

D Non rectè, primò, quia tex. in d. c. 1. § Et ſi clientulus, de aliena. feudi, loquitur generaliter, & dum dicit illud verbũ ita intelligi in feudo, intelligitur generaliter etiã de ipſa feudali conceſſione, & eodem modo loquuntur multi alij textus, ſupra allegati. Deinde, quia ſi iure feudali hoc verbum, *hæres*, habet hanc ſignificationem, vt intelligatur de hærede ſanguinis, id eſt, filio maſculo, & ipſa feudalis conceſſio *pro hærede* ita erit accipienda, vt ſignificet hæredem ſanguinis, & filium maſculum; quia verba ſunt intelligenda ſecundum ſubiectam materiam l. Si vno. ff. locati l. Si inſulam. ff. de præſcript. verb. l. Si ſtipulatus. ff. de vſuris l Damni infecti. ff. de damno infecto, c. 1. § Filia verò, de ſucceſſ. feudi. cap. 1. §. Quin etiam Epiſcopum vel Abbatem, &c.

Argumenta in contrarium, pro diuiſione, hæc ſunt, Primum ſumitur ex l. Cum patronus §. Cùm libertus, iuncta l. Vt iuſiurandi §. Si liberi. ff. de operis libertor. Notant Doctores in his locis, differre ſtipulationẽ hãc, operas præſtari *liberis*, & pręſtari *hæredibus*, quia priore A caſu debentur liberis, licet non ſint hęredes patris; argumento, l. Quodcunque 45. § Si quis ita, ff. de verb. oblig. Poſteriorem non item, ſed neceſſe eſt, vt ſint hæredes, argum. d. § Cùm libertus.

Reſpondeo, non, ſi in alia materia differant hæ ſtipulationes *pro liberis, & pro hæredibus*, idcirco ſequitur, etiã in feudo differre. Hoc eſt enim quod notanter dicit tex. in d c. 1. §. Et ſi clientulus, de aliena. feudi, *quod verbum* (Hęres) *ita intelligendum eſt in feudo, id eſt, ſine filio maſculo*. Conſtat autem in feudis ius Cæſareum non ſeruari, quoties contrarium ipſo iure feudali conſtitutum eſt, vt in c. 1. de cognitione feudi. Cùm itaque iure feudali conſtitutum ſit, vt verbum, *hæredes*, ſignificet deſcendẽtem, ſiue filium maſculum, fruſtrà aliæ leges adferũtur, ad docendum differentiam inter liberos & hæredes.

Secundum argumentum eſt ex l. 5. ff de relig. & ſump. funer. cuius verba hæc ſunt: *Familiaria ſepulchra di-* B *cuntur, quæ quis ſibi familiaeq, ſuæ conſtituit, hæreditaria autem, quæ quis ſibi hæredibusq, ſuis conſtituit.* Idem probatur in l. ius ſepulchri. C. eodem tit.

Reſpondeo, nihil elegantius proferri poſſe ad confirmandam hanc diuiſionem, ac differentiam inter conceſſionem factam pro liberis, & conceſſionem factam pro hæredibus, in alia materia quàm feudali, ſed nihil valet hoc argumentum in materia feudali, quia repugnant iura feudalia, quæ cõceſſionem pro hæredibus factam interpretantur pro filijs maſculis: quibus feudalibus legibus in materia feudali acquieſcendum potius eſt, quàm legibus Romanorum, & Cęſaris, in alia materia à feudali diuerſa loquentibus.

Tertium argumentum eſt, quoniam in feudis maximè ſpectandus eſt tenor conceſſionis, & ille præferendus eſt regulis, & naturæ feudorum, c. 1 de duob. fratrib. à capitaneo inueſtien. c. 1. §. pen. quid ſit inueſtitu. Ergo licet verbum, *hęres*, ſecundum regulas feudales ſigni- C ficet filium, tamen in cõceſſione ac inueſtitura ipſa aliter accipiendum erit. quia *Hæres*, ſignificat omnem ſucceſſorem, & longè differt à *filio*, ſicut & diuerſitas nominis indicat. l. Si idem, C. de Codicillis.

Reſponſum eſt ſuperius, verbum, *hæres*, propriè ſumptum, & in alia materia quàm feudali non reſtringi ad filium, & à filio differre; ſed in materia feudali pro filio accipiendum eſſe: & ideo fruſtrà natura verbis & iuris communis regulæ adferuntur ea in re, in qua ſpecialem ex iuribus feudalibus interpretationem habemus longè diuerſam.

CAPVT IIII.

Quæ ſit interpretatio adhibenda in conceſſione feudi, alicui & hæredibus facta.

D LIcet ex his quę dicta ſunt in præcedenti capite, facilè intelligi poſſit, quæ ſit interpretatio adhibenda, cùm feudum conceditur alicui & hæredibus; iuuat tamen id ſigillatim in diſceptationem vocare, atque ex diuerſis doctorum ſententijs, quid ſtatuendum ſit, diligenter expendere.

Tres ſunt doctorũ interpretationes, ac ſententiæ de hac re. Prima, conceſſionem feudi, de qua loquimur, ita eſſe accipiẽdam, vt feudum dicatur res hęreditaria eſſe, & in eo hæreditario iure ſuccedatur. Secunda, vt ex hac cõceſſione, ad liberos tantũ ac deſcẽdentes feudũ pertineat, ita tamen, vt ſint hæredes, alio autem reſpectu non cenſeatur res hęreditaria. Si non fuerunt hęredes illius, cui facta eſt conceſſio, ad feudum uocatos non videri. Tertia, ſenſum huius feudalis conceſſionis eundem eſſe ac ſi liberis & deſcendentibus conceſſio facta eſſet.

Prioris ſententiæ authores ſunt Iacobus Beluiſius in cap. 1. an agnatus vel filius, & in cap 1. de eo qui ſibi & hæredibus maſculis, Andreas Iſernia in c. 1. an agnatus

vel filius,& in cap.1.§.Hoc quoque,de ſucceſſio. feudi. Afflict.in d c.1.an agnat. vel filius, & in d. §. Hoc quoque,num.71. Prępoſitus in c.Imperialem,col.7.de proh. feudi alien per Frideric.Alexander in l.quædam. §. Nihil intereſt,col.2.verſ.Conſidera tamen.ff. de Eden. & in conſi.13.nu.9.& in conſi.17 nu.10.& in conſi. 19. per totum ferè,& in conſi.28.nu.19.lib.5.Iaſ.ad l.2 nu.213. verſ.Et quamuis.Baldus.C.de iure emphyt.Curt.iunior de Feudis,in 4.parte,quæſt.pen.num.232 & in conſi.1.nu.13. Io.Campegius inter conſi.Bruni conſi.11.nu.8.9. Loffredus conſi.1.nu.30.46.52.59.& 131.Pariſius conſ.1.nu.5.6.7.8.lib.1.& conſi 16.nu 44 & conſi.23.nu. 192. eod lib.Riminald ſen.cōſi.305.nu.17.lib 2 Gratus cōſi. 4.nu.45.lib.1.Ioachimus Camerarius ad c Imperialē §. Præterea ducatus,de prohib.feudi alien per Frider.alios citat Piſtoris quæſtionum iuris lib.1.cap.1.nu.57.

Fundamentū huius ſententiæ eſt,in verbo illo,hęres, quod abſque dubio ſignificat ſucceſſorem in vniuersū ius defuncti.l.Hęres in omne ff.de acquir.hęred.l.Hęreditas,de reg iur.l.Nihil aliud ff.de verb ſig. Cùm igitur in feudis in primis obſeruādus ſit tenor conceſſionis & inueſtituræ,vt uocant,& quidem poſthabita natura ſucceſſionis,ex regulis feudorum,c.1.de feudo nō habente propriam naturam feudi,c.1.de duob fratrib à cap.inueſtien.ſequitur dicendum, in conceſſione feudi,alicui & hæredibus facta,interpretationem iſtam eſſe adhibendam, ut feudum efficiatur hæreditarium; & tanquā res hæreditaria conſiderari & iudicari debeat.

Secundæ autem interpretationis ac ſententiæ authores fuere Baldus in c.1.de eo qui ſibi & hæred.maſculis, & in c 1.an agnatus vel filius.Corneus conſi.309. col. 4. lib.1.Decius in conſi 180.nu.5 & 78.nu.5.& conſil. 208. Pariſius conſi.23 nu.175.& 187 lib.1.& conſi.65.nu.10. lib.3.Marianus Soc.conſ.80.nu.17.18.& conſ.112.nu.10. & 14.lib.2.& conſi.72.nu.31.lib.1.& conſ.42. nu.7.lib.3. Hippolytus Riminal.in cōſ.18.nu.60.li.1.vbi alios citat.

Fundamentū eſt,in verbo *Hæres*,& licet intelligatur de filijs maſculis,tamen pater cenſetur eis ſtipulatus, nō tanquam filijs,ſed tanquam hæredibus. tum quia regulariter ſtipulatur vnuſquiſque ſibi,ſuisq; hæredibus l. Si pactum.ff.de probation.l.Veteris.C.de contrah.& committen.ſtipul tum quia id importat ipſum verbū, *Hęres*, vt ſcilicet filius quidem intelligatur,ſed hæres tamē eſſe debeat,alioquin ſi nō deberet hęres eſſe, repudiare poſſet patris hæreditatem, feudo retento, quod eſt contra textum in c 1. An agnatus uel filius. Similiter & emphyteuſis tranſit ad filios hæredes tamen patris, §. Emphyteuſim,in Auth.De non alienan.reb.eccleſ.

Tertiæ opinionis authores ſunt Paulus Caſtr. in l. Ex facto.§.vlt.circa finē ff.ad Treb.Iaſ.in l. Si non ſortē, §. Libertus,circa finē,ff.de cōd.indeb. Boſſius tit.de Princip.nu.306 Hippolytus Riminald.conſ 18.num.58.lib 1. Decius conſi.78.& conſi.395.Soc.iun.in conſi.42.n. 4. lib.3.Andreas Geyll,lib.2.obſeru 154.nu.21.

Fundamentum eſt illud, quod in præcedenti capite diximus, nempe verbum, *Hęres*, in feudis ſignificare filium & deſcendentem,atque adeò hæredem ſanguinis. c.1.§ Et ſi clientulus,de alien.feudi,cum alijs ſuprà in capite pręcedenti allegatis. Ergo interpretatio hęc idonea erit,& alijs pręferenda,quæ ſumitur ex iuribus feudalibus, vt nimirum conceſſio hæredibus facta patre ſtipulante,pro filijs accipienda ſit.

Ego hanc poſtremam ſententiam amplector,& veriſſimam eſſe non dubito, quia nititur firmiſſimo fundamento,cui ſanè reſponſum adferri nullum poteſt Nam, ſi quis dixerit,textus feudales loqui,quando feudum datur alicui,& filijs maſculis. Hæc certè non eſt idonea reſponſio, quoniam etiamſi dictum ſit de hæredibus ſimpliciter,tamē intelligitur de maſculis,cap.1. §. Similiter, verſ.Profectò,de lege Corradi.Vnde ita argumētari poſſumus. Conceſſio feudi hęredibus facta,intelligitur de hæredibus maſculis Sed hæredes maſculi intelliguntur

A filij,ut probant textus feudales,Ergo Cōceſſio feudi hæredibus facta, intelligitur de filijs maſculis. Hoc fundamentum mihi firmiſſimum videtur. Contrà,prioris ſententiæ fundamentum prorſus infirmum, quia ut maximè verum ſit, verbum, *Hęres*, id propriè ſignificare, tamen debet intelligi ſecundùm materiam ſubiectā: Materia autem ſubiecta feudi hoc vult, vt de filio intelligatur.Sicut in præcedenti capite latiùs deduxi.

Fundamentum porrò ſecundæ opinionis eadem ratione corruit:Et licet ſtipulatio ad hęredes referēda ſit, tamen in hac ſpecie noſtra cautum eſt, qui veniant ſub nomine & appellatione hæredum,nimirum filij maſculi: Ideo res eſt perſpicua,neq; opus eſt cōiecturis. Quod verò infertur,ſi nō requireretur,ut filij hęredes exiſtāt, eos feudum repudiare poſſe retēta patris hęreditate, nō rectè infertur; quia dum ſic interpretamur feudi conceſſionem hæredibus factam, vt de filijs maſculis intelligatur,hoc volumus,ut feudum obtinere poſſint,licet hęre- B des patris non ſint,quia ſcilicet eſſe nō poſſint hæredes, vel quia ipſi capaces non ſint hæreditatis, vel quia nihil ſit in hęreditate,puta ſi parens nil reliquerit aliud pręter feudum, vel ſi eius bona confiſcata ſint, aut ſimiles ob cauſas. Vtrum autem, ſi hæredes eſſe poſſint,liceat eis hæreditatem patris repudiare,& feudū retinere,eſt alia longè diuerſa quæſtio, quæ proponi poteſt,etiam in alijs terminis, nempe; etiamſi feudum ſit conceſſum alicui & liberis,vel ſimpliciter conceſſum ſit,quam in ſequenti capite latiùs examinabimus.

CAPVT V.

Quomodo accipiendum,quod dicitur in c.1. An Agnatus vel filius, filium non poſſe patris hæreditatem repudiare,& feudum retinere.

C

EXtat feudalis conſtitutio in hæc verba: *Si contigerit vaſallum ſine omni prole decedere, agnatus, ad quem vniuerſa hæreditas pertinet, repudiata hęreditate feudum, ſi paternum fuerit, retinere poterit, nec de debita hæreditario aliquid feudi nomine ſoluere cogitur, ſed in fructibus ſi quos reliquit, vt de eis debitum ſoluatur, quo tempore deceſſerit, ſecundum quod ſuprà diximus cōſiderabitur. Vbi verò filium reliquit, ipſe non poteſt hęreditatem ſine beneficio repudiare; ſed aut vtrumque retineat, aut vtrūque repudiet,&c.*

Inſignis controuerſia eſt,quomodo hæc regula ſit accipienda.Quatuor enim exiſtunt Doctorum ſententiæ. Vna,accipiendam eſſe de feudo,quod vocatur hæreditarium,cùm ſcilicet conceſſum eſt alicui & hæredib. eius. Altera,accipiendam eſſe de feudo,quod vocant Doctores ex pacto & prouidentia,veluti cùm alicui feudū datur,& liberis eius ſiue deſcendentibus. Tertia intelligēdam eſſe,cùm quis feudum ſimpliciter accipit,nulla fa- D cta filiorum, vel hæredum mentione. Quarta,accipiendam eſſe tam de feudo pro hæredibus conceſſo, quàm pro filijs,ſiue deſcendentibus.

Prioris ſententiæ Authores ſunt, Baldus, Martinus Laudenſis,& Aluarotus in commentarijs eiuſdem loci, Iacopinus à S.Georgio in Inueſtitura feudali. in verbo, *Et ipſi inueſtiet*.nu.2.Zaſius i Epitome feudor. par.8. tit. de ſucceſſ.feudor.4. conclu. Salic.in l.2.C. de liberis & eorum liberis. Imola in c.Ex par.col.7.verſ.2.caſu,de feudis. Paulus Caſtrenſis in l.pro hærede. §. Si quis tamen. ff.de acquir.hæred. Iaſon in l. Quod dicitur,nu.34 ff de verb oblig. Pinellus ad l.1.par.3.num 85.C.de bon. mater.Clarus in §. Feudum,quæſt.76.Corneus conſil.309. lib 1.Curtius ſen.conſi 82.col.3.Albertus Brunus conſ. 80.nu 15.Decius cōſi.455.nu.51. Ruinus conſil.17. nu.4. lib.2.Pariſius conſi.5.nu.3.lib. 2. Alciatus conſ.189.nu.1. Marianus Socinus iunior conſi.72.nu. 29. lib. 2. Rolandus à Valle conſ.28.lib.4.cōſ.79.nu.39.lib.4.& 67.nu.23. lib.2.

A lib. 2. alios citat Cacheranus decif. 162. Mynſingerus Cent. 3. obſeru 67. Andreas Geyll. lib. 2. obſeru. 154

Fundamentum eſt, quia feudum hæreditarium, népe alicui, & hæredibus eius datum, uidetur ſortiri naturam hæreditatis: ſicut ergo nemo poteſt partē hęreditatis adire, & partē repudiare, l. 1. & 2. ff. de acq hær. ita nō poteſt hęreditatē repudiare, & feudū retinere, quaſi feudum ſit pars hæreditatis. Et quãuis cō ſta locū habeat tam in filio, quàm etiã in agnato, tamen in agnato aliter eſt cōſtitutum; quia cùm agitur de feudo paterno, agnatus hęres extitit ſaltem primi acquirētis, & hoc ſufficere videtur.

Secūdæ opinionis Authores ſunt perſpicuè Andreas de Iſernia in commentarijs eiuſdem loci, Afflict. ibid. nu. 1. Couar. lib. 2. variar reſol. c. 18. nu. 4. verſ. Secūdum in hac quęſtione Aretinus in l. Pro hęrede § Quęſitū. ff. de acq. hæred. & in cōſ. 14. in ſecundo dubio. Alex. conſ. 59. lib. 5. Loffredus cōſi. 1. nu. 52. Antonins ab Alexādro inter conſilia Loffredi conſ 52. nu. 53. Albertus Brunus conſi 24 Ant. Rubeus conſi. 18. num. 3. Curt. iun. conſil. B 138 nu. 18. & conſ. 155. multos alios allegat Hartmanus Piſtoris, & ipſe eandem hanc ſentētiam ſecutus quæſtionum iuris, lib. 1. c. 2. nu. 6. cum pluribus ſequentibus.

Fundamentū eſt, quia in feudo hęreditario res eſt perſpicua, filiū nō poſſe retinere feudū, & patris hæreditatē repudiare; q̃a feudū eſt tūc hǣditatis pars. At in feudo ex pacto, & prouidētia opus fuit cōſtitutione illa, ne filij paterna hǣditate irreuerēter repudiata, feuda cōſequerent.

Tertiæ opinionis Authores ſunt multi, quos refert, & ſequitur Cacheranus d. deciſ. 162. nu. 9. Et fundamētum eſt illud, quia textus ſimpliciter loquitur de feudo, nullā faciens mentionem conceſſionis, vel pro hæredibus, vel pro liberis factæ; ergo videtur eſſe intelligendus eodem modo, id eſt, generaliter & indiſtinctè.

Quartæ opinionis Authores ſunt, Siluanus conſil. 30. Dom. meus Cephalus conſi. 224. Sonsbechius tract. feu C dorum, par. 9. num. 160. Fundamentum eſt, quia tex. generaliter, & indiſtinctè loquitur: & ideo uidetur accipiendus de omni feudo, ſiue pro hæredibus, ſiue pro liberis dato, & conceſſo.

Ego ſanè in hanc poſtremam ſententiam ſum procliuior, tertiam tamen etiam approbando: atque ita ſtatuo, vt ſiue feudum fuerit ſimpliciter conceſſum, ſiue pro liberis, ſiue pro hæredibus, locū habeat illa conſtitutio; & moueor eo argumēto, quia uerba textus nō diſtinguunt, ſed ſimpliciter, & generaliter loquūtur, & nulla eſt ratio quæ nos cogat reſtringere textum ad feudum cōceſſum pro hęredibus, uel conceſſum pro liberis, uel ſimpliciter conceſſum, nulla liberorum, uel hæredum facta mentione, quod ita perſpicuè demonſtro, & planū facio. Feudū ſimpliciter cōceſſum, procul dubio ad liberos tranſit maſculos cap. 1. de ſucceſſ feudi. c. 1. §. 1. de his qui feud. dare poſſ. Feudum conceſſum pro hęredibus ſimiliter ad liberos trāſit, quia verbum, *Hęres*, intelligitur de filio maſcu D lo, vt in cap. 1. §. Et ſi cliētulus, de alienan. feudi, & ſuprà dictum eſt latiùs in c. 3. Feudum conceſſum pro liberis, ſimiliter ad liberos trāſit. Ergo quantum ad hoc, ut liberi maſculi ſuccedant in feudo, nullum eſt diſcrimē, ſiue concedatur ſimpliciter, ſiue pro liberis, ſiue pro hæredibus: quia ſemper liberi ſuccedunt, & ad liberos trāſit, & pro liberis quoq; videtur cōceſſum. Hoc cùm ita ſit, nulla ratio ſuppetit, cur textū, quem in manibus habemus, ad vnā ex dictis conceſſionibus reſtringamus: quia una conceſſio trahit ad ſe alteram: Et non poteſt in vno caſu locum habere, quin & in altero locum habeat, ut patet.

Cur autē filio non liceat hoc modo paternum feudū retinere, & hæreditatem repudiare, agnatis verò liceat, non facilè cauſſa inueniri poteſt. Duarenus in Conſuet. Feud. c. 11. nu. 9. cauſſam adſcribit pietati, quam filius parenti debet; quaſi inhumanum, & iniuriæ plenum ſit, repudiare eius hæreditatem: Alij alias adferunt cauſſas. Mihi probatur, quòd Iacob. Cuiacius ſcribit eo in loco: *Agnatus in feudo tantùm genearchico ſuccedit, nō in feudo nouo: & ideo non tam videtur id à defuncto accipere, quàm à communi parente, puta auo, vel proauo, qui id primus adquiſiuit, vt ſi feudū adquiſierit auus meus, et ab eo in patrē meū trāſierit, à patre autē obuenerit mihi; me mortuo ſine liberis, in id ſuccedet patruus meus, quaſi in feudum patris ſui, non quaſi in feudum meū: et ideo repudiata hæreditate mea poterit feudū, quaſi patris ſui feudum retinere, & debitis oneribuſue hæreditatis mea non obligabitur. Quin et ipſe teſtamento non potero, in fraudem patrui mei illud feudū in alium conferre. Filius autem ſuccedit patri, non tantùm in Genearchico feudo, ſed etiam in nouo, & genearchicum, puta quod deſcendit ab auo, etiam capere videtur à patre ſuo, non ab auo, cùm in eius ſucceſſione patruo ſuo præferatur, qui tamen erat proximior auo. Quæ de cauſa nō aliter admittitur in feudum auitum, quàm quaſi hæres patris, et ideo ſeparare bona non poteſt. Hæreditas enim ſcindi nō poteſt. Repudiata igitur hæreditate, non poterit feudum retinere; niſi conſentientibus agnatis, &c.* Hactenus Cuiac.

CAPVT VI.

Feudum conceſſum pro hæredibus quibuſcunque, an extendatur ad extraneos hæredes, & fœminas.

FEudum pro hæredibus quibuſcunq; conceſſum, reſtringendum eſſe ad liberos maſculos, & deſcendentes legitimos, non autem ad extraneos extendi poſſe, docuerunt Bald. in cap. 1. §. Donare, qualiter olim feud. poterat aliena. & ibidem Martinus Laudenſis, & Præpoſitus Iacopinus à S. Georgio in inueſtitura feudali. in uerbo *Quibuſcunque*. Zaſius in Epitome feud. par. 8. nu. 62. Aret. & Socin. in l. Gallus §. Etiamſi parente. ff. de lib. & poſthum. Alex. in conſ. 30. nu. 2. lib. 1. Decius in conſ. 171. nu. 5. 6. & 193. nu. 5. & 208. nu. 2. Corneus conſil. 199. col. vlt. lib. 2. Rubeus conſi. 110. nu. 9. Barbatia conſil. 63. num. 2. lib. 1. Gozadinus conſil. 26 nu. 33.

Fundamentum eſt, quia uerba quātumuis generalia, debent intelligi ſecundum materiam ſubiectam, & ad habiles reſtringi, argum. l. 2. §. Prætor ait. 2. in uerſ. qualiſcunque, iuncta Gloſ. in uer. facultatem. ff. qui ſatiſd. cogan. l. Tutor. §. Prodigus. ff. de iurein. in c. 1. §. vlt. de iureiu. in 6. l. Etſi inſtrumenta, in verb. *Quibuſcunque*, & ibi Gloſ. parua, quæ dicit, *ſcilicet idoneis*, C de fide inſtrum. l. vt gradatim. § 1. ff. de munerib. & hon.

Sed contrarium docuerunt Baldus, ſibi non conſtans in l. 1. q. 34. ff. de rer. diui. Alex in l. Si patroni, col. pen. ff. ad Treb. & in l. Gallus. §. Etiam ſi parente. ff de lib. & poſth. & in conſ. 7. nu. 6 lib. 7. Iaſ. in pręludijs feudorum, nu. 49. & in l. 1. §. Nunciato, nu. 6. ff. de ope. no. nunciat. Clarus §. Feudū q. 9. ver. Hoc pręmiſſo dic. Andr. Geyl. lib. 2. obſeru. 154. nu. 9. alios citat Piſtorius quæſtionum iuris lib. 2. cap. 1. nu. 39.

Fundamētum eſt in ipſa verborum generalitate, quæ abſque omni dubitatione vi ſua, & propria natura, & ſignificatione omnes hæredes comprehēdit. Nec obſtat, quod reſponderi ſolet, reſtringēdam eſſe generalitatem ad ſubiectam materiam, & uerba generalia reſtringenda eſſe ad habiles, & idoneos, atque ideò ciuiliter accipienda: quia id habere locum poteſt, quoties generalia verba à lege proferuntur: tunc enim, ne leges legibus aduerſentur, fit illa interpretatio: ſecus autem, quoties ab homine proferuntur; quia nihil impedit quo minus generaliter accipiantur.

Ego poſteriorem hanc ſententiā amplector. Eſt enim magis communis, & magis conformis verbis contrahētium; Et animaduertendum eſſe puto, id quod dicitur, generalia verba reſtringēda eſſe ad habiles & idoneos, ad rem propoſitā non pertinere; quia fœminæ & hæredes extranei, ſunt quidem regulariter incapaces feudo-

 rum,

rum, quia feuda ad maſculos, & legitimos hæredes tranſeunt; ſed non tamen prohibentur capere feuda, quoties eis ex tenore inueſtituræ, & conceſſionis deferuntur, ut patet ex tit. de feudo non habente propriam naturã feudi, & alijs locis. Igitur iam ſola incidit dubitatio, an concedens feudum pro hæredibus quibuſcunque, uoluerit etiam ad fœminas, & ad extraneos feudum ipſum tranſire. Et in hac quæſtione voluntatis, nulla maior eſt coniectura, quàm quæ ex uerbis deducitur. Siquidem uerba indicant animum loquentis. l. Labeo. ff. de ſuppellecti. legata, *& ſunt eorum, quæ ſunt in anima affectuum notæ*, ut dicebat Ariſt. lib. 1. Periermenias, c. 1. Hæc aũt verba ſecundũ propriã ſignificationem omnem denotãt hæredem, tam maſculum, quàm fęminam, tam legitimum, q̄ extraneum. Ergo non aliter a verbis erit recedendum, q̃ ſi de contraria uoluntate cõſtiterit. l. Nõ aliter. de leg. 3.

CAPVT VII.

Quomodo accipienda ſit feudalis conceſſio, pro hæredibus maſculis facta.

Controuertitur præterea, cuiuſmodi ſit interpretatio adhibenda, ubi conceſſio & inueſtitura feudalis cõcepta eſt pro hæredibus maſculis: in qua quidem controuerſia quid ſtatuendum ſit, facilè ex ijs, quæ dicta ſunt in c. 3. & 4. cognoſci poteſt. Iuuat tamen, quia ſeparatim id diſputari ſolet, eidem caput tribuere ſeparatum. Tres ſunt Doctorum ſententiæ. Vna, feudũ ita conceſſum, hæreditarium eſſe. Altera, ex pacto & prouidentia eſſe, hoc eſt, videri liberis conceſſum. Tertia, eſſe mixtum, hoc eſt, partim hæreditarium, partim ex pacto, & prouidentia, & conſequenter duo hęc requirere, vt. ſ. quis filius ſit, & ſimul etiam hæres.

Prioris ſententiæ Authores ſunt, Andr. Iſern. in c. 1. §. Etſi libellus. verſ. Et quid ſi acquiſiuit, de alien. feud. pater. Sigiſmundus Loffredus latè in conſ. 1. nu. 26. cũ multis ſequent. Alciatus in conſil. 180. 183. 160. & 178. nu. 3. C Couuar. lib. 2. c. 18. Zaſius par. 8. n. 6. in Epitome feudor. Burſatus alios citãs in conſ. 49. nu. 41. 89. nu. 33. & 38. & conſ. 148. nu. 10. 11. & conſ 151. nu. 44. ſubdens bis ſecundum hanc ſententiam fuiſſe iudicatum, ſic & conſilium Neapolitanum ſæpe iudicaſſe Vrſillus teſtatur ad Afflictũ, deciſ. 140. 112. 248. Hartmanus Piſtoris multos alios Doctores adducens, quæſtionum iuris, lib. 2. c. 3. nu. 17.

Fundamentũ eſt in verbo *Hæres*, quod ſignificat omnem ſucceſſorem. l. Hæredis appellatione. ff. de verbor. ſignific. & l. ſciendum, ff. eod. Ergo hæredes, & ſucceſſores cenſentur uocari; & conſequenter feudum eſt hæreditarium, atq; huc pertinent generalia quædam pronunciata: *Cùm in verbis nulla eſt ambiguitas, non eſt facienda voluntatis quæſtio, &c. Verba ſunt propriè, & in potẽtiori ſignificatione intelligẽda, &c. Vnumquodq; verbum ita accipiendum, ne fruſtrà videatur adiectum, &c.* Et id genus alia multa, quæ notiſſima ſunt.

D Quod ſi quis obijciat, verbum *Hæres*, in feudo accipi pro filio maſculo, cap. 1. §. Etſi clientulus. de alien. feudi, & in alijs locis, reſpondent duobus modis. Primò, id locum habere, quando verbum illud *Hæres* ponitur in cõditione, ſicut loquitur tex. in d. §. Etſi clientulus. Nã cùm hæc conditio ponitur, vt ſi vaſallus ſine hærede maſculo deceſſerit, feudum reuertatur ad dominum, illa uerba, *ſine hærede*, meritò de filio intelliguntur, quia, ſi de omni hærede accipiantur, conditio illa nunquam exiſteret. Nunquam enim aliquis decedit ſine aliquo hærede, quia fiſcus hæres eſt, nullo alio exiſtente.

Secundò reſpondent, dato quod verbũ *hęres*, in feudo ſic eſſet accipiendum, nimirum de filio, hoc tamen etiam requiretur, ut filius ſit hæres, ne fruſtrà illud uerbum *Hæres*, adiectum videatur. Hoc enim vult tex. in d. §. Etſi clientulus, uerbum *Hæres*, in feudo ſignificare filium maſculum, ad differẽtiam fœminę, non tamen ne-

A gat hęredem filium eſſe oportere. Et ideo conſtituendũ eſt diſcrimen, vtrum quis feudum acquirat *filijs* vel *hæredibus*, nam priore caſu illud acquirit filijs, vt filijs, poſteriore autem, vt hæredibus.

Secundæ autem ſententiæ Authores ſunt primus omnium Raynerius ciuis meus, in diſputatione, incipiente, quidam habebat duos, prout eum refert Baldus in l. Caius. ff. ſol. matr. Franciſcus Cremenſis ſing. 15. Alex. ad l. Gallus. §. Etiamſi parente, col. 2. ff. de lib. & poſth. & in conſi. 105. nu. 7. & 124. lib. 4. Iaſon in d. §. Etiamſi parente, nu. 22. & in conſ. 7. lib. 3. Decius in conſi. 185. num. 3. 395. & 445. n. 8. 9. Afflictus in c. v. nu. 11. an agnatus, vel filius. Socin. iun cõſ. 72. nu. 25. lib. 1. & 112. nu. 7. 8 lib. 2. Natta conſ. 127. Rubeus conſ. 85. Gozadin. conſ. 26. Crauetta conſ. 197. Bellonus conſ. 33. nu. 2. Roland. a Valle conſ. 67. num. 22. lib. 1. Berous conſ. 68 69. lib. 1 Pinellus ad l. 1. in 3. par nu. 88. & nu. 94 C de bonis mater. Myſingerus Cent. . obſeruat. 2. ubi dicit: *Iudicium Imperialis Cameræ hanc ſententiam ſolitum amplecti.*

B Fundamentum eſt in cap. 1 §. Etſi clientulus. de alien. feudi, & in alijs locis, quibus probatur uerbũ *Hæres maſculus*, in feudo accipi pro filio, ea loca recẽſui ſuprà, c. 3. Ergo verba cõceſſionis, & inueſtituræ *pro hæredibus maſculis*, ad eundem hunc ſenſum referenda ſunt, quandoquidem eſt ſenſus legitimus, & iure feudali receptus.

Tertię opinionis Authores ſunt multi, quos refert & ſequitur Iulius Clarus. §. Feudum. q. 9. verſ. quãdoque & tertio. Fundamentum uerò eſt præclarum, quia illa uerba, *pro hæredibus maſculis*, duo ſignificare uidẽtur, nimirum *filios*, & ſimul etiam hęredes. Quatenus filios ſignificant, videtur feudum ex pacto, & prouidentia, quatenus hæredes ſignificant, videtur hæreditarium eſſe.

Mihi diligenter hanc rem contemplanti, hoc vſ iuri & rationi conſentaneum, vt ſiquidem ſit quæſtio, an feudum, quo de agitur, ſit ex pacto, & prouidentia, quantũ ad hunc effectum, ut ad illud admitti filius poſſit, etiam hæreditate patris repudiata, nullo modo id concedendũ C ſit; quia filius nõ poteſt repudiare patris hęreditatem, & feudum retinere, ut in c. 1. an agnatus uel filius. de quo ſuprà, cap. 5. diſputatum eſt. Et ſcio multos ex his, qui uoluerunt feudum, de quo agitur, ex pacto, & prouidentia eſſe, in cõſequentiam quoque uoluiſſe, filium repudiare hoc in caſu patris hæreditatem poſſe, & feudum retinere; non rectè mea quidem ſententia, ut dixi in d cap. 5.

Cæterũ, ſi controuerſia ſit, an iſtud feudum ſit ex pacto & prouidẽtia, extra dictum effectum, atque in hunc ſenſum, ut quæ ſit natura eius intelligatur, exiſtimo ſententiam Raynerij ciuis mei, veriorem ac probabiliorem eſſe, eo argumento, quod iam ſępius inculcaui, quod uerbum *hæres maſculus*, in feudo accipitur pro filio maſculo, ut in d. c. 1. §. Etſi clientulus. de alien. feudi.

Non obſtant reſponſiones allatæ. Nam quod primo loco dicitur, id non eſſe ex natura feudi, ſed propter conditionem, ſub qua illa uerba ponuntur, id inquam, nullo modo placere poteſt: quia uerba textus repugnant. Ait D enim textus: *quod verbum ita intelligendum eſt in feudo, id eſt, ſine filio maſculo*. Ex quo patet id ex feudi natura, non autem ex vi conditionis adiectæ procedere. Alioqui dicere textus debuiſſet, quod uerbum in conditione poſitum, maſculum filium ſignificat.

Quod uerò ſecundo loco dicebatur, verbum *Hæres*, intelligi quidem de filio, ſed tamen ſub iſta qualitate, q̃d ſit hęres, non videtur mihi ſatis firmum; quia hoc textus vult, verbum *Hæres*, in feudo filium ſignificare; quod autem filius hęres eſſe debeat, non dicit. Nec noſtrum eſt conijcere, quod textus id tacitè ſupponat, quia nulla ad id dicendum neceſſitas nos cogit. Trãſit enim feudum ad filios, & ij legitimi dicuntur ſucceſſores, quæ cauſſa eſt, cur verbum hęres de filio ſit accipiendum: quia videlicet filius in feudo ſuccedit, atq; adeo hęres dici poteſt, Et quia plerunque filij hæredes eſſe parẽtum ſolent. Q̃d ſi verbum illud hęres denotaret filiũ hæredem, ita ut non

poſſet

poſſet in feudo ſuccedere, niſi hæres eſſet patris defuncti, ſcilicet quoad reliquam hæreditatem, potuiſſet id facilè author in textibus feudorum exprimere ac declarare. Quod tamen nullibi expreſſum eſt. Maneat igitur hæc ſententia, vt mihi videtur, iuri magis conſentanea & rationi. A

CAPVT VIII.

Poſſitne pater alienare feudum nouum in præiudicium liberorum.

VTrum pater feudum uni ex liberis prælegare poſſit, (quæ grauis eſt controuerſia) explicaui lib. 6. cap. 62. in 2. par. Controuerſiarum iuris, omiſique Menochium in conſil. 162. lib. 2. & Piſtorium lib. 2. quæſt. iuris, cap. 4. Nunc diligenter tractanda alia controuerſia eſt, non procul tamen ab ea diſtans, vtrum pater, cum conſenſu domini, inter viuos alienare poſſit feudum nouũ in præiudicium liberorum ſuorum, ad quos poſt eius mortem peruenire debet: Affirmant Andreas B Iſernia in cap. 1. §. Etſi libellus, de alien. feudi pater nu. 9 & 10 Afflictus in c. imperialem, in princ. nu. 75. de prohib. feudi alienation. per Fridericum deciſ. 112 num. 6. & deciſ. 138. nu. 5 & deciſ. 248 nu 1. Loffredus conſi. 1. nu. 163. & in conſil. 8. nu 23. & in conſi. 52. nu. 1. Zaſius in Epitome par. 9. num. 30. Clarus §. Feudum, quæſt 41. uerſic Et hæc quidem, circa finem. Pinellus ad l. 1. in 3. par. nu. 98. C. de bonis mater. Alciatus in conſ. 160. num. 25. Dominus meus Cephalus in conſil 12. num. 16. & 486. nu. 35. & 608. nu. 33. lib. 4. Natta conſil. 475 lib. 2. & 501. lib. 3. & 644. nu. 4. lib. 4. Piſtorius multos alios adducens lib. 2. quæſtionum iuris, cap 4. nu. 23.

Argumenta ſunt iſta. Primum, quia nihil eſt tam conueniens naturali æquitati, quàm voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferri, ratam haberi, vt aie. Iuriſconſ. in l. Qua ratione. §. Hæ quoque. ff de acqu. rer. dom. neque interdicenda eſt ingenuis hominibus libera rerum ſuarum adminiſtratio. l. 2. ff. Si a parente quis C fuerit manu. Ergo pater feudum acquiſitum, tanquam ſuũ effectũ, alienare accedente domini cõſenſu poterit.

Secundũ, quia iura feudalia ſtatuentia feudi alienationem ſucceſſoribus non præiudicare, loquuntur de feudo paterno, ſiue antiquo, vt in cap. 1. de alien. feudi pater. & alibi, ex quo Iudicari videtur, in feudo nouo aliter eſſe reſpondendum, ſcilicet alienationem permiſſam videri.

Tertium argumentum. Omnes res per eas cauſas reſoluuntur per quas naſcuntur. §. vlt. in Inſtit. quib. mod. toll. oblig. l. Nihil tam naturale. de reg. iur. Ergo is qui feudum acquiſiuit, cum conſenſu domini ſui, a quo feudũ habuit, poteſt feudum ipſum alienare, & de eo diſponere pro ſuo arbitrio & voluntate, quia feudum ex ipſo productum fuit & requiſitum.

Quartum argumentum. Feudum datum alicui & filijs, intelligitur datum & conceſſum ordine ſucceſſiuo, vt ſcilicet primo pater illud cõſequatur, & poſt mortem patris liberi: Et conſequenter pater ſic feudum acqui- D rens, videtur quodammodo illud filijs, mortis cauſa donare. Donatio autem mortis cauſa reuocari poteſt ex pœnitentia donatoris. Igitur pater alienando ipſum feudũ, & illud in alios transferendo, videtur donationem cauſa mortis reuocare, atque adeò prioris voluntatis pœnitere, quod ei licet.

Quintum. Ius in ſpe quæſitum alteri facto & opera alterius auferri poteſt ex facto eiuſdem, qui fuit cauſa, vt acquireretur, argum. l. 3. ff. de ſeruis expor. & l. 1. C. ſi mancipium ita fuerit alien. Ergo pater qui fuit cauſa, vt filijs feudum in ſpe acquiratur, poſt mortem eius, poterit viuens illud filijs ius auferre, & alienare feudum in eorum præiudicium.

Sextum argumentũ ſumitur ex eo, qđ de operis liberorũ cõſtitutũ eſt; vt pater qui operas ſibi & filijs ſtipulatur, poſſit eas vni ex filijs aſſignare. l. 1. ff. de aſſig. liberto.

A Septimum ex eo ſumitur, quòd cùm pater ſibi ac liberis ſuis feudum ſtipulatur, videtur filijs donare: & hæc donatio profectitia reuocari poteſt à patre, tam expreſſè quàm tacitè. l. 2 C. de Inoffic. dona l. Filiæ. C fam. herciſc. Videtur autem tacitè reuocare alienando feudum, ut patet.

Octauum argumentum eſt, quia pater delinquendo, filijs ſuis in feudo præiudicat, cap. Si naſallus, ſi de feudo fuerit controuerſ c. 1. Si naſallus feudo priuetur. Ergo etiam contrahendo, & alienando præiudicare poterit, argumento ſumpto ex delictis ad Contractus, de quo per Euerardum in locis legalibus.

Nonum eſt, quia feudum videtur potius principaliter conceſſum patris contemplatione, quàm filiorum, ergo ille tanquam principalis dominus poterit illud alienare in præiudicium filiorum.

Decimum ſumi poteſt ex l. Ea quę a patre. C. de reſtit. milit. ubi dicitur, non decere, ea quæ a patre geruntur, in irritum a filijs reuocari.

B Vndecimum, quia hæres tenetur præſtare factum defuncti, l. Ex qua perſona, de reg. iur. l. Cùm à matre. C. de rei uend. Filius autem uidetur eſſe patris hæres in feudis, & ideo plerunque filius appellatur hæres, ut in c. 1 §. Hoc quoque, de ſucceſ. feudi. cap. 1. §. Et ſi clientulus, de alien. feud c. 1. §. Si verò vel totum, qualiter olim feudũ pote. alien. cap. 1. § His verò, de gradib. ſucceden. in feu. c. 1. de lege Corradi, & alibi.

Duodecimũ argumẽtum eſt, quia nunquã in iure feudali fit mentio filij reuocantis alienationem feudi a patre factam, ſed ſemper fit mentio agnati, cap. 1. de alien. feud. pater. c 1 § E contrario, de inueſtit de re alien. fa. c. 1 § Sed etiam res, per quos fiat inueſt. & alibi. Ex quo argumentum ſumi poteſt, filium reuocare non poſſe euiuſmodi alienationem, ſed agnatum duntaxat.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt multi, vt videre licet ex Siluano in conſ. 15 nu. 40. Alex. in conſ. 106. lib. 4. Soc. iun. in conſi. 103. nu. 30. lib. 2. & hanc tuentur Duarenus in conſuet feud. cap. 12. num. 17. & Sousbecius in C tract. feudali par. 1 [illegible] 100 verſ. Tertia concluſio erit, alios commemorat Pi[illegible] loco proximè citato, nu. 6. quorum tamen multi ſpecialiter loquuntur de legato, quod videlicet pater vni ex filijs prælegare feudũ poſſit: & ad hoc confirmandum pertinent quoq; nonnulla ex argumentis a Piſtorio relatis.

Fundamentum eſt, primò in c. 1. § Et ſi clientulus, de alien. feudi, in c. 1. verſ. Si autẽ diſſentiente, qualiter olim feudum poterat alien. in c. 1. §. Rurſus, quib. mod. feud. amitt. in c. 1. §. Si aliquis, apud quem vel quos. cap. 1. §. Præterea, quib. mod. feud. amitt. In iſtis locis hoc probatur: ſi naſallus feudi partem alienauerit, abſq; domini conſenſu, & mortuus fuerit abſque hæredibus maſculis, feudum ad dominum reuerti. Ex hoc autem argumẽtũ ſumitur, filijs maſculis exiſtentibus, feudum non ad dominum, ſed ad filios pertinere; conſequenter probatur, alienari feudum non poſſe in præiudicium filiorũ, quin D ij vendicare illud poſſunt, atq; alienationem ad irritum perducere: Et licet poſtea prohibita fuerit alienatio feudi, abſq; conſenſu domini, ut in c. Imperialẽ, de probib. feudi alien. per Frider. tamen in cęteris ius antiquum incorrectum manſit: ex quo filijs datur poteſtas feudum vendicandi alienatione reſciſſa.

Secundò, fundamentum eſt, quia ſi pater filijs ſtipulatus ſit feudum, illud acquiritur filio, licet hæres patris non ſit. l. Quodcunque. §. Si quia ita. ff. de verb oblig. Ergo pater non poteſt illud ius eis auferre, argum. l. Si cùm dotem §. Si pater. §. Eo autem tempore. ff ſol. matrim. ſd quod noſtrum, de reg. iur. l. vlt ff de pactis. l. Vero procuratori. verſ Alia eſt cauſa ff de ſolut. ibi: *Quia certam conditionem habuit ſtipulatio, quam mutare non potuit ſtipulator.* l. Aliud eod. tit. l. Si poſt mortem. § ult. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab.

Ad iſtam controuerſiam dirimẽdam non deſunt, qui

A diſtinguendum putauerint inter feuda hæreditaria, & ex pacto & prouidentia, vt patet ex Piſtorio, loco proximè citato. nu. 43. Sed illa diſtinctione valere iuſſa, aduerſus quam ſuprà cap. 3. nominatim diſputatum eſt, magis mihi probatur eorum ſententia, qui putant licere patri feudum alienare, in præiudicium etiam filiorum. Et moueor potiſſimùm hoc argumento, quia filij plerunque ſunt hæredes patris, vt notū eſt, & cōſequenter factum eius impugnare nō poſſunt. l. Cū à matre. C. de rei vend. l. Ex qua perſona. de reg. iuris. Et in feudis vſque adeò hæredes patri filios exiſtere perſpicuū eſt, vt hæredis appellatio ipſos filios maſculos duntaxat complectatur, c. 1. §. Et ſi clientulus. de alien. feud. & alibi. Nec poſſint filij patris hæreditatem repudiare, & feudum retinere, ut in cap. 1. An agnatus vel filius. Sed & abſtrahendo hanc diſputationem ab ea hypotheſi, in qua filius hęres eſt, exiſtimo nihilominus idem reſpondendum eſſe; quia cùm pater ſtipulatur, & acquirit ſibi feudum, & liberis ſuis,
B ita prius ac principaliter ſibi illud ſtipulari, & acquirere intelligitur, vt poſſit de eo pro ſuæ arbitrio voluntatis diſponere, atque adeò illud alienare. Id cōfirmo hoc argumento. Nā quilibet non ſolùm ſibi, etiam hæredibus ſuis ſtipulari intelligitur. l. Veteres. C. de contrah. & cōmit. ſtipul. l. Si pactum. ff. de probat. Et tamen nemo dixerit patrem diſponere non poſſe, alienare & vendere rem, quam ſibi & ſuis hæredibus acquiſiuit. Filij enim viuente patre nullū ius habent. Eadem ratio eſt in hac ſtipulatione, per quam filij poſt mortem patris ad feudū inuitantur; quia id non impedit patrem, quo minus de feudo ſibi principaliter acquiſito, cum conſenſu domini diſponere illud alienando poſſit: niſi à domino feudum æquè principaliter filijs donatum eſſet, fortè propter eorum merita, eorumque ſpeciali contemplatione, tunc enim aliter eſſet reſpondendum.

Et ideo illud argumentum quod pro contraria ſententia adfertur, non licere parentibus ius filiorum auferre,
C & illis prȩiudicare, locū habere poteſt in ea ſpecie, qua filijs æquè principaliter feudum eſt conceſſum; & eorum ipſorum cōtemplatione & meritis. Cæterùm ſi patri principaliter conceſſum ſit, & ipſe ſtipulando etiam filijs ſuis (ut plerunque fit) cauere voluerit, aut pater feudum emerit, non præſtat aliquod impedimentum alienationi patris inter viuos, ipſorum filiorum præiudiciū, ac ius poſt patris mortem cōpetens; quia patris ius, quod eſt principale, illud abſorbet, & extinguit.

Ad textus iuris feudalis allegatos, ad probādum filios poſt mortem patris ius habere in feudo alienato, reſpondeo, id non dicere. Non obſtat ſi dicatur eos à contrario ſenſu hoc velle, quatenus ſcilicet dicunt, feudum ad dominum reuerti, ſi hæredes, id eſt, filij nō extiterint, quia non rectè hoc infertur. Etſi enim feudum ad dominū non reuertatur eo in caſu, quo filij extant, non tamen efficitur, ipſos filios alienationem reuocare, & feudū vin-
D dicare poſſe. Tunc enim dominum impediunt quidem, ne feudum conſequatur, tanquam eo potiores, eique meritò præferendi, veruntamen ipſi feudum vendicare nō poſſunt à patre alienatum. Simile exemplum eſt, cùm agnatus alienationi feudi conſentit; tunc enim poſſeſſore defuncto feudum vendicare non poteſt. cap. 1. §. Præterea ſi ille. quib. mod. feud. amittatur, ſed domino tamen obſtat, quo minus feudum conſequatur vaſallo defuncto Neque enim viuente agnato feudum domino aperitur. Ita igitur & in ſpecie noſtra, viuentibus filijs, domino feudum aperiri non poteſt, ſed ea res non facit, vt filij vendicare feudum à parente alienatum poſſint.

CAPVT IX.

Quomodo accipiendum ſit quod dicitur in cap. 1 § Titius. ſi de feudo defuncti contentio ſit inter dom. & agna. vaſalli.

IN titulo, ſi de feudo defuncti controuerſ. ſit inter dom. & agnatos vaſalli, ita ſcriptum eſt. *Titius filios maſculos non habens partem ſuam feudi, Seio, partem eiuſdem feudi poſſidenti agnato ſuo conceſſit. Sempronius proximior agnatus mortuo demum Titio partem illius feudi nullo dato precio recuperare poteſt, Quod ſi Titius filios proprios haberet, precio reddito etiam viuo Titio Quod ſi conſenſit alienationi, vel per annum ex quo ſciuit, tacuit, omnino remouebitur.*

Magna profectò controuerſia eſt de vera huius loci
B interpretatione & ſententia. Nullum me operęprecium facturum putaui, ſi huc adferrē omnes doctorum virorum interpretationes ac ſententias, & confutatis alijs, eā confirmarem, quæ mihi probabilior videretur; nam Piſtorius id egit accuratè. Ne tamen in tam graui diſputatione ſtudium deſideretur meū, breuiter & perſpicuè, quæ mihi videatur ſententia huius loci apertam, & mox cauſas indicabo, cur cæteras opiniones repudiauerim. Ordinem hac in re, & lucem ex me lector habebit, ego ex alijs verum ſenſum mutuatus ſum.

Sententia igitur huius loci facti ſpecie propoſita ſtatim elucebit. Meuius feudum habens mortuus eſt duobus filijs relictis, Caio, & Seio: quorum alter, nempe Caius, feudum paternum cū fratre diuiſit: deinde mortuus eſt relictis duobus filijs, Sēpronio & Titio, ad quos pars feudi aui peruenit, quam ſcilicet Caius pater eorum ex diuiſione accepit. Hæc pars feudi ex diuiſione facta in-
C ter ipſos Titium & Semproniū, Titio obuenit. Hic nullos habens liberos, eam cōceſſit Seio agnato remotiori, poſſidenti aliam partem eiuſdem feudi. Poterit Sempronius, qui eſt proximior agnatus Titij, (eſt enim frater eius) mortuo Titio, partem illius feudi recuperare etiā nullo precio dato. Quod ſi Titius filios proprios haberet, eo etiam adhuc viuente, precio reddito partem feudi prædictam recuperare poteſt, niſi alienationi à Titio factæ in remotiorem agnatum conſenſerit, vel per annum, ex quo alienationem factam ſciuit, tacuerit

Hæc igitur ità ordine ſunt notanda. Primùm, agnatū proximiorem reuocare poſſe feudum alienatū mortuo agnato, qui illud alienauit, etiā nullo precio reddito. Ratio eſt, quia proximiori agnato ius competit in feudo, ex antiquis conceſſionibus; quòd per alienationem factam ei auferri nō potuit. Quapropter precium non reſtituit, cum ſuo iure feudum vindicet, ad quod vocatus eſt ex antiquis inueſtituris & conceſſionibus.

D Secundò notādum, eundem agnatum proximiorem viuente agnato, qui alienauit feudum, illud recuperare poſſe reſtituto precio. Ratio eſt, quia iure prothimiſeos ſiue retractus id facit, & ideo precium reſtituere debet. Ponitur autem caſus quando Titius, qui alienauit feudum, filios habet, quia ſi filios non haberet, non eſt veriſimile proximiorem hunc agnatum feudum recuperaturum (licet poſſit) iure retractus, ſed potius expectaturū mortem Titij, qui alienauit, quo tempore nullo precio reſtituto feudum recuperare poſſet Et rurſus ibi notandum eſt, agnatum proximiorem habere ius retractus, & redimendi feudum etiam exiſtentibus filijs agnati, qui alienauit. Ex quo patet filios reuocare non poſſe alienationem à patre factam, feudum ipſum iure retractus redimendo, qua de re nominatim diſſeretur infra, cap. 10.

Tertiò notandū, ius prothimiſeos ſiue retractus agnato proximiori non competere, quoties alienationi factę conſenſit, vel lapſus eſt annus intra quem tacuit, & feudum precio reſtituto recuperare neglexit. Iuſtum enim eſt,

eſt, & moribus conſentaneum, ut certum aliquod tempus iuri prothimiſeos conſtitutum ſit.

Hęc interpretatio mihi certiſſima uidetur, uerbis textus conſentanea, rationi conueniens, & nullam continens abſurditatem, ideo eam amplector, & ſequor.

Contrà, aliæ interpretationes uidentur mihi incongruæ, & nullius momenti. Prima eſt, Titium partem feudi uendidiſſe Seio extraneo, partem agnato remotiori, ita Baldus, Beluiſius, And. Iſern. Aluarotus & multi alij Non rectè, quia textus ita dicit: *Titius filios maſculos non habens, partem ſuam feudi Seio partem eiuſdem feudi poſſidenti, agnato ſuo conceſſit.* Senſus eſt, Titium uendidiſſe ſuam partem feudi Seio agnato ſuo poſſidenti partem eiuſdem feudi. Etenim ex uerbis illis, *partem ſuam*, apparet, Titium nõ habuiſſe totum feudum, ſed partem duntaxat: & verba illa, *partem eiuſdem feudi poſſidenti*, referenda ſunt ad Seium, hoc eſt, Seio vendidit agnato ſuo poſſidenti partem eiuſdem feudi: erat enim Seius agnatus remotior, & poſſidebat partem eiuſdem feudi.

Secunda eſt interpretatio Iacobi Cuiacij. *Titius filiũ maſculum non habens, partem feudi paterni vendidit Seio agnato ſuo, qui & eam poſſidet modò, non tamen proximiori agnato.* Non rectè, quia nõ dicit textus, Seium poſſediſſe poſt conceſſionem factam, eam partem, quam Titius illi conceſſit, ſed loquitur de alia parte, quam poſſidebat ipſe Seius, eo tempore, quo Titius eidem ſuam partem conceſſit: Sic enim ait: *Titius partem ſuam feudi Seio partem eiuſdem feudi poſſidenti agnato ſuo conceſſit.*

Tertiò, multi exiſtimarunt, hunc eſſe ſenſum huius textus, agnatos reuocare poſſe alienationem poſt mortẽ Titij nullo precio reſtituto, filios autem Titij reuocare poſſe etiam Titio viuente, ſed precio tamen reſtituto, ita poſt alios Zaſius, parte 9 nu. 30. verſ. Septimo principaliter. Pinellus ad l. 1. 3. parte, nu. 95. C. de bonis mater.

Non rectè, mea quidem ſententia, & multorum aliorum, quia de reuocatione duntaxat agnati ibi agitur, nõ autem filiorum, nec aliter intelligi, ſalua ratione recti ſermonis, poteſt, & ita rectè illum textum acceperunt Albertus Brunus conſil 80 Hieron. Schurff. inter conſilia feudalia, conſ. 123. Eguinarius Baro, Cuiacius & H. in commentarijs dicti loci, Piſtorius d. q. 5 nu 10.

Quartò, Iacobus Cuiacius legit aliter hunc textum, nempe, *quod ſi Titius filium haberet*, malè & contra omnium exemplarium fidem.

Poſtremò, multa ita vltima verba textus accipiunt, ut ſententiam hanc inducant, agnatum reuocare nõ poſſe feudi alienationem, ſiue poſt mortem alienantis, nullo reſtituto precio, ſiue eo viuẽte, precio reſtituto, quoties vel alienationi conſenſit, vel annus lapſus eſt. Nõ rectè, quia illa exceptio refertur ad vltimum duntaxat caſum, quo ſcilicet iure prothimiſeos ſeu retractus alienatio reuocatur, & ſenſus eſt, agnatum proximiorem excludi ſi conſenſum præſtiterit, vel per annum tacuerit. Ita interpretãda ſunt illa vltima verba, propter duas cauſas: Altera eſt, quia tempus certum præfigitur, cùm agitur de retractu, & iure ipſo prothimiſeos, vt notum eſt, ut habetur in cap. 1. §. Sed etiam res, per quos fiat inueſtit. & in c. 1. § Porro. Qualiter olim feudum poterat aliena. Quod autem præfigatur certum tempus ad reuocandum alienationem, cum iure ſuo poſt mortem alienãtis agnatus proximior eam reuocat, nullo precio cõſtituto, neç ſim ſatis conſentaneum, nec rationi uidetur, quia agnato tũc ius competit ex antiquis inueſtituris; ideo non eſt iuris regulis conſonum, vt ad tempus anni reſtringatur, & eo elapſo expiret: etenim ad tollendam temporis præſcriptione actionem 30. anni requiruntur l. Sicut l. Omnes. C de præſcript. longiſſ. tempor. & ad inducendam vſucapionem notum eſt decem annos requiri inter præſentes, & viginti inter abſentes, ex Inſtit. de Vſucap. Altera eſt ratio, quia ſi exceptio illa referenda eſſet ad eam alienationis reuocationem, quæ fit poſt alienantis mortem nullo precio reſtituto, & annus eſſet præſcriptus ad hu-

A iuſmodi reuocandam alienationem, aut incipere debẽret ex die alienationis factæ, data ſcilicet ſcientia agnati proximioris, & id iniquum eſſet, & contra iuris regulas. Cur enim tẽps curreret in præiudicium agnati, qui viuente agnato, qui alienauit feudi alienationem reuocare nõ poteſt? Certè nõ valenti agere, præſcriptio tẽpis non currit l. 1. §. vlt. C. de annali except. & cur agnati ius ad tẽps vnius anni concluderetur, quod ei competit ex antiquis inueſtituris, nec niſi lapſu 30. annorũ perimitur ut dixi: Aut annus incipere deberet poſt mortẽ agnati, qui alienauit feudum; & hoc ſimiliter iniquum eſſet ex ratione proximè allata: & par erat, ut in textu id exprimeretur, agnatũ. ſ. excludi, ſi per annũ tacuerit ẽt poſt mortẽ agnati, qui feudũ alienauit, at nõ hoc ibi dr̃, ſed ſimpliciter ait textus, *ſi per annũ ex quo ſciuit tacuit, remouebitur*, quod proinde referendum eſt ad ius retractus, ut dictum eſt.

CAPVT X.

B

Poſſitne agnatus feudum antiquum alienare agnato remotiori, in præiudicium proximioris.

EX vera interpretatione textus in c. Titius, ſi de feudo fuerit contentio inter dom. & agnatos vaſalli, ſecundùm ea, quæ in capite præcedenti diſputata ſunt, perſpicuum euadit, agnatum proximiorem poſſe reuocare alienationem feudi in remotiorem factam, ſ. poſt mortẽ agnati, qui alienauit nullo reſtituto precio, vt ibi clarè dicitur. & ita rectè docuerunt Andr. Iſer. Bald. Aluarotus, Martinus Lauden. Præpoſitus, & Afflictus in d. c. Titius. Bal. in conſ 16 lib. 1. Romanus conſil. 22. in fine. multos alios citat Siluanus latè diſputans in conſ. 15. nu. 31. & poſt eum Piſtorius quæſtionum iuris, lib. 2. parte 1. cap. 6. poſt num. 10.

Cæterùm contrariũ tẽdiſſe Collegium Mediolanen-
C ſe, Bartholomæum Salicetum, & Chriſtophorum Caſtilionem, teſtantur Martinus Landenſis, & Prępoſitus in d. cap. Titius. eandem ſniam nonnulli alij ſequuntur à Siluano relati d. conſ. 15. nu 30. verſ. Sextodecimo, & poſt alios ita tẽdit D. meus Cephalus in conſ. 307. lib. 3.

Operæ precium igitur erit, argumẽta eorũ ſigillatim refellere, vt eo magis confirmetur ſupradicta ſententia, quam nos abſq; vlla prorſus hæſitatione amplectimur.

Primum argũ ſumitur ex c. 1. de alienatione feudi, circa finẽ, in illis verbis: *Si verò cum domini voluntate totum, vel mediũ alienauerit, ſtabilis permaneat alienatio: Fratri verò, vel nepoti per libellum facta alienatio, etiam ſine voluntate domini.* Ex his verbis apparet, alienationẽ factam ſtabilem remanere, atque adeò reuocari nõ poſſe, ſiue in proximiorem agnatum facta ſit, qualis eſt *frater*, ſiue in remotiorem, qualis eſt *nepos* ex fratre.

Reſpondeo, illa verba ita eſſe accipienda, ut tunc demùm nepoti ex fratre liceat alienare feudum, vel reſutare, cùm frater, qui proximior eſt, non extat, nõ autem ſi
D frater extiterit; non enim requiritur, utrumque ſuperſtitem eſſe. Sic in c. 1. de ſucceſſ. feudi, dicit textus, Filius vel nepotes ex filio ſuccedere loco ſui patris, quod tamẽ intelligitur, quando filius non ſupereſt, ſi enim ſuperſit filius, & ex eo nepos, non admittitur nepos, ſed ſolus filius, tanquam proximior, quæ reſponſio eſt Piſtorij.

Secundum argũ ſumitur ex c. 1. §. Sed etiam res. per quas fiat inueſtitura, in illis verbis, *niſi tibi, vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti, &c.* Videtur n. ex his verbis colligi, alienationẽ fieri poſſe tam proximiori, quàm remotiori: Etenim illa verba, *vel alij proximiori* indicant alium, cuius fit mentio, eſſe remotiorem, vel ſi ille eſt proximior, alius erit neceſſario remotior.

Reſpondeo, omiſſis aliorum rñſionibus, hanc eſſe ſententiam dictorum verborum, ſicuti ex præcedentibus verbis patet, rem quæ alienari nõ poteſt, nec in feudum dari poſſe: excepto vno caſu, cùm videlicet duo extant fratres, & ad alterum eorum res ex cõi parente perueneri: illa

rit:illa poteſt in feudum dari, niſi fiat in fraudẽ legis,&c. Eadem tamen res vendi nõ poteſt extero, ſed fratri, aut alteri qui ſecũdum fratrem ſit proximior, ſi fortè fratre emere recuſante, alter qui poſt fratrẽ eſt proximior, pro æquali precio accipere voluerit Nõ poteſt autẽ talis res extero vendi, quia agnato proximiori eã retrahere & reuocare concedebatur, ſecundum antiquam conſuetudinem. Quo ita poſito, apparet, textum illum ad quæſtionẽ noſtram non pertinere; neq; enim ex eo infertur, alienari poſſe feudum ab agnato, in remotiorem agnatum ad excluſionem proximioris agnati: quoniam, ut iam patet, alius eſt sẽſus illorũ verborũ, *Vel alij proximiori*. Hũc autem eſſe verũ ſenſum, patet ex ipſis verbis præcedẽtibus quæ ſic ſe habẽt: *Sed etiam res, cuius alienatio prohibetur, nec per beneficiũ dari cõceditur, niſi in caſu, ut ecce, ſi quis, ex agnatis ſuis rem, quæ à communi parente per ſucceſſionẽ ad eum peruenerit, alienare voluerit, nõ permittitur ei; etiã ſecundum antiquã conſuetudinem alij eam uendere, niſi ſibi, uel alij proximiori pro æquali precio accipere volẽti Per feudum tamẽ cuilibet dare poteſt, niſi fiat in fraudem, &c.*

Tertium argumentum eſt ex c. 1. § & licet. de alienatione feudi paterni, verba hæc ſunt: *Alienatio feudi paterni non valet, etiam domini uoluntate, niſi agnatis conſentientibus, ad quos beneficium quandoq; ſit reuerſurum.* Et paulò poſt: *Et licet prohibeatur beneficij alienatio inter agnatos, tamen ſi paternum fuit, concederetur.*

Reſpondeo, textum hoc nõ velle, feudum antiquum alienari poſſe in agnatũ remotiorem, cũ preiudicio propinquioris: hoc, inquam, nõ dicit, ſed alienationem inter agnatos conceſſam eſſe, licet aliàs ſit prohibita ſine conſenſu domini: neq; enim poſtrema verba, ita ſunt ad præcedentia referenda, vt repetant omnia, quæ in præcedentibus cõtinẽtur, quaſi ſit ſenſus, feudũ alienari nõ poſſe etiam domino cõſentiente, ſine conſenſu agnatorũ proximiorum, niſi alienatio inter agnatos etiã fiat, quaſi tũc neceſſarius non ſit, nec domini, nec agnatorũ cõſenſus. Hæc, inquam, interpretatio locũ habere nõ poteſt, quia etſi alienatio facta ſine cõſenſu agnatorum, ad quos feudum reuerſurum eſt, reuocari poſſit, tamen non dicitur eſſe prohibita, imò valet, ſed tamen reuocari poteſt. Cæterùm, ſi abſque domini conſenſu fiat, illa prohibita eſſe dicitur, ſed inter agnatos tamen conceſſa eſt, vt habetur in textu, cuius hæc eſt ſentẽtia uera, ac genuinus ſenſus.

Quartum argumentum eſt. Nam res alienari prohibita fauore perſonarum, ad quas eſt reuerſura, ex volũtate teſtatoris nõ poteſt in earum præiudicium alienari, niſi eis cõſentientibus l. Quoties. C. de fideicommiſſ. Poteſt tamen vni ex illis concedi, & alienari, etiam cæteris nõ conſentientibus. l. Pater. §. Quindecim. de leg. 3. l. Volũtas. C. de fideicommiſſ.

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia, quia in vltimis voluntatibus omnia pendent ex voluntate teſtatoris: Volũtas autem teſtatoris eſt, vt non extra familiã res alienentur; quare ſi fiat alienatio vni ex familia, meritò illa valet, & ſubſiſtit, quia volũtati teſtatoris nõ repugnat. Alia ratio eſt in feudis, in quibus proximioribus agnatis ius cõpetit ex antiquis inueſtituris, quod per alienationẽ auferri nõ poteſt ſine eorũ conſenſu. l. Id quod noſtrũ de reg. iuris.

Cætera argumenta leuiſſima ſunt, & refutantur à Siluano in dict. conſ. 15. ego actum nõ agam, nec vbi non expedit, tempus teram inutiliter.

CAPVT XI.

Quanto temporis ſpacio tollatur ius reuocandi alienationem feudi, competens agnatis proximioribus.

CONueniunt in hanc ſententiam interpretes omnes, vt ſi feudi antiqui alienatio facta ſit extraneo, tunc ad eam reuocandam poſt mortem ipſius alienantis agnatis proximioribus triginta anni concedantur: quæ communis ſententia regulis iuris omnino eſt conſentanea, quibus conſtitutum eſt, ad tollendam actionem temporis præſcriptione requiri annos triginta. l. omnes l. ſicut. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. Quare cùm agnatis actio competat ex iure deſcendente, ex antiquis inueſtituris & conceſſionibus, quibus ipſi ad feudum ſunt vocati, meritò non niſi triginta annorum præſcriptione exludi poterunt.

Cæterùm, ſi non extraneo, ſed agnato remotiori facta ſit alienatio, in aliam ſententiam abierunt, etenim anni duntaxat ſpatium ad eam reuocãdam concedi exiſtimarunt, decepti vltimis verbis c 1. §. Titius. Si de feudo defuncti cõtẽtio ſit inter dom. & agnatos vaſalli; Ea enim verba referenda eſſe putarunt tam ad proximũ caſum, quo de feudo redimẽdo agitur precio reddito ex iure retractus, quàm ad alterũ caſum, quo de reuocatione alienationis factæ poſt mortem alienãtis agitur ex iure ipſis agnatis competente. Nõ rectè, quia verba illa vltima d. §. Titius. referri non poſſunt ſalua iuris ratione & æquitate ad alterum illum caſum, uti etiam ſupra c. 9 circa finẽ latiùs deduxi. Iniquum enim eſt anni ſpacio actionẽ concludere agnatis competentem ad reuocãdam alienationem feudi: illam, inquã, actionem, quam ipſi habẽt agnati ex antiquis conceſſionibus, ac inueſtituris: cui adſtipulantur, & concedentis domini uolũtas, & Primorum acquirentium & ſtipulantium conſenſus, legumq; feudalium præcepta. Non illam, quæ agnatis datur ex iure retractus: illa enim meritò anni ſpacio reſtringitur, cùm iuris regulis aduerſetur. l. Dudum. C. de contrah. empti.

Illud parum mouet, quod adferri ſolet ad eam ſententiam iuuandam; anni ſpatium conſtitutum eſſe ad petendum inueſtituram. c. 1. quo tempo. miles. c. 1. quæ fuerit prima cauſ benefic. amitten. Ergo nil mirum, ſi & annus hic ſit conſtitutus. Nam vt maximè id æquum ſit, in vaſallo feudum poſſidente, vt tanq̃ nouus vaſallus quamprimum domino ſuo fidelitatem iuret, & ab eo inueſtituram capiat, eumq; in dominum agnoſcat, ac reuereatur, ſeque eius vaſallum profiteatur, cùm feudum teneat & poſſideat Certè nulla eſt ratio, actionem agnatorum intra tam modicum tempus concludendi: cùm ij feudũ alienatum & penes emptorem exiſtens, uel penes alios, ad quos peruenit, non poſſideant: & ad illud vendicandum triginta annos ex iuris regulis obtineant: Quemadmodum neque tempus ad inueſtituram petendam anni ſpacio terminatur, quoties vaſallus feudum nõ poſſidet, ſicuti tradũt omnes in cap. 1. de capitulis Corradi, & in c. 1 quæ fuerit prima cauſſa benefic amitten.

Denique aduerſus alios hanc ſententiam optimè tuetur Piſtorius q. 8. lib. 2. quæſt. iuris, quem ſequor in hac parte rectè monentem.

CAPVT XII.

An ſi proximior agnatus feudum alienatum ſpatio 30 annorum reuocare neglexerit, eiuſdem feudi poſſeſſor tutus ſit præſcriptione aduerſus alios agnates, qui poſt illius mortem ſunt gradu proximiores.

NVnc congrediar in hanc aciem cum Pinello acutiſſimo ſanè iuriſconſulto, arma mihi ſuppeditãte Hartmano Piſtorio, qui licet rem feliciter cõfecerit, reliquit tamen alijs locum, huius diſputationis illuſtrandæ magis, magiſque exornandæ. Communis eſt ſententia Doctorum, cui & ipſe calculum præbeo. Si proximior agnatus viuens intra annos 30. feudum alienatum reuocare & vendicare neglexerit, poſt illius mortem, agnato, qui ſecundùm eum proximior eſt, licere feudum vendicare, neque præſcriptionis exceptione repelli poſſe. Ita docent Iſernia, Aluarotus, Præpoſitus, & Afflictus in cap. primo, §. Quid ergo, de inueſtitura de re aliena facta, Paulus Caſtrenſis

conſ.

conſ.44.ad finem, lib. 2. Iaſon conſ. 7. pen. libro 3. Decius conſ.208.nu.9.& 445. nu.47. Pariſius conſ. 23.nu. 119.lib.1.Crauetta conſ.67.nu. 9. Natta conſ.437.nu.6. Cacharanus deciſ. 177.numero 3. Hippolytus Riminal. conſ.339.nu.145.lib.3.Hartimanus quæſt.iuris,libro 3. par.1.quæſt.8.

Fundamentum eſt,quia huic agnato ius quæſitum eſt antiquis conceſſionibus ac inueſtituris, quod per feudi alienationem ei auferri non poteſt abſque eius conſenſu.c.1.de aliena.feudi paterni,ibi: *Niſi agnatis conſentientibus,ad quos beneficium quandoq; ſit reuerſurum.* Et multò minus per negligentiam proximioris agnati, qui viuens feudum non reuocauit,ne induſtria pœnas deſidię ſoluat.l. vlt.C.depo.l.ſi non expedierit. §. Si pupillus.ff. de bonis autho.iudi.poſſi. Nec pręſcriptio,qua poſſeſſor munitus eſt temporis annorum XXX illi obeſſe poteſt, quia viuente agnato proximiore agere non potuit: Non valenti enim agere, præſcriptio non obeſt,quia præſcriptio tunc incipit,quando actio iam nata eſt l. Sicut verſ. quæ ergo.ibi: *Ex quo iure competere cœperunt,&c.* l. Cùm notiſſimi.§. Quamobrem.& §.Illud. C. de præſcript. 30. vel 40.anno.l.1.§. Ad hæc.C. de annali except. Authen. Niſi tricennale.C.de bonis maternis.l.In rebus dotalib. C.de iu.do l.contra maiores.C.de inoff teſtam.

At contra Pinellus (loquens tamen de maioratu, ſed eadem eſt ratio in feudo) in d. Auth. Niſi tricennale. nu. 55.C.de bonis mater. *Sed contra tot grauiſſimos patres videtur tentandum, quod habens titulum & bonam fidem, præſcribens q; contra pręſentem poſſeſſorem ſecurus maneat, etiā quoad ſucceſſorem eius,contra quem pręſcripſit. Quod primò iuuatur ex ratione legis inducentis vſucapionē, quæ non minus militat hoc caſu, quam in alijs, ne dominia rerum ſint incerta,ne etiam lites ſuſcitētur.l. vlt.ff de vſucap. & demũ q; ratio publicæ vtilitatis. l ff. eod tit. quæ ſingulorum vtilitati præfertur,&c.*

Reſpondeo,nihil aliud probat hoc argumentũ,quàm præſcriptionem locum habere etiā in rebus feudalibus, quia ratio publicæ vtilitatis,& fauor litium finiendarũ, locum habeat etiam in iſtis: quod nemo negat,ſed Doctores dicunt, non currere præſcriptionem priuſquam actio ſit nata,& competat ijs, aduerſus quos præſcriptio allegatur.qua de re argumentum hoc non loquitur.

Secundò inquit Pinellus: *In ſubiectis reſtitutioni,ſecundùm communem opinionem,requiritur longiſſima præſcriptio,nec breuior ſufficit.Poſt longiſſimum autem tempus,execratur lex inquietare poſſeſſorem,vt in Nouella Hac conſtitutio.innouat conſtitutionem,&c.*

Reſpondeo,hoc argumento probari,præſcriptionem longiſſimi temporis locum habere etiam in feudis, quæ reſtitutioni ſubiacent poſt mortē aliorum, quod nemo negat,ſed dicunt,præſcriptionem obeſſe quidem ijs,qui extãt,& agere poſſunt,non autem alijs,quibus actio nõ competit,niſi poſt aliorum, qui tunc viuunt, mortem: Ita,inquam in rebus reſtitutioni ex fideicommiſſo ſubiectis,communi Doctorum ſententia receptum eſt. Vide Alciatum ad l. filiusfamil.§.Diui.nu.48. de leg. 1. Deciũ conſ.38.Nattam conſ.427.nu 5.& ſeq.

Tertiò ſubdit Pinellus: *Nam Doctores in propoſito argumentantur ex multis,quę contra eos retorquentur,quod oſtendo,quia adducunt pro regula Prohibita alienari, prohibentur vſucapi, cuius contrarium probatur ex l Sticho. ff de vſufr lega.*

Reſpondeo,nihil valet hoc argumentum,quia non illud eſt fundamentum communis ſententiæ,quod prohibita alienari prohibeantur vſucapi. Nec tex. in d.l Stic. locum habet in ſpecta Iuſtiniani l vlt §.Sed quia.C.cõmu.de lega.

Quartò ſic pergit: *Quia ſiue dicas maioratum* (eadem ratio eſt de feudo) *fuiſſe inſtitutum in contractu,ſiue in teſtamento,non eſt poteſtas in teſtatore, nec in contrahentes, ad tollendam vſucapionem tertio habenti titulum, & bonam fidem.*

A Reſpondeo,legem eſſe,quæ hoc facit, vt non valenti agere nõ noceat vſucapio,vel pręſcriptio, itaque fruſtrà id teſtatori aſcribitur,vel contrahenti.

Quintò: *Nam effectus*,inquit,*& natura vſucapionis eſt reddere præſcribentem tutum in futurum l.1 & 3 ff de vſucap. Ergo non tantum contra præſentem poſſeſſorem,ſed etiã contra ſucceſſores.*

Reſpondeo;concedo hunc effectum eſſe vſucapionis aduerſus eos,qui agere poſſunt,aduerſus autem eos,quibus actio nondum competit,nego.

Sextò: *Ex commune opinione*,inquit,*hoc caſu reſultat abſurdum,cùm Doctores concedant,vt præſcriptio effectum habeat contra præſentem poſſeſſorem, non contra ſucceſſorē: Eſſet enim diuidere effectum præſcriptionis, contra l. Eum qui ędes.ff de vſucap.*

Reſpondeo: *Abſurdum eſſe, nec iuri ciuili conueniens, vt vna res diuerſis temporibus vſucapiatur, vt puta cum ædes ex duabus rebus conſtent,ex ſolo,& ſuperficie,*nõ poteſt ſuperficies vſucapi eo tempore,quod vſucapioni re- B rum mobilium conſtitutum eſt, ſolum autem ampliori tempore,quod conſtitutum eſt rebus immobilibus. Hęc eſt ſententia d.l.Eum qui ædes,quæ proinde ad rem iſtã non pertinet.in qua de diuerſis perſonis agitur; & dicitur vſucapionem nocere ijs, quibus actio competit,illis non nocere,qui agere non poſſunt.

Septimò ſubdit Pinellus: *Conceſſa vſucapione contra poſſeſſorem,cõcedatur præſcribentem effici dominum rei: Dominium autem ſemel quęſitum,non poteſt ſine facto partis auferri.l.Illud quod noſtrum,de reg iuris.*

Reſpõdeo, non concedimus hoc in caſu abſolutè vſucapionem locum habere,quia tunc dominiũ acquireretur.l.3.ff.eod de vſucap. Et argumentum rectè procederet; quod autem illa noceat poſſeſſori, iſtud eſt, quia omnis actio tollitur præſcriptione 30.annorum,nec propterea infertur eam alijs etiam nocere, quibus præſcriptio nocere non poteſt,quia actio nondum competere cępit.

Octauò *probatur*,inquit,*hęc opinio in feudalibus,au-* C *thoritate Gloſ.in c.1.§ Præterea, de capitulis Corrad. dum enim Gloſ.aſſerit,in rebus feudi dari pręſcriptionem 30.vel 40.annorum,planè ſentit, effectum pręſcriptionis fore perpetuum,non tantum contra pręſentem poſſeſſorem,& regulariter opinio dictę Gloſ.recepta eſt,&c.*

Reſpondeo,pręſcriptionem quidem locum habere in feudalibus,vt gloſ.dicit,ſed nocere non poſſe ſucceſſoribus,quibus actio donec alij ſuperſunt, nequaquam competit,vt cõmuniter Doctores explicant ſuperius allegati

Poſtremò,Pinellus fundamentum communis ſententiæ euertere conatur. Illud enim eſt in eo oppoſitũ,quòd non valenti agere nõ noceat præſcriptio.l.1. C.de anna. excep. *Reſponderi poſſe videtur*,inquit,eam legem & ſimiles loqui,*quãdo in initio ipſius pręſcriptionis datur tale obſtaculũ At in feudis pręſens poſſeſſor cenſetur dominus, & conferendo ius ſuũ ad ſpem ſucceſſorum,longè plus habet pſens ſucceſſor,quàm quilibet futurus ſucceſſor. Atque ita nihil eſt,quod obſtet initio pſcriptionis,cuius finis a lege inducit firmũ perpetuumq; effectum,vt præſcribens ſecurus red-* D *datur cõtra pręſentē poſſeſſorem,& inde contra ſucceſſorem in conſequentia ex natura vſucapionis. Nec nouum eſt, vt quod ſeparatim & principaliter fieri nequit, fiat in conſequentiam.l quędam ff de acq rer.dom.l.1 ff.de auth tutor.*

Reſpondeo,hoc in caſu obſtaculum dari ab initio præſcriptionis, quantum attinet ad ſucceſſorem, cui actio nondum competit. Nec obſtat, quod dicitur, præſentem poſſeſſorem dominum eſſe, præſertim conferendo ius ſuum cum ſpe ſucceſſoris, quia id negatur; nam ſi hæc vera eſſent, præſens poſſeſſor alienare poſſet feudum,& præiudicare futuro ſucceſſori agnato, quod tamen falſum eſt,quia ſucceſſor alienationem reuocare poteſt.c.1.de aliena:feudi pater.Ex quo illud corruit,quod aliqua in conſequentiam ſint permiſſa,quę principaliter non permittantur: Nam ſi huc illud axioma pertinet, facilè præiudicium ſucceſſori fieret agnato, per alienationem

tionem præſentis poſſeſſoris; quaſi ipſe principalis diceretur: ſed non eſt ita; Poſſeſſor.n.præſens non eſt magis principaliter ad feudnm vocatus, quàm alij ſucceſſores, ſed eos præcedit gradu duntaxat; eo defuncto feudum æquè principaliter ad alios proximiores agnatos pertinet, ſicut pertinuit ad ipſum poſſeſſorem.

His refutata ſunt argumenta Pinelli, quæ cum eſſent non parum probabilia, non videbantur mihi omittēda.

CAPVT XIII.

Vtrum agnatus, qui eſt alienantis feudum antiquum illud reuocare poſſit?

INgens controuerſia eſt, vtrum agnatus, hæres alienantis feudnm, ad quod ipſe uocatur ex antiquis inueſtituris, & conceſſionibus, illud reuocare poſſit. Etenim ſunt quinque diſcrepantes Doctorum ſententiæ: Prima affirmat agnatum poſſe reuocare feudum alienatum, licet hæres ſit alienantis. Altera negat. Tertia B diſtinguit feudum hæreditarium, quòd ſcilicet pro hæredibus conceſſum eſt, a feudo ex pacto & prouidentia, quod pro liberis conceſſum eſt, vt priore caſu reuocare agnatus feudum alienatum nequaquam poſſit, poſteriori autem poſſit. Quarta diſtinguit vtrùm agnatus hæres ex bonis hæreditarijs tantum conſequatur, quanta eſt feudi æſtimatio, vel minus, priore caſu reuocare nequeat feudum alienatum, poſteriore autem poſſit. Quinta diſtinguit, vtrum hæres innentarium confecerit, vel abſque innentario hęreditatem adierit. Priore caſu reuocare poſſit feudum alienatum, poſteriore non item.

Indicabo prius authores, ex quibus ſententiarum hęc varietas colligitur. Deinde tres concluſiones ſtatuam, ex quibus apparebit huius diſputationis & controuerſię vera, vt mihi videtur, definitio. Tertiò, argumenta, quę obſtare videntur, confutabo.

Authores ſunt iſti. And. Iſern. Bald. Martinus Laudē. Præpoſitus, Aluarotus & Afflictus, in c. 1. § Hoc quoque C de ſucceſſ. feudi. Iacopinus, in Inueſtitura feudali. verb. & cum pacto de non alienando. Curtius iunior de feudis parte 4. nu. 148. & in conſil. 138. nu. 20. & 155. num. 2. Zaſius de feudis, parte 9. nu. 27. 28 & in conſil 18. nn 22. lib. 1. Bald. conſ. 215. nu 12. lib. 2. Iaſ. conſ. 56. lib. 3. Dec. conſ. 185. & 445. Rubeus conſ. 84. Gratus conſil. 91. nu. 36. lib. 1. Natta conſ. 476. nu. 16. lib. 2. Grammaticus deciſ. 93. Caſtrenſis cōſ. 207. lib. 2. Alex. conſ. 28. lib. 5. Ruinus conſ. 1. nu. 2. & 42. num. 12. lib. 1. Afflictus deciſ. 112. Loffredus cōſ. 1. nu. 169. Socinus iunior conſ. 112. num. 14. lib. 2. Pariſius conſ. 2. nu. 32 conſ. 10. num. 6. & conſ. 16. nu. 43. lib 3. Alciatus conſ. 160. Siluanus conſ. 30. nu. 33. 34. Crauetta conſ. 256. nu. 3. Pinellus ad l Primam. in 3. parte, nu. 92. C. de bonis maternis. Rolandns a valle de confectione inuentarij in 4. parte. §. Nunquid hęres. Menochius conſ. 89. lib. 1. Piſtorius lib. 2. quæſt. iuris, par. 1. q. 9. & q. 14. vbi multos alios citat. Primum ergo, quod pollicitus ſum, his præſtiti allegationibus.

Iam ſecundum aggredior. Prima concluſio hæc eſt. D Feudum alienatum, hæres alienantis, qui nullum confecit inuentarium reuocare non poteſt, ſiue ſit hæreditarium, ſiue ex pacto & prouidentia, vt vocant.

Probatur hæc concluſio, quia hæres tenetur præſtare factum defuncti. l Ex qua perſona. de reg. iur. l. Cū a matre. C. de rei vend. l. Si ab eo. C. de neg. geſt. l. Si patri tuo. C. de dona. l. Succeſſores. C. de ſolutio. l. Si vxor. C. de bonis autho. iud. poſſid. l. Si fundum. C. de rebus alien. non alienan. Hęres. n. & defunctus vna eademq; perſona reputantur, vt habetur in Nouella. de iuretur. a morien pſtito. Nec debet eſſe melioris conditionis; quàm defunctus. l. In omnibus. §. Non debet. l. Hæredem. de reg. iur.

Secunda concluſio. Hæres alienantis feudum, ſi innētarium confecerit, illud reuocare non poteſt, quatenus, ſe vires hæreditatis extendunt.

A Probatur hæc concluſio. Primùm, ea ratione, quia ex qua perſona quis lucrum ſentit, eius factum præſtare debet. l. Ex qua perſona. de reg. iuris. Hæres autem, qui inuentarium confecit, eatenus lucrum ex perſona defuncti ſentit, quatenus eſt aliquid in hæreditate ergo vſque ad bonorum quantitatem in hæreditate exiſtentem, tenetur præſtare factum defuncti.

Secundò probatur hac ratione, quia hæres, qui fecit inuentarium, repræſentat defunctum, & ſuccedit in locum eius. teneturq; eiſdē obligationibus, quibus defunctus erat obſtrictus, non quidem in ſolidum, ſed quatenus vires hæreditatis patiuntur, ut patet ex l. vlt. C. de iure delib. in §. Etſi præfatam. Igitur non poteſt defuncti contractum impugnare ac reuocare.

Tertia concluſio. Hæres, qui fecit inuentariū, reuocare poteſt feudum alienatum, quatenus ęſtimatio illius vires bonorum hęreditariorum excedit, aut quatenus eius intereſt feudum potius, quàm hæreditatem habere.

Probatur hæc concluſio. Nam inuentarij confectio B hæredi hoc beneficium tribuit, vt nullum incurrat damnum, & vt non confundantur actiones, quas habet. l. vlt. §. Etſi præfatam. & §. In computatione. C. de iure delib. Sed ſi non poſſit hoc in caſu feudnm reuocare, damnū ſentiret, & actiones ſuas amitteret. Ergo reuocare feudum poterit, quatenus illud æſtimationem excedit bonorum hæreditatis.

Aſſumptio clara eſt, quia plus valet feudū quàm hæreditas, Ergo ſi propter hæreditatem non poſſit feudum vendicare, damnum ſentit. Declaro, Feudum æſtimatur ducentis aureis. Hæreditas verò centum, hic hæres incurrit damnum centum aureorum, niſi feudnm reuocare poſſit. Ergo illud eatenus reuocabit, ne iacturam ſentiat centum aureorum.

Hæc ſatis plana ſunt atque perſpicua, ſed iam argumēta diſſolnenda ſunt. Primum argumentum, Hæres poteſt reuocare id, quod a defuncto in fraudem eius alienatum eſt. l. 2. C. ſi in fraudem patroni a libertis alien. fa C cta ſit. Sed feudum alienatum eſſe videtur in fraudem eius, quia poſt mortem alienantis ad eum peruenire debet. Ergo illnd reuocare poterit.

Reſpondeo, cùm alienatur feudum ab agnato cū conſenſu domini (in quibus terminis quæſtio accipiēda eſt). nullam fraudem committi, ſed in eo tantùm peccari, q̃d alienatio fieri debet cum conſenſu etiā agnati, ut in c. 1. de alien. feudi pater. qui conſenſus non adhibetur. Quare meritò feudum agnatus reuocare poteſt, niſi hæres alienantis ſit. Alia ratio eſt liberti alienātis bona ſua, vt patronum excludat a legitima portione, de qua facti ſpecie loquitur lex in argumento allata.

Secundnm argumentum ſumitur ex l. vlt. C. de Euictio. in illis uerbis: *Factum eius cui ſucceſſit, ex ſua perſona dominium uindicare non impedit.*

R̄ndeo, hanc legem non loqui de hærede alienantis, ſed de hærede fideiuſſoris, qui ſe obligauit de euictione pro uenditore. Is. n. non impeditur rem nendicare iure proprio, quia ſi de euictione conueniatur, actionem ha-D bet aduerſus venditorem, & eius hæredem. Hæres autē alienantis, de quo nos loquimur, rem vendicare non poteſt, quia doli exceptione repellitur, l. Seia. ff de Euictio.

Tertium argumentum eſt, quia alienatio feudi facta ſine conſenſu agnati proximioris, ad quem feudum pernenire debet, non ualet, cap. 1. de alien feudi pater. Ergo agnatus, etiamſi hęres ſit alienantis, feudū reuocare pōt. Nam id, quod nullum eſt reſcindi poteſt etiam ab eo, qui illud geſſit. Bart. in l. Poſt mortem ff. de adopt. l. Quemadmodum. C. de Agricolis & Cenſitis lib. 11.

Reſpondeo, argumētum nires habere in alienatione facta contra legis prohibitionem: ita enim loquitur l. Quemadmodum. Feudi autem alienatio, licet abſq; conſenſu agnati non ualeat, non tamen iure fieri prohibetur, imo verò valet, & confirmatur, ſi agnatus alienanti præmoriatur, vel taceat longiſſimo tempore, ut ſaltem

donec

donec elienans viuit, valere non dubitatur.

Quartum argumentum ſumi poteſt ex eo, quòd pluri mi interpretes in d l vlt. §. In cõputatione, C. de iure deli ber. dixerunt, inuentarij confectionem id operari, ut hę res in eo ſtatu ſit, in quo eſſet, ſi nõ adiuiſſet hę reditatẽ, Iaſon. ibi. nu. 4 & multi alij, ſed ſi hęreditatẽ agnatus nõ adierit, certũ eſt, feudum reuocare poſſe, liberè & abſo lutè, quia nullum eſt impedimentum, Ergo idem reſpõ dendum eſt hæreditate adita, ſed inuentario confecto.

Reſpondeo, propoſitionem illã tam generalem verã non eſſe. Si enim in eo ſtatu hæres eſſet, qui inuentariũ confecit, in quo eſt hæreditate non adita, non teneretur creditoribus, & legatarijs ſatisfacere, etiã intra vires hæ reditatis, quia certum eſt, eum hæreditate non adita nõ teneri. Hoc autem eſt abſurdum, & cõtra legem expreſ ſam, ut patet ex l vlt. §. Et ſi præfatam, C. de iure delib. Propoſitio igitur illa accipienda eſt hoc modo, vt hæres in eodem ſtatu ſit, &c. quantum ad hunc effectũ, vt nul lum ex hæreditate detrimentum patiatur, vt non tenea- tur vltra vires hæreditaris, ut ſuas non amittat actiones, ita enim loquitur textus in d. §. In computatione. in § Et ſi præfatam, & alibi in tota ferè illa lege; nec alia fuit mens doctorum, qui propoſitionem illam induxerunt.

CAPVT XIV.

Sitne concedenda actio de euictione emptori, aduerſus hæ redes eius qui feudum alienauit, quod ab agna to euictum eſt?

SI emptor ignorauerit rem feudalem eſſe, quæ ab agnato venditoris poſt illius mortem euincitur, ex plorati iuris eſt, hæredem alienantis euictionis no mine conueniri poſſe. c. 1. §. Si vaſallus. ſi de feudo defun cti contenno ſit inter dom. & agnat. vaſalli. Cæterùm ſi id non ignorauerit, aliter eſt reſpondendum: tum quia res euincitur hoc in caſu ex natura ſua, quo caſu euictio præſtanda non eſt. argum. l. Si ſeruus, ff. de Euictio. l. Si quis domum, §. vlt. ff. loca. Tũ quia euictio nõ eſt ea cau ſa venditionem antecedente. l. 3. l. Lucius, ff. de Euict. l. i. C. de periculo & commo. rei vend. Tum deniq; quia ita iure conſtitutum eſt, vt qui ſcienter emit rem alienam, vel alteri obligatam, de euictione agere non poſſit, l. Si fundum, C. de Euiction. l. Si Fratres, C. commu vtriuſq; iud. niſi euictio ſpecialiter promiſſa ſit, vt in dictis legi bus. Scire autem rem alienam eſſe, & euictioni obnoxiã emptor videtur, qui ſciuit feudalem eſſe; aut certè id ſci re debuit, quod ſufficit, argum. l. Quod te, ff. ſi cert. pet. l. Si duo. ff. de acq. hæred. l. Si Titius. ff. de fideiuſſ. pen. ubi: *qui ſciuit aut ſcire potuiſſet* ff. ad Macedon.

Sed quæritur, an hoc in caſu ſaltem ad precij reſtitu tionem agere emptor poſſit? Affirmant Iſernia in c. 1. §. Rurſus. quib. mod. feud. amitt in verſ. Vel poſtquam ad libellum dedit. nu. 29. verſ. Quærit Gloſ. & ibi Afflictus, num 14. alios citat Piſtorius quæſt. iuris, lib. 1. par. 3. c. 10. numero 31.

Sed hanc ſententiam ego ſic excurio, ut locũ habeat, quãdo de euictione promiſſum eſt; tũc enim agi poteſt, ſaltem ad precij reſtitutionem. Cæterùm ſi nulla fuerit euictio promiſſa, non puto agi poſſe etiam ad precij re ſtitutionem, q̃ ſententiam meam, vbi confirmauero, tũ argumenta refutabo, quibus ſimpliciter & nulla diſtin ctione adhibita Piſtorius vtitur in ſua ſnia adſtruenda.

Probatur igitur hæc ſententia ex d. l. Si fundum, C. de Euictio. ibi: *Si fundum ſciens alienum, vel obligatum com parauit Athenocles, neque quicquam de euictione conuenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poſcit rationem.*

Sed hic emptor ſcit feudi naturã, aut ſcire debet (Pa ria enim hæc ſunt ſcire, vel ſcire debere, ut dixi) & conſe quenter ſcire debuit reuerſurum ad agnatum mortuo vẽditore; Ergo quod eo nomine dedit, nempe *precium*, contra iuris poſcit rationem.

A Secundò probatur ex l. Si fratres, C. commu. vtriuſq; iud. ibi: *Nam ſi feudi ſcientes obligationem, dominium ſu ſcepiſtis: tantùm euictionis promiſſionem, ſolennitate verbo rum, vel pacto promiſſam probantes, eos conueniendi facul tatem habebitis, &c.*

Tertiò ex l. vlt. §. vlt. C. commu. de lega. ibi: *Emptor autem ſciens rei grauamen, aduerſus venditorem actio nem habeat tantùm ad reſtitutionem precij, neque duplæ ſtipulatione, neque melioratione locum habente, cùm ſuffi ciat ei ſaltem pro precio, quod ſciens dedit pro aliena re, ſi bi ſatisfieri.*

Sententia legis hæc eſt, ſi fuerit promiſſa euictio per ſtipulationem, agi non poſſe ad id quod intereſt: ſed tan tùm ad precij reſtitutionẽ. quod uidetur repugnare alijs legibus, quas proximè adduxi, ex quibus apparet, ſi pro miſſa ſit euictio, eam eſſe præſtandam. Euictionis autem nomine actio datur, non ſolùm ad precium, verùm etiã ad id quod intereſt. Reſpondeo, euictionem promiſſam

B præſtari pleno iure, quoties res aliena vẽditur, vel alteri obligata: neque enim res aliena vẽdi prohibetur à lege, imò ualet venditio rei alienæ, l. Rem alienam, ff. de cõ trahen empt. Cæterùm præſtandam non eſſe pleno iure, euictionem, ſed quoad precij reſtitutionem duntaxat, quoties alienatur res prohibita alienari, abſque conſenſu alterius, veluti res reſtitutioni ex fideicõmiſſo ſubiecta dicta, l. vlt. §. Sed quia, C commu. de legat. & §. ſequen. Et idem in feudo antiquo: *nam alienatio feudi paterni non valet, etiam domini voluntate, niſi agnatis conſentiẽtibus*, verba ſunt textus in c. 1. de alien feudi pater. Hoc in ca ſu emptor preciũ quod ſoluit recuperat, & hoc eſt, quod dicit textus in d. l. vlt §. vlt. C. cõmu. de leg. *neque duplæ ſtipulatione, &c. locum habente, cum ſufficiat ei ſaltem pro precio, &c. ſibi ſatisfieri.*

Quartò probatur, quia hoc in caſu euictio ſequitur ex natura rei, quia hæc eſt natura feudi, ut ad ſucceſſorem

C ahuatum tranſeat, ergo non debetur euictio, niſi fuerit promiſſa, ſicut declarat Gloſ. communiter recepta in l. Si familiæ, C. fam. hercil. & dixi lib. 6. Controuerſ. cap. 68. in 8. concluſ.

Quintò, quia non eſt euictio præſtãda, niſi oriatur ex cauſa antecedente venditionem, ut ſuprà dixi, l. 3. l. Lu cius, ff. de euict. l. i. C. de periculo & comm. rei vend. Sed hoc in caſu non oritur ex cauſa antecedente venditio nem, ſed ſubſequente, nimirum ex morte alienantis, re licto agnato ſucceſſore ſuperſtite. Ergo euictio non de betur; præſertim quia hoc euenire poſſe, emptor proſpi re poterat, vt dixi. Quod ſi euictio ſit promiſſa, tunc ni hil obſtant quæ dicta ſunt, quia contractus, ex conuen tione legem accipiunt, l. i. §. Si conueniat. ff. depo.

Ex his patet reſponſum ad argumenta Piſtorij. Primũ enim argumentum ſumit ex d. l. vlt. §. vlt. C. commu. de legatis & fideicommiſſ. vbi probatur, actionem dari ad precium, et, qui ſcienter emit rem fideicommiſſo ſubie

D ctam. Non obſtat hoc argumentum, quia loquitur quan do euictio promiſſa eſt, vt patet ex verbis illis, *neque du plæ ſtipulatione, &c. locum habente.* Nam ſi nulla eſſet eui ctio promiſſa, certè nõ competeret actio ad precium, ut patet ex l. Si fundum, C de Euictio.

Secundum argumentum eſt, quia hoc in caſu ratio ceſſat, propter quam is agere nõ poteſt ad reſtitutionem precij, qui ſciẽter rem alienam emit. Illa enim eſt ratio, quia precium donare videtur. Non præſumitur autem emptor precium donare voluiſſe, ſed potius emiſſe ea ſpe fretus, vt feudum non euinceretur.

Reſpondeo, non hanc eſſe cauſſam, cur agi non poſſit ad precium; nulla lege id probari poteſt, nulla ratione perſuaderi: Nã cùm nemo præſumatur donare uelle ac ſuum iactare, ſemper emens rem alienam ſcienter, pre cium repeteret quia non præſumeretur donare illud em ptori voluiſſe: Neque huc pertinet regula illa: *Cuius per errorem ſoluti repetitio eſt, eius ſponte dati, donatio eſt*, quia emptor non ſoluit precium, tanquam indebi tum,

tum, imò tanquam debitum pro re empta.

In eo eſt emptor culpandus, quòd ſpontè ſe conijcit in periculum præcij amittendi, emens rem cuius grauamen non ignorat: vt proinde conqueri non poſſit, neque enim ſcienti & volenti dolus fit vel iniuria.

Tertium argumētum eſt ex æquitate rei, ne venditor locupletetur cum aliena iactura. Poteſt in hanc ſententiam adſerri tex. In l. Emptorem. §. Qui autem ff. de act. empt. in illis verbis: *Ibidem ait, idem eſſe dicendum, & ſi apertè in venditione comprehēdatur, nihil euictionis nomine præſtitum iri, precium quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi. Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emptor rem amitteret, & precium venditor retineret.*

Reſpondeo textum non loqui eo in caſu quo quis ſciēter rem alienam emit; tunc enim precium amittit, nec illud re euicta a venditore repoſcit, vt in d. l. Si fundum. C. de Euiction. niſi de euictione præſtanda ſibi proſpexerit, ut ibi. Loquitur ergo ille textus quando quis ignorās rem alienam eſſe, emit: tunc licet pactum fecerit cum venditore, vt de euictione non teneatur; tamen re euicta, precium reſtituere tenebitur: Aliud eſt igitur, aliquē de euictione agere non poſſe ex legis diſpoſitione, quia ſcienter emit rem alienam, vt in caſu noſtro, & tunc nō agit ad precij reſtitutionem. Aliud verò agere, non poſſe aliquem de euictione ex pacto, ſiue ex contractu ea lege inito, & tunc agere poterit ad precium, ita declarat Paulus Caſtrenſis in d. l. Emptorem §. Qui autem circa finem. ff. de act. empt. Decius conſ. 411. num. 4. Crauetta conſ. 211. nu. 6.

Porrò, quod de æquitate dicitur, non parui eſt momēti: ſed hæc fit pœna vel negligentiæ, vel malitiæ ementis rem alienam, aut reſtitutioni ſubiectam, & non ſibi de euictione proſpicientis. Nam ita lex ſcripta eſt, vt quod eo nomine ſoluit, repetere alioqui non poſſit, d. l. Si fundum. C de Euict. d. l. Si fratres. C. comm. vtriuſque iud. Atque ita ſentio, ſaluo meliori iudicio.

CAPVT XV.

Poſſintne agnatus ex iure contractus, vt vocant, feudum antiquum alienatum ab agnato, cum conſenſu domini, eo viuente ſoluto precio reuocare?

TRes ſunt Doctorum ſententiæ, hac de re. Prima agnatos feudum reuocare non poſſe viuente agnato, ſed filios alienantis poſſe, precio ſoluto; atque in hoc plus iuris eos habere, quàm agnatos. Ita docet Iſernias in c. Titius. ſi de feudo defuncti fuerit contren. inter do. & agnatos in verſ. Quod ſi Titius. Aluarotus ibidem. Martinus Laudenſis & Afflictus, nu. 6. Iacobinus a S. Georgio, in inueſtitura feudali. in verb. Et cū pacto de non alienando, n. 44. Curtius ſenior, conſ. pen. Clarus. § Feudum. quæſt. 42. in principio. & hanc ſententiam communem dicit Albertus Brunus, conſ. 80. nu. 11.

Secunda eſt ſententia, agnatum poſſe reuocare feudū pretio rē ſoluto, ita Bald. In d. c. Titius. ſi de feudo defuncti fuerit controuerſia inter do. & agnat. vaſalli. & ibid. Eguin. Baro, & Cuiacius. Idem ſentiunt Iſernia & Afflictus in c. 1 §. Sed & res, nu. 8 9. per quos fiat inueſtitura. Albertus Brunus d. conſ. 80. num. 2. & 12. Hieronymus Schurſius inter conſilia feudalia, conſ. 123 & conſ. 143 Piſtorius quæſtionum iuris, lib. 2. par. 1. cap. 11.

Tertia eſt ſententia, adhibendam eſſe diſtinctionem vtrum feudum in extraneum alienatum fuerit, an verò in agnatum remotiorem. Priore caſu agnato proximiori licebit precio refuſo feudum reuocare. Poſteriore non item. Ita Sonsbechius in vſus feudor. par. 13. nu. 117. Thomas Marinus, lib. 2. tit. de feudo ex pacto & ,pui. nu. 68.

Ego puto agnato ius retractus competere intra annū, niſi alienationi conſenſerit, & ideo ſoluto precio eū poſſe feudum reuocare, non dubito, ſiue extraneum, ſiue

A in agnatum remotiorem alienatum ſit. Mouet me textus in c. Titius. Si de feudo defuncti fuerit controuerſia inter dom & agnat. vaſalli, in illis verbis: *Quòd ſi Titius filios proprios haberet, precio reddito, etiā viuo Titio. quod ſi conſenſit alienationi, vel per annum ex quo ſciuit, tacuit, omnino remouebitur.*

Hic enim eſt verus ſenſus illius loci; ſicuti latius explicaui ſuperius, c. 9. circa finem, & loquitur de alienatione facta in agnatum remotiorem. Ex quo confunditur illa diſtinctio, quam commemorauimus. Quamobrem non dubito, quin contraria ſententia ex praua illius textus interpretatione originem habuerit.

Huc etiam pertinet text. in c. 1. § Sed & res. per quos fiat inueſtitura. in illis verbis. *Non permittitur ei etiam ſecundum antiquam conſuetudinem, alij eam vendere niſi tibi, vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti, &c.* Fruſtrà enim ita conſtitutum eſſet, ut non poſſet feudum alijs vendi, ſed proximiori agnato deberet vendi, pro æquali precio æmere volenti, niſi agnatus proxi- B mior precio oblato, & ſoluto, feudum ipſum alijs venditum reuocare poſſet: quod & manifeſtum eſt ex verbis ſequentibus illius tex. ibi. *Reddite, &c Precio, &c. compellatur tibi reſtituere.* Et ex cap. 1. § Porro. quali. olim feudum poterat alien. ibi: *Prohibendo autem, vel redimendo, &c.*

Fundm̄ porrò contrariæ ſniæ valde eſt infirmū: Nam poſitum eſt primò in c. 1. §. Hoc quoque. de ſucceſſ. feudi, quatenus ibi dr̄. Si is, qui feudum alienauit, moriatur abſq; hærede, illud reuerti ad proximū agnatū. Secūdò, In d. c. Titius de quo iā diximus. Tertiò, in hac rōne. Nā agnatus, dum uiuit, ius habet in feudo, conſequenter poteſt illud alienare, & donec uiuit ipſe agnatus, non uidetur poſſe reuocari, ſed eo mortuo dūtaxat, quaſi tunc reſoluto iure datoris, reſoluatur ius acceptoris iuxta l. Qui tabernas. ff. de contrah. empt. l. Puto. § Prædium. de leg. 2. l. Lex uectigal ff. de pigno. cum alijs ſimilibus.

Reſpōdeo ad primum, nihil obſtare, quia loquitur de C reuocatione feudi, quæ ex iure proprio agnatis conceditur: de qua noſtra nunc diſputatio non eſt. Nos enim fatemur agnatis ius competere reuocandi feudum, alienatū poſt mortem alienantis, nullo etiam ſoluto precio, ſed non propterea inferri poteſt, illud ius non competere etiam viuente agnato qui alienauit, ſi agnati nitantur iure retractus, ac proinde precium ſoluere parati ſint.

Ex quibus etiam intelligitur rationem illam, quæ tertio loco adducebatur, nullius eſſe momenti, quia hoc tātùm probat, feudum, uiuente agnato, qui alienauit, reuocari non poſſe ab agnatis ex iure quod habent, nullo ſcilicet precio ſoluto; Cæterùm ſi uti uelint iure retractus, quod eis conceditur, poterunt precio ſoluto feudum reuocare, etiam uiuente eo qui alienauit.

CAPVT XVI.

D *Vtrum agnato competat ius retractus, ſi feudum alienatum dixerit ſe nolle emere.*

NOn aſſentior Tiraquello, de retractu conſanguineorū. §. 1. Gl. 9. nu. 145. concedēti, ius retractus agnato, qui feudū, qđ agnatus vēdidit, emere recuſauit ea ratione, ꝙ nō videatur ſibi præiudicare uoluiſſe, ſed maluiſſe vēditionē expectare, ac intra annum ſibi cōceſſū, redimere, ut interim pecunias in id neceſſarias ſibi colligeret, & compararet. Non, inquam, placet hæc ſnīa, licet nonnullis placuiſſe non ignorem: quia id non eſt bona fide agere, ſed aſtutè, & uenditoris agnati, & emptoris contractū impedire: Cur enim dum emere recuſauit, non addidit eam proteſtationem, uelle ſe redimere ex iure ſibi competente, intra annū velle ſe vti iure protimiſeos? Non ita ſunt uerba intelligenda, ſicuti is, qui ea protulit, deſiderat, ſed vt æquitas, & iuris ratio poſtulat.

poſtulat. Et plerunque contra eum interpretantur, qui poterat apertius reſpõdere. l. Veterib. ff de pactis. Nemo decipi alterius verbis, vel reſponſione debet; ſi dixerit ſe nolle emere, videtur cõſentire, vt feudum alteri vendatur; aut certè venditionem impedire, reuocare non põt, argum. l. Qui Romę. §. Cohęredes, ff. de verb. oblig. l. vlt. C. de iure emph. Et hanc ſententiam probat textus in c. 1. §. Sed & res. Per quos fiat inueſtitura ibi. *Non permittitur ei, etiam ſecundum antiquam cõſuetudinem, alij eam vendere, niſi tibi vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti.*

Ergo ſi nolis emere, ſi nolis accipere, permiſſum eſt alij vendere. Dices permiſſum quidem, ſed agnato proximiori redimere permiſſum quoque eſt eodem precio. Concedo id verum eſſe, quando agnatus vendidit abſq; conſenſu proximioris, aut proximiore non requiſito, an vellet emere: ſed ſi requiſitus dixerit ſe nolle emere, iam ipſe videtur conſentire, vt alij vendatur liberè & irreuocabiliter.

Replicabis, alijs quidem vendi poſſe, ſed ſaluo iure retractus, quia proximior habet ius prohibendi ne feudũ alij vendatur. Item habet ius illud ipſum redimendi. c. 1. §. Porro, quibus modis olim feudum poterat alien.

Rñdeo, proximiorem agnatum hoc iuris obtinere, vt ſi venditionẽ non impediat, poſſit redimere, niſi dixerit ſe nolle emere. Cur enĩ ei liceat voluntatem in alterius præiudicium mutare? l. Nemo poteſt mutare. de reg. iur. Neq; verò dici poteſt, mutatam hic voluntatem non eſſe; quid enim eſt aliud feudum redimere precio ſoluto, quàm illud emere? Atque ita ſentio vnà cum Baldo in d. c. 1. §. Sed & res. & ibid. Afflict. nu. 8. verſ. Et ſi ille proximior. latius Piſtorius quæſt. iuris, lib. 2. par. 1. q. 12.

CAPVT XVII.

Quid iuris ſi proximior agnatus vti nolit iure retractus; poſſitne eo vti ſequens in gradu?

NOn aſſentior Piſtorio lib. 2. quæſt. iuris, par. 1. q. 12. num. 65 neganti ius retractus in feudis alienatis competere agnato remotiori, quando proximus negligit eo vti, eo argumento, quòd ius retractus dicatur competere agnato proximiori, & nulla alterius remotioris, qui in gradu ſequitur, mentio in uſibus feudorum habeatur, ut in c. 1. §. Sed & res. Per quos fiat inueſtitura in c. 1. § Porro. qualiter olim feudũ poterat alien. in c. Titius Si de feudo defuncti fuerit controuerſia inter dom. & agnat. vaſalli, ac proinde non ſit hoc ius temerè producendum, præſertim cùm repugnet regulis iuris, l. Dudum. C. de contrah. empt. Et deniq; nulla ferè ſit in eo vtilitas agnati remotioris, quandoquidem proximior feudum reuocare poſſit, mortuo eo qui alienauit, etiam nullo precio reſtituto.

Non, inquam, mihi placere poteſt hęc ſententia, quia ius retractus in feudis introductum fuiſſe credendũ eſt, vt feuda in agnatione, & familia remanerent, neque ad extraneos tranſirent: Et ideo & in Conſtitutione Friderici Imperatoris, & in alijs legibus, quę de iure retractus conſcriptæ ſunt, ea facultas omnibus agnatis, & conſanguineis conceſſa eſt, vt fatetur ipſe Piſtorius, quòd ego non vrgeo, vt hoc teſtimonium extra ius poſitum, loco legis habeatur, ſed vt ex eo colligere ualeamus mentem ac rationem legis, quæ ius retractus induxit.

Deinde quia is dicitur proximus, quem nemo antecedit. l. Proximus. de uerb. ſignif. Hinc hæreditas ſoli proximo agnato, id eſt, ei, quem nemo antecedit, deferri dicitur. l. Poſt conſanguineos. §. Hæreditas. & §. Legitima. ff. de ſuis & legit. hæred. quod ideo declaratum eſt, ut intelligatur recuſante adire proximiore, eum qui in gradu ſequitur adire poſſe, quaſi iam proximior ſit. Vlpianus: *Si quis igitur proximus agnatus, dum hęredes ſcripti deliberant, diem ſuum obierit, ſequens quaſi proximus ad-*
A *mittetur.* l. 2. §. Proximus. ff vnde cognati.

Igitur eadem interpretatio adhibenda eſt in feudis, ut is dicatur proximus, quem nemo antecedit. Quare ſi proximus feudum redimere neglexerit, ſequens quaſi proximus redimere poterit.

Huc accedat quod negari nõ poteſt, excluſo poſt mortem alienantis proximiore, eum qui ſequitur in gradu, feudũ reuocare poſſe, ita vt præſcriptionis exceptio, quæ proximiori obſtabat, non obſtet ſequenti. ſicut latè diſputatum eſt ſuprà, cap. 12. Ergo idem ſtatuendum eſt, & in iure retractus, vt ſcilicet excluſo proximiore ſequẽs admittatur. Nã & ſimili modo proximior duntaxat uocatur tam poſt mortem alienantis ad reuocandũ feudum nullo precio ſoluto, quàm viuente ipſo alienante, ex iure retractus precio ſoluto, ut in d. cap. Titius. ſi de feudo defuncti controuerſia fuerit inter do. & agna. uaſalli. Sicut ergo in uno caſu proximiore excluſo ſequens admittitur, ita & in altero caſu admitti debet.

Quod verò Piſtorius adfert nullam fore utilitatẽ agna-
B ti ſequentis in gradu, nihil ſanè mouet, quia fieri poteſt, ut tranſigat cum proximiore, ne mortuo alienatore quęſtionem ei moueat. Fieri etiam poteſt, ut ſequens agnatus in gradu proximiori ſuperuiuat: denique vt nihil timeatur à proximiore, propter eius decrepitam ætatem fortè etiam, & incapacitatem, aut culpam.

Et hanc ſententiam amplexi ſunt Afflictus in cap. 1. §. Donare. nu. 81. qualit. olim feud. poterat aliena. Sonsbechius, par. 13. nu. 119.

Piſtorius autẽ citauit Cuiacium nt. 4. lib. 2. feud. quaſi ambigentem, an vlteriori agnato ius redimẽdi concedatur. Sed in eo offendit (& quis eſt qui aliquando non offendat?) Nã Cuiacius non de eo dubitauit, ſed an domino competat ius redimendi, ſi feudũ, nõ proximiori, ſed vlteriori agnato vẽdatur. Sic enim ait; *Si in iure protimeſeos cõcurrat agnatus & dominus feudi, vel emphyteuſeos,*
C *vel cẽſus, agnatus præfertur. Ergo & cũ agnato proximiori venditur, merito dicemus domino non competere ius protimeſeos. An & ſi vlteriori? non auſim affirmare, cũ agnato proximiori, ſiue agnato, ſiue extero vendiderit competere ius protimeſeos, probet 4. tit. 14.* Hactenus ille.

CAPVT XVIII.

Poſſitne filius reuocare antiquum feudum à patre alienatum, cum conſenſu domini poſt mortem ipſius patris?

INgens controuerſia eſt de filio, an poſſit feudum antiquum, ſiue paternum appellatum, a patre alienatũ, poſt mortẽ patris reuocare. Tres ſunt præcipuæ Doctorum ſententiæ. Quarum duę verſantur in aliquo extremo: tertia uerò, quæ mihi maximè probatur, mediã ingreditur viam. Prima hęc eſt, filiũ reuocare poſſe feu-
D dum a patre alienatum, ſiue ſit hæres patris, ſiue non ſit hæres. Altera, non poſſe reuocare, ſiue hęres ſit patris, ſiue non ſit. Tertia, quæ mediam tenet uiam, diſtinctionem adhibet, ut ſiquidem filius hæres patris non ſit, reuocare poſſit feudum a patre alienatum; ſi verò hęres patris extitat, non poſſit, quod ſi inuentarium confecerit, quatenus erit in bonis hæreditarijs, eatenus factum patris præſtare tenebitur, nec reuocare poterit, ut fusè explicatum eſt ſuprà cap 14. Nõ inde tamen colligi poteſt, filium poſſe patris hæreditatem repudiare, & feudum reuocare. Id enim ei non licere palàm eſt ex c 1. An agnatus uel filius. de quo ſuprà cap. 5.

Prioris ſententiæ author eſt Pinellus in l. 1. in 3. part. nu. 95. C. de bonis mater. poſt alios. quos ſuprà cap. 13. citauimus, non procul ab initio: Omnes enim qui putarunt, agnatum hæredem alienantis reuocare poſſe feudum alienatum, multò magis idem iuris filio conceſſerunt: imò multi ex ibi citatis expreſsè loquuntur de filio hærede patris.

Secundę opinionis author eſt Piſtorius, de filio nominatim diſſerens lib. 2. quæſt. iuris, par. 1. quæſt. 13. vbi citat eiuſdem ſententiæ authores, Baldum, & Beſuiſium in c. 1 §. Hoc quoque. de ſucceſſ. feudi. Cuiacium, & Baronem in c. Titius. Si de feudo defuncti fuerit controuerſia inter do. & agnat. vaſalli; Sed certè Baldus ibi, nu. 10. contrarium mihi videtur ſcribere. Cuiacius autem apertè loquitur de filio, qui ſit hæres patris, vt patet ex eo, quod adducit. l. Seia ff. de euict. & tit. 70. lib. 4. feudorum; qui textus loquitur de filio hęrede patris. Eguinarius autem Baro nihil dicit hac de re quod viderim.

Tertia autem opinio, quam diximus eſſe mediam, in ea parte, qua docet, filios qui non ſunt hæredes patris reuocare poſſe antiquum feudum a patre alienatū, authores habet omnes, qui id agnatis permiſſum eſſe voluerunt; nam idem multò magis filijs concedunt Iſernia, Aluarotus, Præpoſitus in d. ca. Titius. Afflictus in c. 1. §. Hoc quoque, nu. 55. 56. de ſucceſſ. feudi. & alij, quorum facit mentionē Piſtorius in d. q. 13. nu. 18. In altera verò parte, qua docet, filios patris hæredes feudum reuocare **B** non poſſe, authores habet Bald in d. c. 1. §. Hoc quoque, num. 10. de ſucceſſ. feudi. Ruinum conſil 25. nu 10. lib. 2. Martinū Silimanū de feudis, nu 169. & omnes alios, qui negant, agnatis hæredibus ius competere feudum alienatum reuocandi, quos adduxi ſuprà, c. 13. verſ. Verum quamplurimi. Eadē enim ratio eſt in filio, quę in agnatis.

Rectè igitur ordineq; facturus uideor, ſi ſententiam hanc prius confirmauero, deinde argumenta confutauero, quibus aliæ nituntur ſententiæ.

Hæc itaque ſententia duas habet partes, quarum illa prior eſt, filium hæredem patris ſui reuocare non poſſe feudum a patre alienatum. Poſterior autem filium, qui patris hæres non ſit reuocare id poſſe. Prior pars probatur ex ijs legibus quibus cauetur, hæredem præſtare debere factum defuncti, & non poſſe illud impugnare ac reuocare. l. Cùm a matre. C. de rei uend. l. Venditrici. C. de reb. alie. non alien. cum alijs multis, quas commemoraui ſuprà hoc eod. lib. c. 13. quibus adde text. pulchrum, **C** in c. 1. §. Item hæredes, tit. de Notis feudorum.

Poſterior aūt pars probatur tribus argumētis. Primū eſt, quia iure feudali expreſsè cautum eſt, agnatos reuocare poſſe feudum alienatum ab agnato, ut in c. 1. de aliena. feudi paterni. c. Titius. Si de feudo fuerit controuer. inter do. & agna. uaſalli. Ergo ēt filius illud reuocare pōt, Nam filius dī eſſe agnatus pſi. l. Filius. ff. de ſuis & legi.

Secundum argm̄ ſumitur ex ratione iuris. Nam aut filijs ius quæſitum eſt ex antiquis maiorum ſuorū inueſtituris, & acquiſitionibus, aut ius quæſitum non eſt. Si nullum ius quęſitum eſſe dicamus, inanis erit diſputatio noſtra, nec in ijs terminis procedere poterit. Sin aūt ius quæſitum eſt, abſq; ulla difficultate efficitur, patrem nō poſſe illud eis auferre alienando feudū, arg. l. 1. C. de bonis matern. l. Id qđ noſtrū de reg iur. Et ideo filius iure proprio bona alienata vēdicare poteſt. l. Seia. ff. de Euic. l. Venditrici. C. de reb. alie. non alien. l. ult. C. de Euict.

Tertium argumentum eſt ex alia iuris ratione. Nam **D** ea, quæ filius non habet à patre ſuo, ſed aliunde, ex culpa & facto patris amittere non debet. l. Eum qui. ff. de interd. & releg. Feudum autem, de quo noſtra eſt diſputatio, non à patre, ſed aliunde habet, nimirum ab auo, uel proauo, & alijs maioribus, uel aſcendentibus ſuis: Ergo non poteſt illud amittere facto, id eſt, alienatione patris. Nunc argumenta, quibus contrariæ ſententiæ nituntur, diſſoluenda ſunt.

Imprimis ad probādū, filiū poſſe feudum indiſtinctè reuocare, ſic Pinellus argumentatur; *In iuribus feudalibus ſæpe legitimus factum vnius vaſſalli vel poſſeſſoris ſibi ſoli, nec ſucceſſori, nec domino nocere poſſe c. 1. §. Quid ergo de inueſt. de re alie facta c. 1. de ſucceſſ. feud. ibi, nulla ordinatione defuncti in feudo valente, &c.*

Reſpondeo, iſtud argumentum probat filium reuocare poſſe feudum alienatum, ubi non eſt hæres alienan-**A**tis quod & nos concedimus: Sed non probat reuocari poſſe ab eo qui hæres ſit alienantis.

Secundò ita pergit. *Iuuatur,* inquit, *hæc opinio ex l. 1. §. Titius. Si de feudo defuncti cōtrouerſia ſit inter do. et agn. vaſalli, dupliciter inducendo. Primò, dum loquitur de proximiore agnato, quem inquit reuocare poſſe alienationem feudi mortuo alienante. Veriſimilius autem eſt quod proximior agnatus hæres erit defuncto. & ita frequentius contingit, ſuadetq́; ex l. Confitentur. ff. de iure Codi. Cum ergo textus ille indiſtinctè loquatur de agnato proximiore, qui ſæpius ex teſtamento, ſemper autem ab inteſtato hæres eſt, ſi velit, eundemq́; dicat poſſe alienationem feudi reuocare, abſurdum & dominatorium eſſet, reſtringere textum ad caſum inſolitum, nec tam veriſimilem de proximiore non hærede. Inducitur ſecundò textus ille, dum loquitur de filio, & inquit etiam viuo patre alienāte poſſe filium reuocare alienationem, vbi expēdenda eſt implicatio verbi,* Etiā: *innuit enim mortuo patre planè admitti filium, & ideo exprimitur ibi caſus maioris dubij, vt etiam viuo patre filius* **B** *admittatur. Nec ſanum eſſet intelligere caſum patris mortui in filio non hærede, cum id fere nunquam contingat, manifeſteq́; iura repugnent l. Cum ratio. ff. de bonis damna.*

Reſpondeo, quod attinet ad text. in d. c. Titius. uidenda eſſe ea, quæ poſui ſuprà, cap. 9. ex quibus perfacilè erit intelligere, id quod Pinellus dicit de filio reuocāte feudum alienatum, non eſſe conſentaneum uerbis illius loci, & a ſententia eius longè alienum eſſe: quia loquitur de agnato reuocante feudum alienatum, non autem de filio. Veruntamen, quia & nos concedimus, & uerum eſſe profitemur, agnatum filiumq; feudum reuocare poſſe: tam ex textibus iuris feudalis, quàm ex ratione iuris, reſpondemus ad iſtud argumentū, negando, id accipiendum eſſe de agnato, & filio hæredibus: Eo enim caſu, quo hęredes exiſtunt alienantis, repræſentāt defunctū, & eius factum præſtare tenentur, nec ulla ratione poſſunt illud impugnare: Non obſtat id quod dicitur, plerunque agnatum & filium hęredem eſſe, quia nos loqui**C**mur, quando hæredes non ſunt; licet enim rarò id accidat, ut hæredes non ſint, accidere tamē multis ob cauſſas poteſt; Vnde ſatis eſt in ea hypotheſi, noſtram ſententiam locum habere, in qua hæredes non ſint. Quod ſi nullæ erant ſtatuendæ leges in illis caſibus, quibus filij hæredes non ſunt parentum ſuorum, quia rarò id cōtingat, non erat opus de inofficioſo teſtamento cauere, de legitima, de repletione eius, & de alijs capitulis ad eā rem pertinentibus, quæ ſanè non pauca ſunt, nec parui momenti. Sicut ergo nemo dixerit, inanes eſſe tot conſtitutiones, quæ ad hunc caſum reſpexerunt, quo filius hæres non ſit patris, ita nec inanis erit concluſio noſtra, qua aſſerimus, filium qui hæres non ſit parentis ſui feudum antiquum à parente alienatum reuocare poſſe, & dicta iuris teſtimonia accipienda eſſe de filijs, qui hæredes patris non ſunt.

Roboratur tertiò (inquit Pinellus) *vrgēti ratione; quia feudum cenſetur honor familia, qui citiſſimè aboleretur, ſi* **D** *proximioribus hæredibus & ſucceſſoribus ius reuocandi negaretur, fieretq́; iniuria primò acquirenti, cui poſteriori omnes ſucceſſionem feudi debent, &c.* Cętera enim, quę ſubijcit, ad eum caſum pertinent, quo dominus alienationi non conſenſit, de quo noſtra non eſt diſputatio.

Reſpondeo, hoc argumentum probare, filium reuocare poſſe feudum alienatū, quod nos etiam defendimus: Verùm nō pertinere ad eum caſum, quo filius hæres eſt patris alienantis, qui caſus nunc controuertitur.

Iuuatur quartò, inquit Pinellus, *hæc opinio contra Doctores ex altera parte communis opinionis; de feudo conceſſo alicui & liberis, quo caſu concedunt omnes, ut ſaltem confecto inuentario poſſit hæres reuocare alienationem. Puerile enim & abſurdum uidetur, totū huius rei effectum pendere a leuiſſima verborum differentia, contra l. 2. C. comm. de lega &c.*

Reſpondeo, nos non recipere traditionem illam, de

feudo

ſeudo conceſſo alicui & liberis, vt hæres reuocare poſſit alienationem, quod verò dicit, ſaltem facto inuentario hæredē poſſe reuocare, à nobis diſputatum eſt ſuperiùs c. 14 nunc de hærede ſimpliciter nobis inſtituta diſputatio eſt: quid de hærede, qui inuentarium fecit, ſtatuendum ſit. ibi explicatur, atque hoc in loco repetendum non eſt.

Poſt hæc Pinellus reſpōdet ad reg. l. Cùm a matre. C. de rei vend dicens, non habere locum quando alienatio nulla eſt, quem articulum expendimus iam cap. 13.

Sequitur vt refellamus argumēta Piſtorij. Primū eſt; *quod perlectis ac diligenter conſideratis omnibus iuris feudalis capitibus, nullibi, ne vno quidem verbo cautum reperiatur filios feudum à patre alienatum reuocare poſſe, &c.*

Reſpōdeo, ſatis cautum id eſſe, cùm filius agnatus ſit. l. Filius. ff. de ſuis & legitim. hæred. Agnatos autem poſſe feudum reuocare conſtitutum ſit. Cùm eadem ratio ſit, & multò maior in filijs, quàm in agnatis. Cùm pater nō poſſit ius quæſitum filijs ſuis aliunde, quàm ab ipſo auferre, l. 3. ff. de interd. & releg. vt ſuprà diſputauimus.

Secundum argumentum eſt, quia ingenuis hominibus, atque adeò parentibus, libera eſſe debet rerum ſuarum adminiſtratio. l. 2. ff. ſi à parente quis fuer. manu. l. In re mandata. C. mand. Nec poteſt filius in irritum deducere ea, quæ à parentibus geſta ſunt. l. Ea quæ à patre. C. de reſti. mili. nec eo quidem prętextu, quod res alienatę ab auo & familia deſcenderint. l. Si auia. C. de donat.

Reſpondeo, iſtud argumentum locum ſibi poſſe vendicare in ijs rebus, quę proprij iuris ſunt parentis, ita ut filius in eiſdem nullū habeat ius: Et ideo dicit text. in d. l. ſi auia. *Si auia veſtra proprias res, &c.* In iſtiuſmodi rebus nemo negat liberam eſſe facultatem parentibus conceſſam alienandi, ſed nos loquimur iam de feudo, in quo ius quęſitum eſt filijs, poſt mortem patris ſui ex antiquis inueſtituris & conceſſionibus: illud ius non poteſt ei pater directè auferre, nec indirectè alienando feudum.

Tertium argumentum eſt, quia *iura feudalia quotieſcunque de facultate reuocandi feudum alienatū diſponunt, de ſolis agnatis loquuntur, nulla facta mentione filiorum. c. 1. de alien. feud. pater. c. 1. §. Porro. qualiter olim feudum poter. alien. et alibi. Cum tamen è contrario quotieſcunq; de iure pertinente ad filios agitur, de ijs diſer: è etiam diſponatur, c. 1. de ſucceſſ. feudi: Quin etiam vbicunque tam de filijs, quàm de agnatis eſt agendum, nunquam ſub vno agnatorum nomine vtrique comprehenduntur, ſed filij ab agnatis manifeſtè diſtinguuntur, & illorum ab ijs ſeparata ſemper habetur ratio c. 1. In princip. & §. His vero deficientibus. de gradibus ſucceden. in feudo c. 1. § Hoc quoque. de ſucceſſ. feudi, &c.*

Reſpondeo, licet expreſsè mentio facta non ſit de filijs, ſicut de agnatis, id tamen non obſtare. Primò, quia appellatione filij uenit etiam agnatus ut dictū eſt: Et licet aliquando fiat mentio nominatim filiorum, & agnatorum, non tamen inde ſequitur, agnati nomen eò minus filijs conuenire, quod illis à iure tributum eſt; & nullo textu iuris feudalis conuenire negatur, niſi quando eodem in loco aliud ſtatuitur de filijs, aliud de agnatis: tunc enim apparet ſub nomine agnatorū filios non contineri. Exemplum eſt in cap. 1. An agnatus uel filius.

Secundò, quia eadem ratio eſt in filijs, quę in agnatis, ut meritò idem iutis eſſe debeat.

Tertiò, quia iuribus feudalibus nullibi contrariū conſtitutum eſt, ut nimirum filij reuocare non poſſint feudum à patre alienatum: Ergo id erit ſecundùm iutis cōmunis regulas definiendum. ca. 1. de feud. cogn. Docent autem iuris communis regulę, filium reuocare poſſe res proprias a patre alienatas, ſi non ſit hæres patris, l. 1. C. de bon. mater. l. Cùm à matre. C. de rei vend. cum alijs ſuperiùs adductis.

Quartum argumentum eſt, quia *in multis iuris feudalis capitulis, in quibus de reuocando feudo alienato agitur, licet ſimul etiam filiorum quandoque fiat mentio, non ta-*

A *men propterea hoc ius reuocandi ipſis conceditur, ſed huic iuri tum demum locus relinquitur, ſi is qui alienauit feudum, ſine filijs deceſſerit, vt in c. 1. § Si aliquis de capitaneis. apud quem vel quos controuerſ. feud. finiat. in c. 1. § Si verò vel totum. qualiter olim feudum poterat alien. in cap. 1. §. Hoc quoque. de ſucceſſ. feud.*

Reſpondeo, hæc iuris feudalis teſtimonia ad rē iſtam non pertinere. Nam quod attinet ad primum, verba textus hæc ſunt: *Si aliquis de capitaneis, vel de maioribus Valuaſoribus, vel de minoribus ſuum beneficium, ſiue totum, ſiue partem alienauerit, & ipſe, vel hæres eius ſine hærede deceſſerit, quia beneficium ſenioribus aperitur, totum quod fecit reuocari debet.*

Ex hoc textu non probatur, filium reuocare nō poſſe feudum alienatum, ſed probatur, feudum alienatum domino, qui ſenior appellatur aperiri, ſi alienans ſine hærede, hoc eſt, filio deceſſerit. Ratio eſt, quia ſi filius extet, ille poteſt feudum reuocare, ſi antiquum ſit, & ideo in cauſa eſt, vt feudum non aperiatur domino.

B Eadem ferè reſponſio ualet ad tex. in cap. 1. §. Si verò vel totum, & in d. cap. 1. §. Hoc quoque. Nihil enim aliud dicitur, niſi feudum ad dominum reuerti, vaſallo decedente abſque hærede, vel feudum ipſum refutāte in manu domini, uel illud ob aliquam culpam amittente. Ex quo non rectè infertur, filium non poſſe feudum reuocare alienatum: licet enim text. id non dicunt, non tamen id negant: Quare ad hanc quæſtionem noſtram nequaquam pertinent.

Quintum argumentum ſumitur ex ratione, quæ in cauſa eſt, ut agnati feudum alienatum reuocare poſſint. *Si enim rectius quis ſecum perpenderit, animaduertes, hoc inde potiſſimum deſcendere, quoniam agnatus collateralis feudum non ab eo, qui alienauit, obtinet, neque vllam cauſam habet, cur ipſi hac iure quicquam acceptum ferat, ſed potius per inueſtituram eius, à quo tanquam à communi ſtir-*
G *pe feudum ad alienatorem peruenit, ſuccedere videtur, vt diſertè probatur in cap. 1. §. His verò deficientibus. de Gradibus ſucceden. in feud. cap. 1. § Si capitanei. de feudo Marchiæ. in c. 1. de eo qui ſibi vel hæredibus ſuis maſcul. Non mirum igitur, cur ipſi inuito ius hoc aliūde quæſitum auferri nequeat. Hæc verò ratio in filio & cæteris deſcendētibus penitus ceſſat. Nam in feudo non tam beneficio primi acquirentis, quàm mediāte perſona patris ſui ſuccedit, & ab ipſo patre capere videtur, vt probatur in d. § Si capitanei, & notat Bald. & Doct. in ca. 1. an agnat. uel filius, vbi Cuiacius eius manifeſtam affert rationem, quoniam ſi filius cenſeretur feudum non à patre proximè defuncto, ſed ab auo obtinere, tum ſanè patruus filij, qui auo proximior eſt gradu, potius ſuccederet in feudo, excluſo filio: ſed cum patruū in ſucceſſione feudi excludat, palā eſt illum, feudum non ab auo, ſed à patre ſuo nanciſci. Non igitur reuocandi ius agnatis conceſſum, ad filios pertinere debet, non ſolum quia ceſſat ratio, ob quam agnatis hoc ius indultum eſt; ſed etiam quia*
D *alia ſuccedit, quæ in perſona filiorum longè aliud ſuadet, nimirum hoſce factum eius præſtare debere, à quo lucrum capiunt, & cuius beneficio ad feudi ſucceſſionem perueniunt.*

Reſpondeo, animaduertendum eſſe, maiorem quidem propoſitionem veram eſſe; Ex qua perſona quis lucrum ſentit, eius factum præſtare debet. l. Ex qua perſona. de reg. iur. Cęterū alia propoſitio, quæ aſſumitur, vera non eſt, nimirum filium ex perſona patris lucrum capere in propoſito caſu, quo feudum pater alienauit. Nā aut dicimus, filium ex perſona patris lucrū ſentire, quia ſit hæres eius, & ſucceſſor in cæteris bonis, & hoc certiſſimum eſt, ſed in hoc caſu lucrum non habet concluſio noſtra, quia nos quoque aſſerimus filium hæredem patris, feudum alienatum reuocare non poſſe. Aut volumus filium ſentire lucrum ex perſona patris reſpectu feudi; quia videlicet illud ex patre ipſo habere uideatur: Et hoc nequaquam locum habere poteſt, niſi filius feudum alienatum reuocare poſſit. Quo enim pacto lucrū ſentire poterit filius, ſi illud reuocare nō poſ-

A fit? Ex quibus patet non rectè applicari, quod Cuiacius dixit, & ante eum Baldus, & alij, filium videlicet, patris hæreditatem ſibi delatam repudiare non poſſe, & feudum retinere. Nam cùm feudum ex patre ſuo habere videatur, & quaſi hæres patris, non eſt conſentaneum iuri, vt eius hæreditatem repudiare poſſit, eamq́; à feudo ſeparare. Hic ſermo eſt de feudo non alienato, ſed à patre poſſeſſo, & relicto inter alia bona patris eo in caſu, quo filius ad hæreditatem vocatus eſt. Noſtra autem quæſtio eſt de feudo alienato, & de filio qui hæres non ſit patris. Vnde res eſt planè diſſimilis, & diuerſam habet rationem ut patet.

Sextum argumentum eſt; *quia filij in materia feudali plerunque hæredes patris appellantur. cap. 1. §. Etſi clientulus de alienat. feudi; &c. Non enim id fruſtrà factum eſſe, ſed hoc ipſo ſignificari videtur, filios ad feudum non niſi ex perſona patris peruenire, atque adeò ipſi in feudo hæredes eſſe, & feudum illi acceptum ferre, factumq́; parentis præſtare debere.*

B Reſpondeo, ſi filius ſit hæres patris, me non confutare hoc argumentum, ſed ei acquieſcere. Cæterùm, ſi hæres non ſit, non video cur non poſſit feudum alienatum reuocare, ad quod eſt inuitatus ex antiquis conceſſionibus ac inueſtituris. Quod enim filius in feudo ſuccedere uideatur, tanquam hæres patris, verum eſt, & locum habet, quando feudum reperitur in hæreditate patris: Tunc illud ita coniunctum eſt cum reliqua hæreditate, vt non liceat filio ſeparare hæreditatem ab eo, & retento feudo, eam repudiare: ſicut nemo poteſt ſecundum iuris regulas partem hæreditatis accipere, & partem repudiare. l. 1. & 2. ff. de acq. hæred.

Sed aliter dicendum eſt, ubi feudum alienatum eſt, nec extat inter bona paterna: Certè ad illud reuocãdum filius actionem habet, quia illi debetur ex antiquis inueſtituris, vt dictum eſt, ſi non ſit hæres patris.

Septimum argumẽtum ſumitur ex cap. 1. An agnatus vel filius. & c. 1. §. Filius. de Capitaneo qui curtam uendidit. C *Nam cùm ibi manifeſta conſtituatur differentia inter agnatum & filium, & huic iniungatur, vt unà cum feudo ſimul hæreditatem paternam adeat, & de feudo etiam debita hæreditaria perſoluat, quis negare auſit, magnam eſſe inter filios agnatos diuerſitatem, & filios factum patris in feudo; longè magis quàm agnatos capeſcere debere, neq; propterea feudum à patre alienatum reuocare poſſe? Cum regulariter hæres factum defuncti præſtare teneatur l. Cũ à matre. C. de rei vend. Si enim filius de feudo tenetur luere debita parentis, etiam eo in caſu, in quo de mente patris non ſatis conſtat, filio in feudum præiudicium generare voluiſſe, vtique multo magis factum parentis præſtare tenebitur, quando ex alienatione facta certum eſt, eum feudum ad alium magis quàm ad filium, tranſmittere in animo habuiſſe, &c.*

Reſpondeo, negando conſequẽtiam illam. Filius non poteſt feudum retinere, niſi ſimul etiam accipiat hęreditatem patris. Item tenetur ex feudo ſoluere debita patris, ergo etiam eo in caſu, quo hæres eſſe non poteſt (de D eo enim caſu iam diſputamus) non poteſt feudum à patre alienatum reuocare. Licet enim in hoc differat ab agnato, quia agnatus poteſt feudum retinere, & hæreditatem repudiare, non tamẽ efficitur etiam in eo de quo agitur, quod longè diuerſum eſt, differre: Factum patris præſtat filius quoties hæres eſt. Id non nego. Tenetur etiam tunc debita patris ſoluere ex feudo cùm hęres eſt. Cęterùm ſi non ſit hæres, non quia nolit, neque enim poteſt hæreditatem repudiare, & feudum retinere, ſed quia non eſt delata ei hæreditas, vel aliam ob cauſam, tunc non tenetur præſtare factum eius, & poteſt meritò ex iure ſibi competente feudum uendicare.

Octauum argumentum ex illis iuris capitulis ſumitur, *quibus docetur, quod etſi delictum vaſalli agnatis nocere nequeat, filijs tamen eiuſdem obſit, vt in cap. 1. Si vaſallus feudo priuetur, & in cap. 1. §. Vaſallus, ſi de feudo defuncti, &c. & in cap. 1. §. fin. quæ fuerit prima cauſa beneſ. amitt. & in c. 1. An ille qui interfecit fratrem domini ſui. Nam vel ex hoc ipſo manifeſtum eſt, filios in feudo non eodem cum agnatis iure uti, ſed eos factum parentis magis luere ac præſtare debere: neque ulla probabilis poteſt reddi ratio diuerſitatis, quam ob cauſam vaſallus quouis modo amittendo feudum, poſſit præiudicare filijs, alienando verò, hoc ipſi integrum eſſe non debeat.*

Reſpondeo, delictũ patris filijs in feudo antiquo non nocere, quod videlicet non ex patris beneficio, ſed aliunde filijs defertur, in quo feudorum genere noſtra verſatur diſputatio. argum. l. 3. ff. de interd. & releg. l. 1. §. ult. l. 3. §. Si emancipatus ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab. l. Si necem. §. Si deportatus. ff. de bonis liber. l. Cognouimus cum auth. ſequenti. C. de hæreticis, ita omnium primus docuit Cynus, quem refert, & ſequitur Bar. in d. l. 3. ff. de interd. & releg. Alex. in l. Si finita. § Si de uectigalibus. nu. 29. ff. de damno inf. Zaſius de feudis, par. 16 num. 96. Clarus. §. Feudum. q 66. verſ. Sed quæro hoc caſu.

B Et licet Piſtorius in hoc articulo cõtrariam habuerit ſententiam, q 16. nos tamen inferiùs, cap. 21. argumenta eius confutabimus: & ex ijs, quæ ibi adferemus, perſpicuum erit, hanc reſponſionem bonam eſſe, & idoneam.

Nonum argumentum eſt, *quia ex parte domini iure feudorum expreſſè cautum eſt, hæredes eius teneri rata habere ea, quæ inueſtiendo geſſit c. 1. qui ſucceſſ. teneãt cap. 1. §. Idem ſciendum de notis feudor. Si enim filius domini inueſtientis tenetur præſtare factum eius, ſanè non video, cur non in perſona vaſalli idem ius eſſe debeat, cùm vtrobiq; eadem ſubſit ratio.*

Reſpondeo, hoc argumentum obſtare ſententiæ, quã ſecutus eſt Pinellus. Is enim exiſtimauit filium licet hæres ſit patris, reuocare poſſe feudum a patre alienatum. Nobis autem non obſtat, quia fatemur, ſi filius ſit hæres patris, præſtare debere factum eius, nec reuocare poſſe quæ pater fecit.

Decimum argumentũ ſumitur ex c. Titius. Si de feu-C do fuerit controuerſ. inter dom. & agnat. vaſalli, vbi extantibus filijs, ſolis agnatis ius reuocandi feudum conceditur, quod argumento eſt, filios feudum reuocare non poſſe. *Cur enim quæſo,* inquit Piſtorius, *agnati refuſo precio reuocarent feudum; ſi integrum eſſet filijs defuncto parente feudum ſine precio recuperare, & agnatis, qui caro emerunt, id iterum auferre? Nam omnem laborem in reuocando fruſtra ponerent, omnemque pecuniam profunderent; quod quia veriſimile non eſt eos commiſſuros l. Cum de indebito ff. de probat. ideo minimè credendum eo in caſu, in quo extantibus filijs iura feudalia de agnatorum reuocatione ſolicitè agunt, filijs ius reuocandi competere; ſed potius ex hoc ipſo ſtatuendum eſt, eos feudum alienatum reuocare non poſſe.*

Reſpõdeo, ueriſimile eſſe, agnatum refuſo precio feudum ex iure retractus redemptum etiam filijs extantibus, licet filijs poſt mortem patris competat ius ad feudum uendicandum, ſi ei de euictione promiſſum, & cau-D tum ſit, & patris alienantis bona pro indemnitate ſuffectura ſint; ita vt veriſimile ſit filium patris hæredem futurum, quo caſu ille à reuocando feudo excluditur, aut certè in ipſis bonis Patris agnato ſit proſpectũ filio feudum reuocante. Et cùm veriſimile id ſit, & plerunque cõtingat, ut ad aliud propoſitum dicebat ipſe Piſtorius, filium patri hæredem futurum; Hinc efficitur haudquaquam ueriſimile eſſe agnatum a reuocando feudum retardatum ac deterritum iri, eam ob cauſam, quòd metuat filium poſt mortem patris feudum recuperaturum, ſiquidem ut dictum eſt, Filius hæres patris non poteſt illud reuocare.

Vndecimum argumentum eſt, quia hæc uidetur eſſe mens, tam acquirentis quàm concedentis feudum, *vt tum demùm ad filios tranſire voluerint, ſi in eadem voluntate perſeuerantes illud non alienauerint, atque inde hanc ipſam conditionem contractus inter dominum*

& va-

& vaſallum initio tacitè ineſſe, vt docuit Iſernia in cap. 1. §. Et ſi libellum, col. 3. de alien. feud. patern. Eadem igitur lege atque conditione ad deſcendentes ſuos feudum tranſmiſiſſe cenſebitur acquirens, vt tum demùm ad filios eorum deuoluatur, ſi ipſimet non alienauerint. Nam regulariter conditio quam ab initio ex conuentione recepit contractus, ad hæredes etiam tranſmitti ſolet. l. 2. §. Ex his. ff. de verb. oblig. &c.

Reſpondeo, hanc quidem cõditionem inter dominũ & acquirentem interpoſitam videri, & ideo acquirens feudum poteſt illud cum conſenſu domini alienare, etiã in præiudicium filiorum, vt ſuprà diſputatum & concluſum eſt, cap. 8. Cæterùm inter dominos & alios, qui primi non acquiſiuerunt, videri nõ poteſt illa conditio cõceſſioni ineſſe, ut & ipſi qui non acquiſiuerunt feudum, ſed acquirentibus primis ſucceſſerũt, alienare illud poſſint in præiudicium, quibus ex prioribus ipſis acquiſitionibus & conceſſionibus ius quæſitum eſt: Imò verò ea B primorum acquirentium intentio fuiſſe præſumitur, vt feudum quod ipſi acquiſiuerunt & non alienarunt, perueniat ad filios & nepotes, alioſque agnatos, qui ex inueſtituris vocantur, & comprehenſi ſunt, ut in familia & agnatione conſeruetur.

Duodecimum argumentum ſumitur ex §. Si alter ex fratribus in capitulis extraordinarijs, quę Cuiacius inter cætera iura feudalia retulit, tit. 83. lib. 4. *Si alter ex fratribus*, inquit tex. *qui paternum habeat beneficium, ſuam portionem dederit domino, uel alicui extraneo, dominus uel extraneus tandiu teneat ſine præiudicio, quàm diu ille qui dedit, hæredem maſculum habuerit, ſi uerò ſine hærede deceſſerit, alter frater ſi uixerit, uel eius hæres, ſine ullo obſtaculo & temporis præſcriptione beneficium quod hæreditarium eſt, uindicet à quocunque poſſidente: Ecce* (verba ſunt Piſtorij) *his uerbis diſertè aſſeritur, eum in quem feudum alienatum eſt, iſtud tam diu tenere, quamdiu is qui* C *alienauit hæredem maſculum, id eſt, filiũ habeat, In aperto igitur eſt, filium feudum alienatum reuocare non poſſe, cùm alioqui non tamdiu, quamdiu alienator hæredem habeat, teneret, ſed quàmdiu hæres non reuocaret.*

Reſpondeo, textum hunc non eſſe authẽticum, cùm inter ordinarios textus nõ contineatur. Pręterea locum habere poſſe eo caſu, quo filius ſit hæres patris, tũc enim is reuocare non poteſt feudum à patre alienatũ. Et ideo quamdiu alienator hæredem habet, tamdiu is in quem alienatum eſt; feudum illud retinere poteſt: quia filius & hæres patris, nõ poteſt quidem feudum reuocare, ſed impedit agnatum, ne illud reuocet: Neque enim agnatus filio exiſtente in medio, qui eſt gradu proximior, & ideo præfertur alijs, poteſt feudum vendicare.

Poſtremum argumèntum eſt, quia ſi filij feuda à parentibus alienata reuocare poſſent, *bona feudalia omni commercio eximerentur, neque quidquam certi de illis poſſet conſtitui. Nam etſi omnes agnati, qui tempore alienationis ſuperſtites ſunt, conſentirent, filiorum tamen conſenſus* D *impetrari nõ poſſet, cùm illi uel nondum in uiuis, uel in minori adhuc ætate conſtituti eſſent, atque propterea nunquã ita de feudo poſſet contrahi, quin contractus ille progreſſu temporis in irritum reuocaretur, &c quàm autem id abſonum ſit nemo eſt qui non videat.* Et poſt pauca: *Vt interim omittam opinionem illam, quæ filijs ius reuocandi concedit, nec pietatis quidem rationi ſatis conuenire. Honor enim ille, quem vt parentibus liberi exhibeant, diuina ſanctione ſeuerè adiguntur, à filijs hoc exigit, ne ea quæ pater ipſorum geſſit & contraxit, cum dedecore ipſius in irritum reuocent; ſed potius, vt ea quæ ipſi placuerunt, pro debita reuerentia rata habeant, & ſuo etiam conſenſu approbent, &c.*

Reſpondeo, negãdo impediri feudorum comercia & alienationes, licet filijs competat ius reuocandi. Primò, quia emens ſibi poteſt conſulere, exigendo etiam filiorum conſenſum. Secundò, quia poteſt ſibi de euictione ſtipulatione interpoſita idoneè, & ſufficienter cauere.

A Tertiò, quia filij non habent ius reuocandi feudũ, quoties patris ſunt hęredes, quod frequentiſſimè contingit. Quartò, quia emptor poteſt ſibi cauere in ipſis bonis alienantis feudum, uel ſi non habet, in precio quod ſoluit ita paciſcendo, vt illud cõuertatur in emptionem rerum immobilium, vel aliter ut euictione ſecuta ipſi conſultum eſſe poſſit.

Porrò, quæ de reuerentia parentibus à filijs exhibenda dicuntur, veriſſima ſunt, ſed ad eum caſum non pertinent, quo parentes de rebus filiorum diſponunt; tunc n. quæ à parentibus geſta ſunt, reuocari poſſunt à filijs, lege id permittente. l. 1. C. de bonis mater. niſi ſint hæredes patris. l. Cùm à matre C. de rei vend. Quare nullam filius uidetur iniuriam patri facere, dum ſuo iure vtitur. l. Nullus videtur, de reg. iuris.

B

CAPVT XIX.

Poſſitne filius feudum à patre alienatum, eo viuente, precio reſtituto redimere.

SImiliter in controuerſia eſt, an poſſit filius uti iure retractus, & precio reſtituto feudum à patre venditum redimere eo viuente. Nam ex c. Titius. ſi de feudo defuncti fuerit controuer. inter dom. & agnat. vaſalli, non rectè intellecto, plurimi interpretum eo in loco tradiderunt, poſſe filium uti iure retractus patre viuente: A quibus tamen receſſit Baro Schenck in ſuis commentarijs, nec non Piſtorius quæſt. iuris, lib. 2. par. 2. quæſt. 13. eo fundamento nixus, quòd filius nec uiuente, nec mortuo patre feudum reuocare valeat, quod ſanè infirmũ eſſe patet ex dictis in præcedente capite. Cæterùm præfatus Baro Schenck ita ratiocinatur. *Vnde obſecro viuente patre filijs nũmi & pecunia, quibus* C *hoc precium emptori refundant? non enim ſemper caſtrenſe, uel quaſi caſtrenſe peculiũ liberi poſſident. Item cum filij in patria conſiſtant poteſtate, quomodo eis hanc reuocationẽ facere integrũ erit uiuo patre? Quantam porrò exiſtimes inter patrem liberoſque exorituram contentionem, aut ſi forte colludant, quàm fuerit indecorũ, ſi quod hodie cũ domini conſenſu alienauit pater, id protinus in irritum filij reuocare voluerint. contra l. Ea quæ à patre C. de reſtit. milit.*

Ego puto veriſſimam eſſe hanc ſententiam, quæ negat filios uti poſſe iure retractus. Primò, quia nullus ex iure feudali locus proferri poteſt, ex quo iſtud ius competere filijs demonſtrari poſſit: Nam quod attinet ad dictum c. Titius. ibi non agitur de filijs reuocantibus feudum alienatum mortuo vel viuente patre, ſed de agnato, vt ſuprà latè explicauimus, cap. 9.

Secundò, quia in eodem c. Titius. habetur, agnatum poſſe feudum ſoluto precio reuocare ex iure retractus, etiam filijs extantibus, ex quo intelligi poteſt, filijs id ius D non competere, quia alioqui agnatus tãquam remotior in gradu excluderetur.

Tertiò, quia ſi ad ius commune recurramus, quod ſeruatur in feudis, vbi deficit ius feudorum, cap. 1. de feudi cogn. conſtat non competere ius retractus ex l. Dudum. C. de contrah. empt.

Quartò, nam in hoc aperta eſt ratio differentiæ ac diuerſitatis inter filios & agnatos. Etenim agnatis competit ius retractus, quia ipſi eodem precio, quod ab alijs offertur, poſſunt à principio feudum emere, aut certè redimere eodẽ precio reſtituto, c. 1. § vlt. qualiter olim feud. poterat alien. c. 1. § Sed & res. per quos fiat inueſt. ſed filij non poſſunt. Nam inter patrem & filium emptio & venditio non conſiſtit, præterquam in caſtrenſibus. l. 2. ff de contrah. empt.

Igitur niſi filius pecuniam habuerit caſtrenſem, uel quaſi, emere non poterit. Nam ſi profectitiam habeat, illa eſt patris, quia in profectitijs nihil immutatum eſt, ſi verò aduentitiam, illius adminiſtratio, & vſusfructus

ad patrem ſpectat. l. 1. C. de bonis mater, conſequenter non pôt eo authore contractus fieri, l. 1. ff. de auth. tuto.

Quòd ſi filius emancipatus ſit, vel pecuniam habeat caſtrenſem, vel quaſi caſtrenſem, hæ quidem rationes ceſſant, veruntamen non crediderim ei concedendum eſſe ius retractus abſque iuris feudalis authoritate: Eſt enim hæc res ſtrictè potius quàm latè interpretanda, quoniam iuris regulis maximè aduerſatur ius retractus, d. l. Dudum, C. de contrah. empt.

CAPVT XX.

Publicatis bonis vaſalli propter delictum ab eo commiſſum, vtrum feudum publicetur.

INſignis controuerſia eſt: Vaſallus delictum commiſit, propter quod eius bona, ſiue ex iure communi, ſiue ex ſtatuto confiſcanda ſunt, vtrum feudum confiſcari debeat. Variæ fuerunt noſtrorum interpretum ſententiæ. Prima fuit, feudum confiſcari, quantum ad vtile dominium vaſalli. Sed quia fiſcus illud retinere nô poteſt, nec enim expedit domino feudi habere principê in vaſallum: nec etiam id decet, idcirco feudum vendendum eſſe, & principem, ſiue fiſcum partem precij pro æſtimatione vtilis dominij conſequi debere, dominû verò feudi alteram partem pro æſtimatione directi dominij, aut vtile feudi dominium vendendum eſſe alicui, qui velit & poſſit ſeruire domino ipſius feudi. Ita docuit Spec. in tit. de feudis. § . Quoniam. quæſt. 40. Eiuſdê ſententiæ alios commemorat Marcus Antonius Peregrinus, de iure & priuilegijs fiſci, lib 5. tit. 1. nume. 110. verſ. Sciendum tamen eſt. vbi citat Socinum ſeniorem, & Socinum iuniorem, in aliquibus conſilijs nihil hac de re dicentes, quantum mihi videre licuit accuratè quærenti.

Sed huius ſententiæ nullum fundamentum inuenio. Nam text in l. Si finita. §. Si de vectigalibus, ff. de damno infecto, quem Speculator adducit, nihil commune cum quæſtione noſtra habet.

Secunda eſt opinio, feudû hoc in caſu confiſcari, quâtum ad commoda & fructus, qui ex eo percipiuntur, vt ſcilicet ad fiſcum pertineant, donec vaſallus vixerit: ita docuerunt Albertus Gâdinus, & Guido Suzatius, quos refert & ſequitur Albericus in 3. par. ſtatutorum, q. 16. & in Authen. Item ſi dominus temporalis. C. de hæreticis. Baldus in c. 1. §. fi. in fine. Per quos fiat inueſtitura. Afflictus deciſ. 282. nu. 14. Boerius deciſ. 264. Aegidius Bellamera deciſ. 725 Peregrinus vbi ſuprà, nu. 115.

Fundm̄ eſt primò, in l. Statius Florus. §. Cornelio Felici. ff. de iure fiſci. Secundò in l. Si poſtulauerit §. Iubet. ff. ad leg. Iul. de Adult. vbi in vſufructuario ita conſtitutum eſt, *vt vſusfructus perceptio ad publicum incipiat pertinere*. Tertiò, in c. 1. § vlt. de capitulis Corradi. ibi. *Eo viuente, &c ad regem pertineat*. Quartò, quia id videtur rationi conſonum, quandoquidem reſpub. læſa eſt ex delicto vaſalli, vt princeps pœnæ commodum conſequatur.

Sed hoc fundamentum reuera non eſt ſolidum, quia leges allegatæ nô loquuntur de feudo, ſed de alijs rebus, quas certum eſt confiſcari poſſe propter delictum poſſeſſoris: tunc enim ratio poſtulat, vt apud fiſcum tamdiu maneant, quamdiu apud ipſum delinquentem manſiſſent, ſed non loquimur de feudo, quod ob certas quidem cauſas amittitur, ſed vtrum amittatur propter omne delictum, ob quod bona confiſcantur, valde dubium & incertum eſt: Et text. in d. c. 1 §. vlt. de Capit. Corrad. loquitur quâdo vaſallus feudum amiſit propter culpam ſuam, ut patet ibi. *Ipſum propter ſuam culpam perdas, &c.* Ratio denique illa locum habet, in alijs rebus, quas certum eſt confiſcari ob delictum, non feudo, quod ex certis duntaxat cauſis amitti poteſt.

Tertia eſt ſententia, diſtinguêdum eſſe, vtrum bonorum confiſcatio fiat propter delictum, ob quòd vaſallus

A etiam feudo priuatur, & tunc feudum ad agnatos pertineat, vel ad dominum ſecundum iura feudalia; an verò propter aliud delictum, & tunc ad fiſcum peruenire debeat, & apud eû manere donec uixerit vaſallus. Ita poſt Iserniam docuit Martinus Frecia de authoritate & poteſtate Baronis, lib. 2. authorit. 29. ſequitur Hartmanus Piſtorius, quæſt. iuris, lib. 2. parte 1. quæſt. 15. nu. 8.

Fundamentum eſt, quia hoc poſteriore caſu vaſallus feudum non amittit, ergo ius quod ipſe habet, ad fiſcû, qui in omnia eius iura ſuccedit, ex generali bonorû confiſcatione pertinere debet. Exemplum adferunt de uſufructu, quem pater habet bonorum filij. Nam ſi patris bona confiſcata ſunt, eam ob cauſam ex qua etiam patria poteſtas amittitur, tunc fiſcus in vſufructu non ſuccedit. Si verò eam ob cauſam, quæ patriam non aufert poteſtatem, bona ſint confiſcata, tunc fiſcus in eo vſufructu ſuccedit, eodemque iure vtitur, quo pater vtebatur, ita Salicetus in l. Si quis poſt. C. de bonis damnator. de quo

B Alexander latè in l. Si finita, § Si de vectigalibus, nu. 51. ff. de damno infecto.

Sed hoc fundamentum valde eſt infirmum. Nam illa conſequentia non eſt bona. Vaſallus hoc in caſu feudû non amittit, ergo ad fiſcum tranſit. Imò uerò dicêdum eſt, ſi uaſallus feudum non amittit, quia uidelicet nô cômiſit culpam propter quam feudo priuari debeat, ipſum retinere feudum, non autem ad fiſcum tranſire: licet em̄ reliqua bona confiſcari debeant propter vaſalli delictû, non tamen ſequitur, feudum confiſcari, quia aliter iure cautum eſt de feudo, aliter de cæteris rebus. De feudo cautum eſt, ut ob certas cauſas amitti debeat. toto tit. quib. mod. feud. amittatur. & tit. quæ fuerit prima cauſa benef. amitten. & alibi, Ergo extra dictas cauſas nô amittetur, licet cætera bona amittantur ob delictû, propter quod bona publicari debêt. Quare non pertinet ad rem exemplum quod affertur de vſufructu, quia vſusfructus

C quem pater habet in bonis aduentitijs filij, eodem iure cenſetur, quo cæteræ res, quæ in confiſcationem bonorum ueniunt.

Quarta eſt ſententia, feudû confiſcari, quoties ita côceſſum eſt vaſallo, ut etiam ad hæredes extraneos peruenire poſſit; Ita docuit Boſſius tit. de bonor. publicatione, nu. 5. vbi tamen dicit, hoc procedere donec durat uita delinquentis: ſed tamen abſolutè hoc in caſu confiſcari, etiam poſt mortem delinquentis, reſpondit Crauetta in conſ. 128. nu. 7. Eandem ſniam, quod feudum ueniat in publicatione bonorum, quandoad hæredes extraneos tranſire poteſt, amplexi ſunt Iacopinus in verſ. dictique uaſalli promiſerunt non cômittere feloniam, nu. 61. Curtius iunior conſ. 4. nu. 20. Roland à Valle. conſ. 29. nu. 17. lib. 3. Menoch de recup. poſſeſſ. remedio 9. nu. 251. Proſper Farinac. lib. 1. q. crim. q. 25. nu. 71. uerſ. Vndeſecus.

Fundamentum eſt, quia fiſcus habetur loco extranei hæredis, l. 2. C. ad l. Iul. de vi l. 1. C. de bonis libert. l. Eorû. ff ad l. Iul. Maieſt. Ex quo regula hæc conficiunt, Ea quæ

D ad extraneos hæredes peruenire poſſunt, etiam ad fiſcû tranſire. latè Farinacius loco proximè annotato, nu. 51.

Sed vt liberè dicâ id quod ſentio, nullius momêti hoc fundamentum mihi vr̄, quia licet feudum ita ſit conceſſum, ut ad quoſcunque tranſire poſſit, non tamen ſuam in reliquis naturam amittit: præſertim quantû ad cauſas quibus amittit. ita docet text. in c. de feudo non habente propriam naturam feudi in illis uerbis: *Licet propriâ feudi naturam non habeat, iure tamen feudi cenſebitur, ut ex ijs cauſis ipſum amittat quibus & uerum feudum.*

Hoc ita poſito, ego ſic argumentor. Si feudû ita conceſſum, ut ad extraneos hæredes tranſire poſſit, iure feudi nihilominus cêſetur, & nô amittitur niſi ex ijs cauſis quibus verû feudum amittitur, ergo nô ſtatim dicendû eſt, tale feudum ad fiſcum tranſire propter delictum uaſalli, cuius cauſa bona eius publicata ſunt. Ratio eſt, quia fieri pôt, ut eiuſmodi delictû non ſit iuſta cauſa amiſſionis feudi: Et dato quod ſit iuſta cauſa amiſſionis feudi,

quia

quia iure feudi cenſetur, ſicut verum feudum non tranſit ad fiſcum, ſed ad eos, ad quos feudū pertinet, quòd vaſallus propter culpam amiſit.

Quinta igitur eſt opinio, quæ mihi veriſſima uidetur, feudum non pertinere ad fiſcum publicatis bonis vaſalli propter delictum, ſed ad dominum, vel ad agnatos pertinere; addo ego, & aliquando ad ipſum vaſallum. Ita docuerunt Bartolus, Caſtrenſis, Imola, Alexand. & cæteri ad l. Si finita. §. Si de vectigalibus, ff. de damno infecto. Decius in conſ. 252. Clarus § Feudum. quæſt. 84. Rolandus à Valle conſ. 1. num. 31. lib. 3. alios citat Farinacius d. q. 15. nu. 61. & nu 68.

Fundamentum eſt firmiſſimum hoc, ſententia mea. Nam aut tale delictum vaſallus cómittit, propter quod non priuatur feudo, & tunc nulla eſt ratio, cur feudum ipſe non retineat, ſi videlicet domino ſeruitium præſtare poſſit, vel per ſe, vel per ſubſtitutum, ut declarat Alexander in d. §. De vectigalibus. nu. 26. & poſt eum Ruinus conſ. 23. nume. 31. lib. 5. Nec enim rectè inſertur, ut etiā ſuperiùs dixi, ex eo, quòd fiſcus ex publicatione bonorum ſuccedit in delinquentis iura, etiam ſuccedere in feudo, quia licet vaſallus cętera bona amittat propter delictum, non tamen feudum amittit, niſi tale ſit delictū, quod inter cauſas numeretur, quibus feudum amittitur. Si non ſit tale delictum propter quod feudum amittitur, ergo illud vaſallus retinet, nó fiſcus: alioqui propter illud delictum amitteretur, propter quod de iure amitti non poteſt, quod repugnantiam quandam atque abſurditatem continere videtur.

Nec obſtat ſi dicatur, licet delictum non ſit cauſſa immediata amiſſionis feudi, tamen eſt cauſſa publicationis bonorum; qua bonorum publicatione, veluti uniuerſitate quadam, etiam feudum contineri uidetur; quia multa cum vniuerſitate tranſeunt, quæ aliàs non tranſirent. Nam reſpódetur, cauſſam quidem publicationis bonorum eſſe delictum, ſed non feudi, ſicut aliorum bonorū confiſcationem inducere. Et in generali bonorum diſpoſitione feudum non continetur. c. 1. §. in generali. ſi de feudo defuncti conten. fuerit inter do. & agn. vaſalli, latè Dom. meus Cephalus conſ. 19 nume. 11. lib. 1. Roland. à Valle cóſ. 19 lib. 3. Deniq; leges, quę bonorum publicationem inducunt, nequaquam pertinere ad feuda poſſe, quia ſuis legibus reguntur feuda, non iure cómuni; cóſequenter cum bonorum uniuerſitate, feuda, hoc in caſu in fiſcum tranſire non poſſunt.

Aut verò tale eſt delictum à vaſallo perpetratum, ob quod feudū ſecundùm ipſas leges feudales amittere debet; & tunc cùm eiſdem legibus cautum ſit, ad quos feudum peruenire debeat, rectè infertur ad eos pertinere, nó autem ad fiſcum. Porrò alijs feudum applicari, quàm fiſco, vaſallo culpam committente, propter quam feudū amittere debeat, palàm eſt, ex c. 1. Si vaſallus feudo priuetur cui deferatur. c. 1. §. vlt. quę fuerit prima cauſa bon. amitten. ex c. 1. an ille qui interfecit fratrem domini ſui, & alijs in locis. Atque ita ſentio, ſed melius ſentientium iudicio me ſubmitto.

CAPVT XXI.

Quomodo accipiendum quod dicitur, vaſallo delinquente extra perſonam domini, feudum ad agnatos pertinere, an pertineat ad eos tantum qui ſunt in quarto vel vlteriori gradu?

FEudum ad agnatos pertinere vaſallo delinquente extra perſonam domini, ita ut feudo priuandus ſit, extra omnem controuerſiam eſt. Sed variæ ſunt ſententiæ, quomodo id accipiendum ſit, id eſt, vtrum ad eos duntaxat agnatos pertineat, qui ſunt in quarto uel ulteriori gradu, an verò, etiam ad eos qui ſunt in proximiori, puta ſecundo vel tertio. Etenim authores ſunt

A multi ijque grauiſſimi, ad eos ſolùm pertinere qui ſunt quarto vel vlteriori gradu agnationis coniuncti. Ita cēſuerunt Iacobus Beluiſius & Baldus, & D. Baro Scheneck in c. Si vaſallus culpam tit. ſi de feudo defuncti cōtentio ſit. Iacopinus à S. Georgio in inueſtitura feudali, verſ. *Dictiq; vaſalli promiſerunt* num 53. Curtius iunior de feudis, par 5. num. 10 verſ. *Tertia principalis concluſio.* Zaſius in Epitome de feudis, par. 12. num. 103. 104. & ſequentibus. Franciſcus Duarenus de Feudis, c 17. num. 3. Sonsbecius in vſus feudorum. par. 13 num 8. verſ. *Secunda regula generalis.* Clarus §. Feudorum. q 66 Ruinus conſil. 23. num. 32. lib 5 Rubeus conſil 76. num. 3. Socinus iunior conſ. 68. num 28. lib. 3. Alciatus conſ. 180. nume. 4. Alexander de Neuo conſil. 98. nu 18. Berous conſ. 77. num. 7. lib. 1. Menochius conſil. 99. nu. 147. lib. 1. Burſatus conſ 148. nu 7.

Sed contrarium reſpondit Aluarotus in c. 1 §. vlt. quæ
B fuerit prima cauſſa beneficij amitten. concluſ. 11. quem ſequitur ibi Pręposiius col. 4 & nonnulli alij, quos refert & probat Piſtorius quæſtionum iuris lib. 2 parte 4 q 15. nu. 12. cum pluribus ſequentibus. Iſti reſponderunt, feudum ad proximiorem agnatum pertinere, nulla quarti gradus reſtrictione facta.

Prioris ſententiæ argum. hæc ſunt. Primum ex c. 1 §. Si vaſallus. Si de feudo defuncti cōtentio ſit inter do. & agna. vaſalli, ubi tex. ita dicit: *Si vaſallus culpam commiſit, propter quam feudum amittere debeat, neque filius, neque eius deſcendentes ad id feudum reuocabuntur, ſed agnati, qui quarto gradu ſunt, dummodo ad eos perueniat.*

Secundū eſt ex c. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur. Verba hæc ſunt: *Vaſalli delinquentis feudū licet ad agnatos quandoq; pertineat, filius tamen ad id nullatenus aſpirabit, niſi id iterum à domino licitè acquirat, ſibi gratiam faciente, verbi gratia, ſi non ſunt alij ex latere qui bus aperiatur, ad eius petitionem admittuntur, qui quarto*
C *gradu ſunt remoti ab eo, qui illud acquiſiuit, & etiam uſque in infinitum, dum tamen hoc conſtet, ab eo per maſculos deſcendiſſe.*

Tertium argumentum eſt ex ratione petitum. Nam agnati, qui intra quartum gradū ſunt, quantò proximiores, tantò magis ſimiles vaſallo delinquenti præſumuntur, argum. l. Quiſquis, C. ad legē Iuliam Maieſt. l. Quod ſi nolit. §. Qui mancipia ff. de ædil. Edi. quæ ſuſpicio non ita remotiores attingere videtur, ac proinde illi à feudo ſubmouendi ſunt, qui proximiores ſunt, remotiores autem mittendi.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentū eſt primò in c. 1. An ille, qui interfecit fratrem domini ſui. in illis verbis. *Quia tamen erga dominum non fuerit facta* (ſcilicet ſelonia) *ad agnatum proximiorem feudum pertinebit, ſi paternum fuerit, eodem prorſus obſeruando, quātum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus.* Secundò in c. 1.
D §. vlt. quæ fuerit prima cauſa beneficij amittendi, in illis verbis: *Si verò non in domino, ſed aliàs grauiter deliqueris, vel graue quid commiſeris, ſicut ille, qui fratrem ſuū interfecit, uel aliud graue crimen (quod parricidij appellatione continetur) commiſerit, feudum amittit. & non ad dominum, ſed ad proximos pertinet ſi tamen beneficium fuerit paternum, ſic enim ſæpe pronunciatum ſcio.* Tertiò, in ratione iſta; quia videtur iniquū eſſe, vt agnati, quibus ius quæſitū eſt, propter delictū vaſalli damnum patiantur. Nemo enim odio & delicto alterius prægrauari debet. l. Crimen ff de pœnis l. Sancimus C. eod. tit. l. Tutorem. ff. de his quib. vt indig. l. Non debet. de reg. iur.

His argumentis reſpondent prioris ſententiæ authores, textus feudales, qui proferuntur prò poſteriori ſententia, ex alijs textibus declarandos eſſe, qui adſerūtur pro confirmatione prioris ſententiæ, ut nimirum proximiores, ſiue proximi in hoc propoſito intelligantur, qui ſunt in quarto, vel vlteriori gradu.

Quæ reſponſio repugnat uerborum naturæ. l. 1 §. Proximus. ff. Vnde cognati. l. Proximus. de verb. ſig.

Sed

Sed & ad prioris ſententiæ argumenta reſpondetur, non hunc eſſe ſenſum textuum, qui adferuntur, vt ij dűtaxat agnati hoc in caſu admittantur, qui ſunt in quarto vel vlteriori gradu, ſed quod attinet ad textum in d. §. Si vaſallus, ſenſus eſt, agnatos vſque ad quartum gradű admitti, quia vlteriores olim non admittebantur, vt patet ex c. 1. §. Hoc quoque, de ſucceſſ. feud. & ex c. 1. Hoc quoque, qui feudum dare poſſunt. Quod verò attinet ad textum in c. 1. Si vaſallus feudo priuetur, & c. Senſus eſt, admittit eos, qui ſunt in quarto gradu, & etiam vſque in infinitum; non quia ij qui ſunt in proximiori gradu excludantur; ſed vt determinetur vſque ad quem gradum agnati admittantur, & textus dicit uſque in infinitum.

Et quod maximè obſeruandum eſt, non dicit textus eos admitti, qui ſunt in quarto gradu coniuncti vaſallo, qui delictum commiſit, ſed ei, qui feudum acquiſiuit; ex quo fieri poteſt, vt a vaſallo delinquentes, nő diſtét quarto gradu, ſed alio proximiori gradu; ex quo tota ratio prioris ſententiæ euaneſcit.

Ego video hanc litem ortam eſſe partim ex repugnantia textuum feudaliű, partim ex obſcuritate. Quid enim magis repugnat, quàm agnatos admitti, qui ſunt in quarto gradu. Item admitti vſque in infinitum? Aut quid magis obſcurum eſſe poteſt, quàm dicere, agnatos admitti, qui ſunt in quarto gradu remoti ab eo, qui feudű acquiſiuit, ſiue ſenſus ſit, eos qui ſunt in proximiori gradu nő admitti, ſiue ſenſus ille ſit, admitti vſque ad quartű gradum? Priorem ſenſum ſi author habuiſſet, id debebat exprimere, addita diſtinctione excluſiua eorű, qui ſunt in propinquiori gradu: Si poſteriorem, illa dictio *vſque* adijcienda fuerat, hoc modo, agnati admittuntur vſque in quartum gradum.

In hac igitur obſcuritate & repugnantia, mihi magis placet eorum ſententia, qui agnatos admittendos putãt vſque in quartum gradum, ita tamen vt non excludantur qui ſunt in ſecundo, ſiue in tertio, nec qui ſunt vaſallo proximiores; atque adeò poſterior ſententia mihi magis probatur.

Primò, quia textus quibus nititur, ſunt magis clari & perſpicui, ac proinde æquius eſt obſcuriores ex illis declarari, quam è contrario.

Secundò, quia reſponſio, quæ adfertur, textibus iſtis poſterioris ſententiæ non eſt ſatis idonea, cùm verborű naturæ & ſignificationi minus conſentanea ſit.

Tertiò, quia prioris ſentẽtiæ textus ſatis obſcuri ſunt, & non incommodè ita accipi & interpretari poſſunt, ſicut authores poſterioris ſententiæ eos interpretantur.

Quartò, quoniam hæc poſterior ſententia magis rationi conſonat, & æquitati. Quid enim magis iniquum & contra iuris rationem eſſe poteſt, quam propter culpam, & delictum vaſalli alios excludere innoxios? Auferre illis ius quæſitum ex antiquis inueſtituris? Vocare remotiores excluſis propinquioribus? Alia eſt ratio in crimine læſæ maieſtatis, vbi meritò in filijs delinquentis exẽpla metuuntur paterni ſceleris, vt in l. Quiſquis. C. ad legem Iuliam Maieſt. Sed quid, quæſo, hoc cum agnatis? ad quos nec ipſum læſæ maieſtatis crimen vindictam extendit ſuam?

CAPVT XXII.

Vaſallo delictum committente aduerſus dominum, cui feudum aperiatur, domino an agnatis?

CVm vaſallus in dominum delinquit, & propterea priuandus eſt feudo, diſputari ſolet, cui feudum aperiatur, atque applicetur. Et quantum mihi diligenter inquirenti intelligere licet, tres exiſtunt Doctorű ſententiæ. Prima dño feudű aperiri. Secűda, ad agnatos pertinere. Tertia, feudű pertinere quidẽ ad dñm, donec vaſallus vixerit, qui eű offẽdit, cæterű defűcto vaſallo feudű agnatis

A reſtituendű fore, & ad eos ſpectare. Primò, authores adferemus. Secundò, argumenta. Tertiò, quæ ſententia nobis videatur magis conſona veritati adijciemus.

Priorem ſententiam amplexi ſunt. Gloſſ in cap. vlt. in verbo *ad proximos*, q̃ fuerit prima cauſſa beneficij amitten. & alibi, Iacobus Beluiſius & Baldus in d. c. vlt. Iacopinus in Inueſtitura feudali in verb. *Dictiq, vaſalli promiſerunt*, nu. 58. Curt. iun. de feudis, par. 5. nu. 2. verſ. Prima itaque erit concluſio. Zaſius de feudis, par. 10. verſ. 4. concluſio. Duarenus de feudis, cap. 17. nu. 2. Sonsbecius de feudis, par. 12. nu. 1. Alexan. in conſi 30. num. 9 lib. 6. Ioan. de Anania conſi 32 nu 5 Decius conſ. 544. nu 30. Gozadinus conſil. 84 nu. 3. Rubeus conſi. 76. nu. 4. Pariſius conſil. 21. nu. 52. lib. 1. Gratus conſi. 2. num 15. lib. 1. Socinus iunior conſi 168. nu. 126. lib. 3. Beroius conſ. 144. num. 28. & 58. lib. 1. Menochius conſi. 99. num. 144. lib. 1. Burſatus conſil. 148. nu 9.

Secundę autem opinionis authores ſunt Gloſſ. in ca. 1. in §. Hoc quoque, verſ. partem ſuam, de ſucceſſ. feudi,
B & in cap. 1. ſi vaſallus feudo priuetur, in fine. Hoſtienſis in ſumma. tit de feudis. Iſernia in c. 1. §. Denique, nu. 49. quæ fuerit prima cauſſa benef amitten. & in c. Imperialem. §. Firmiter, nu. 30 de prohibita feudi alien. per Fridericum, & in c. 1. nu. 4. de capitulis Corradi. Clarus in §. Feudum, q 66. verſ. *Sed ſi feudum*.

Tertiæ opinionis authores ſunt Iſernia in c. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur. Iacobus Ardizo. de feudis, cap. 135. verſ. *Ita ſciendum eſt*. Afflictus in d. c. vlt. quę fuerit prima cauſa benef amitten. nu. 2. & in c. 1. nu. 6. Si vaſallus feudo priuetur. Baldus in l. lege 12. tabularum. C. de legiti. hæred. Marinus Frecia de authoritate, & poteſtate Baronis, authoritate 29. nu. 1. Cuiacius de feudis, lib. 3. tit. 2. & lib. 4. tit. 78. Crauetta conſi. 859. nu. 13. lib. 5. Piſtorius alios citans, & hanc ſententiam latè defendẽs quæſtionum iuris, lib. 2. parte 1. quæſt. 15. num. 32. vſque ad finem. Menochius conſil. 304. num. 35. lib. 4. & 534. num. 24. lib. 6.

C Fundamentum prioris ſententiæ poſitum eſt in duobus textibus, qui hoc expreſsè dicere videntur. Primus eſt in c. 1. §. ult. quę fuerit prima cauſa benef amitten. verba hæc ſunt; *Denique ſæpe quæſitum eſt, vaſallo propter iuſtam culpam à feudo cadente, vtrum ad dominum, an ad ſucceſſorem vaſalli beneficium pertineat, ſed hæc diſtinctio tam ratione, quàm moribus comprobata eſt, vt ſiquidẽ vaſallus in dominum peccauerit, vt feudum amittere debeat, non ad proximos, ſed ad dominum beneficium reuertatur, vt hanc ſaltem habeat ſuæ iniuriæ vltionem.*

Alter locus eſt in c 1. an ille, qui interfecit fratrem domini ſui, in illis verbis: *Cum autem ad dominum reſpicit felonia, tunc feudum domino aperitur.*

Fundamẽtű aűt ſecundæ opinionis poſitű eſt in ijs locis, quibus dicitur, vaſallo culpam committente, propter quã feudo priuari debeat, feudű ad agnatos pertinere. c. 1. ſi vaſallus feudo priuetur, cui deferatur. Itẽ, quia iniuſtű eſſet, ut agnati, qbus ius quęſitű eſt, feudo priuarẽtur ex delicto vaſalli: ſiquidẽ culpa & pœna ſuos obligat autho
D res. l. ſancimus. C. de pœnis, & alter ex alterius delicto prægrauari nő debet. l. Nő debet de reg. iu. Et ad textus, qui pro priori ſuia adferuntur, rñdent, hoc modo, videlicet, textum in d. c. 1. §. vlt. quæ fuerit prima cauſa benef. amitten. accipiẽdű eſſe de filijs vaſalli delinquẽtis, vt ſcilicet ſẽſus ſit, feudű nő pertinere ad proximos, id eſt, ad filios uaſalli: qm̃ in filijs metuuntur exẽpla paterni ſceleris, & ideo eos non poſſe ad feudű aſpirare inquit tex. in c. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur. Quòd uerò attinet ad textű in c. 1 An ille, qui interfecit fratrem dñi ſui, illű accipiendű eſſe docent, deficientibus agnatis, ut ſenſus ſit, feudum domino aperiri, ſi nulli extent agnati.

Tertiæ denique opinionis argumẽta hęc ſunt. Primum eſt, quoniam agnatis nocere non debet culpa vaſalli, vt iam dictum eſt; & ideo poſt mortem uaſalli, qui culpã commiſit, meritò feudum ad eos pertinet, qui poſt vaſal

lum

lum ex inueſtituris ſunt vocati. Interea verò, cum vaſallus vixerit, dominus feudum retinebit in vltionem iniuriæ ſuæ; Et hoc modo accipienda ſunt illa iuris feudalis loca, quibus dicitur, feudum domino aperiri, *ut hanc ſaltem habeat ſuę iniuriæ vltionem*. Hæc enim verba *hanc ſaltem, &c.* ſignificare videntur vltionem aliquam, non autem magnam, qualis eſſet, ſi etiam agnati, qui non deliquerunt excluderentur. Et eadem hæc ratio, vt hanc ſaltem vltionem dominus habeat ſuæ iniuriæ, attingit ipſum vaſallum delinquentem, non autem agnatos, qui nihil peccarunt; Ergo ne agnati damnum iniuſtè patiantur ita hanc rem interpretari debemus, vt feudum poſt vaſalli mortem ad agnatos pertineat.

Præſertim, quia nullibi expreſſim dicitur, agnatos iure ſuo priuari. Ergo priuatio non eſt a nobis inducenda argum. §. Cùm igitur, in Authent. de non eligendo ſecundo nuben.

Secūdū argumentum eſt ex l. Statius florus. §. Cornelio felici. ff. de iure fiſci, & ex l. Cùm pater. §. Hæreditaté. de leg. 2. Sicut enim res reſtitutioni ex fideicōmiſſo ſubiecta manet interim apud fiſcū, donec viuit grauatus, qui delictū cōmiſit; ita etiā de feudo videtur eſſe ſtatuendū, quia poſt vaſalli delinquentis morté agnatis reſtituendū eſt. Etenim etiam in feudis iuris cōmunis deciſiones locū habent, vbi deficit ius feudorum. c. 1. de feudi cogni.

Tertium argumentum ſumitur ex ca. vlt. de capitulis Corradi, vbi tex. ita dicit: *Item ſi clericus velut Epiſcopus, Abbas, beneficium habens a Rege datum non ſolummodo perſonæ, ſed Eccleſię, ipſum propter ſuam culpam perdat eo viuente, & Eccleſiaſticum beneficium uel honorem habente, ad Regem pertineat: Poſt mortem verò eius ad ſucceſſorem reuertatur.*

Quartum argumentum ſumitur ex aliquibus capitulis extraordinarijs feudorum, quæ ſunt apud Cuiacium, lib. 4. tit. 78 & 79.

Mihi prior ſententia magis probatur. Primò, quia nititur textibus valdè perſpicuis, vt patet. Secundò, quia dicti textus aliam interpretationé recipere non poſſunt quàm hanc, vt feudum liberè ad dominum reuertatur, & abſolutè. Hoc patet ex eo, quod textus illi negant ad proximos feudum pertinere: ſi enim ſaltem poſt vaſalli mortem pertineret ad agnatos, non rectè diceretur ad proximos non pertinere, imò pertineret, vt patet. Quod ſanè textus illi nō reticuiſſent, quia ex profeſſo declarāt ad quos feudū deuoluatur, vaſallo culpā committente, diſtinctione adhibita, vt ex eis patet. Hoc autē erat potiſſimum diſtinctionis membrū, & nullo modo omittēdum, ſcilicet feudū vaſallo defuncto ad agnatos redire.

Tertiò, quia hæc ſententia eſt communior, vt conſtare poteſt ex authoribus, qui eam ſecuti ſunt, & cùm habeat tam bonum fundamentum in textibus prædictis, videtur certè præferenda alijs opinionibus, quæ nullo ſatis firmo nituntur fundamento.

Etenim quod attinet ad fundamentum ſecundæ opinionis, ex textibus, qui dicunt, vaſallo culpam committente, propter quam feudo priuari debeat, feudū ad agnatos pertinere, illud eſt valde infirmum; quoniam textus illi declarādi & interpretandi ſunt ex alijs textibus, qui diſtinguunt, vtrum vaſallus in dominum peccauerit, vel in alios, vt priore caſu feudum domino aperiatur, poſteriore autem agnatis.

Interpretatio verò, quæ adfertur ad tex. in cap. 1. §. vlt. quæ fuerit prima cauſa beneſ. amittendi, nullius eſt momenti, quia text. negat feudum ad proximos pertinere: Et proximi ſunt quos nullus antecedit. l. 1. §. Proximus. ff. Vnde cogn. l. Proximus, de verb. ſign. & conſequenter ſiue ſint filij, ſiue agnati, dicuntur proximi: Ergo cùm proximi excludantur, cenſentur excluſi omnes agnati & ſucceſſores, qui alioqui feudum obtinerent.

Quæ verò adſertur interpretatio ad text. in c. 1. An ille qui interfecit fratrem domini ſui, &c. nimirum, accipiendum eſſe, deficientibus agnatis, prorſus eſt inepta,

A quoniam tex. ille duos caſus continet. Primus eſt, quando felonia a vaſallo commiſſa dominum nō reſpicit; tūc ait feudum ad proximiorem agnatum pertinere. Alter caſus eſt, quando felonia reſpicit dominū, & tunc dicit, feudum domino aperiri: ex quo colligitur, feudum hoc ſecundo caſu non pertinere ad agnatos, etiam ſi extent, ſed ad dominū. Et cùm ex hoc textu agnati excludātur hoc in caſu, hinc etiam apparet *proximos* & ſucceſſores, quorum fit in hoc propoſito mentio in d. §. vlt. quæ fuerit prima cauſa beneſ. amittendi, accipiendos eſſe tam pro filijs, quàm etiam pro agnatis proximioribus, qui ſcilicet alioqui ſuccederent in ipſo feudo.

Quod vero dicitur iniquum eſſe, agnatos excludi propter culpam alterius, nimirum vaſalli, ſine dubio verum eſt regulariter, ſed in feudis obſeruandum eſt, id locum non habere. Nam filij vaſalli excluduntur propter culpā parentis etiam in alios commiſſam, quàm in dominum: & tamen nemo dixerit iuſtum id eſſe, & æquitatis rationi conſentaneam, aut iuris regulis, ſi quidem id tantum B modò conſtitutum eſt in crimine læſæ maieſtatis l. Quiſquis. § Filij. C. ad leg. Iul. Maieſtatis, ſed ſcilicet in feudis hæc ita conſtituta ſunt, ſpeciali quadam ratione: & omiſſis filijs: quantum ad agnatos, & alios proximiores, qui excluduntur ob culpam a vaſallo commiſſam in dominum ſuum, ratio adfertur illa, *vt hanc ſaltem vltionē ſuæ iniuriæ dominus habeat*. Nā cùm vaſallus ei maximè adſtrictus ſit fidelitatis iuramento, illa tacita conditio ineſſe uidetur feudi conceſſioni, & beneficio, vt vaſallus fidelis ſit, & nullæ ingratitudinis cauſam committat. Quod ſi commiſerit, feudum amittat.

Quod ſi hæc pœna vaſalli, & delictum iſtud etiā alijs nimirū proximis ſucceſſoribus noceat, id verò ſpectari non debet, nec abſurdum videri: quoniam hæc eſt natura feudi: & ſicut vaſallus ille dominum offendit, aut feloniam commiſit, ſic iuſtè timeri poteſt, ne cæteri etiam ſucceſſores & proximi agnati illum imitentur. Et ius agnatis quæſitum quidem eſt ad feudum obtinēdum, ſed C non abſolutè & ſimpliciter, verùm iuxta naturam feudi, & regulas, & obligationes eius, quæ ſunt iſtæ, ut certis ex cauſis feudum amittatur, & ad dominum reuertatur qualis eſt cauſa de qua nunc agitur.

Ad argumenta verò tertiæ opinionis ita reſpondeo, ad primum non obſtare illud, quod dicitur abſurdum & iniquum eſſe, vt agnati excludantur propter culpam vaſalli, quia vt iam dictum eſt, illud ſpeciali quadam ratione in feudis non reputatur abſurdum ac iniquum. Deinde non eſſe ſatis idoneam illam interpretationem, quæ adfertur ad textum in ca. primo, §. vltimo, quæ fuerit prima cauſa beneſ. amitten. vt nimirum, dominus hanc ſaltem habeat vltionem iniuriæ ſibi illatæ, retinendo feudum donec vixerit vaſallus, qui eum oſtendit, etenim textus dicit, feudum amitti, & ad dominum reuerti, nec addit illam reſtrictionem, ſcilicet donec uaſallus vixerit. Rectè ſanè, quia non diceretur amitti propriè feudum, & ad dominū reuerti, ſi dominus illud agnatis reſtituere D deberet. Deinde, quia textus negat feudum pertinere ad proximos & ſucceſſores vaſalli: Hæc autem expoſitio contrarium uellet, nimirum pertinere ſaltem poſt mortem vaſalli.

Nec ille modus loquendi, *vt hanc ſaltem ultionē, &c.* dictæ ſuffragatur expoſitioni, quia ſenſus eſt, cùm dominus ſit offenſus, & ſine dubio ex ea offenſione dolorem ſentiat, & moleſtè ferat ſe beneficium ingrato homini contuliſſe, neque eum punire aliter forſan poſſit, ſaltem hanc iniuriæ ſuæ vltionem habere debet, vt feudum ad eum reuertatur: Neque eſt tam magna vltio, ſicut uidetur, licet agnati maneant excluſi; quoniam vaſallus ex beneficio commodum ſenſit uſque ad illud tempus, quo culpam commiſit: quod ſanè commodum præteritum, & fructus perceptos ei dominus auferre non poteſt; Nec fortè ipſum feudum æquiualet iniuriæ ipſi domino illatæ, habita ratione qualitatis

eiaſdem

eiuſdem domini, & fidelitatis, qua eidem vaſallus ei ob ſtrictus erat, & grauitatis offenſæ ac iniuriæ.

Ex his patet illud etiam non obſtare, quod in argumento dicebatur, agnatos expreſsè non excludi, imò verò diſertè excluduntur, dum ita conſtitutum eſt, feudũ non ad agnatos & proximos, ſed ad dominum pertinere: Equidem non dicitur, agnatos a ſucceſſione excludi, etiam poſt mortem vaſalli, id enim tolleret omnem dubitandi anſam, ſed dicitur ad agnatos feudum non pertinere, ſed ad dominum reuerti, quod ſufficit ad hoc, vt intelligatur, agnatos excluſos fore etiam poſt mortẽ vaſalli, quia ſi poſt vaſalli mortem ſuccederent, illud erat exprimendum, vt dictum eſt ſuprà.

Ad ſecundum reſpondeo, argumentum non rectè ſumi ex dictis legibus, quia in feudis aliter eſt conſtitutum vt nimirum feudum ad dominum reuertatur, quoties culpa eum reſpicit. idque abſolutè accipiendum eſt, ex his quæ ſuperius dicta ſunt, non autem ad tempus vitæ vaſalli.

Ad tertium reſpondeo, illum textum qui adfertur, loqui de feudo Eccleſiæ conceſſo, in quo ſpeciali quadam ratione merito conſtitutum eſt, vt clerico culpam committente, feudum ad ſucceſſorem pertineat, quia delictum clerici non debet nocere Eccleſiæ. Adde quod nec textus loquitur quando culpa clerici, qui feudum habet, dominum reſpicit, licet negari non poſſit, quin cùm generaliter textus ille loquatur, etiam ad eum caſum pertineat, in quo culpa in dominum commiſſa eſt; ſed vt dixi ſpecialis ratio id facit, in eiuſmodi feudo, quoniam nõ tantùm clerico, verùm etiam Eccleſiæ conceſſum eſt. Et idem in caſu noſtro huius quæſtionis dicendum eſſet, ſi feudum æquè principaliter agnatis conceſſum eſſet, atq; ipſi vaſallo delinquenti (quàm vulgò ſimultaneam inueſtituram appellamus) tunc enim viderentur eſſe diuerſi vaſalli; vnde factum vnius alijs non noceret, ſed nos loquimur, quando feudum antiquum ad vaſallum, qui culpam commiſit, pertinebat, & poſt mortem eius ad agnatos & proximos, ordine quodam ſucceſſorio, vt fit regulariter in feudis, & ſecundum regulas, & naturam feudorum, non autem cùm agnati ſunt principaliter inueſtiti, tanquam principales, alijque, & diuerſi vaſalli a primis vaſallis: ita vt in perſona cuiuſque videatur quodam modo eſſe noua conceſſio, vt declarat Curtius iunior de feudis, parte 5. num. 3. verſ. Limitate nunc. & alij, vt per Burſatum conſ. 225. nu. 187 lib. 2.

Ad quartum reſpondeo, capitula illa extraordinaria, eſſe apocripha, & non loqui de culpa a vaſallo in dominum commiſſa.

CAPVT XXIII.

Delictum vaſalli an & quando filijs noceat in feudo.

VAria ac diuerſa Iuriſconſultorum placita ac reſpõſa de hac quæſtione, ad quinque ſententias reuocari poſſunt, quarum quarta & quinta mihi veriſſimæ videntur, aliæ verò minus probabiles, minuſque iuri conſentaneæ.

Prima hæc eſt, diſtinguendum eſſe inter feudum antiquum & nouum; Feudum antiquum vaſallo delinquẽte, ſeu culpam committente, propter quam priuandus ſit ad filios tranſit. Nouum verò non æquè, ſed in eo patris culpa filijs nocet.

Secunda, diſtinguendũ eſſe, vtrũ feudum conceſſum ſit filijs, *vt filijs*, an verò, *vt hæredibus*, primo caſu, patris culpa & delictũ filijs non obeſt, poſteriori autem obeſt.

Tertia, diſtinguendum eſſe, vtrum filijs, vt filijs, ius competat ex antiquis inueſtituris maiorum ſuorum, & tunc patris delictum eis non noceat, an verò ex ipſius parentis acquiſitione, & tunc noceat.

Quarta, diſtinguendum eſſe, vtrum vaſallus delictum committat, pp quod principaliter feudo priuari debeat, vt puta ſi contra dominum ſuum delinquat, vel contra

A conuentionem feudalem aliquid faciat: & hoc in caſu delictum vaſalli filijs noceat: an verò ſit tale delictum, propter quod non debeat principaliter feudo priuari, & hoc in caſu vaſalli culpa filijs non obſit.

Poſtrema ſententia eſt, ſiue delictum ſit contra dominum, aut conuentionẽ feudalem, ſiue illud delictum, pp quod vaſallus ex iure feudali nominatim feudo priuandus eſt, eo in caſu vaſalli delictum filijs obeſſe. Si verò non ſit tale delictum, ſecus: quæ ſententia ferè eadem eſt cum quarta, ſed tamen dilucidior eſt & plenior.

Videndi ſunt Dynus in c. Non debet aliquis, de reg. iur. lib. 6. Cynus & Salicetus in l. 2. C. de libertis & eor. liber. Bar. in l. Eum qui. ff. de interd. & releg. Paulus Caſtrenſis in conſ. 3 1. nu. 3. lib. 1. & in l. Adoptiuum. §. vlt. nu. 4. ff. de in ius vocan. Iacopinus in verbo, *Delictũ vaſalli*, nu. 60. Alex. conſ. 30. nu. 4. lib. 6. & in l. Si finita. §. Si de vectigalibus, col. 12. uerſ. Adde etiã ſecundum Immolam, & ibid. Romanus, nu. 19. Immolenſis in c. ex parte,

B nu. 18. de feudis, Curtius ſenior, conſ. 48. col. antepenult. Ruinus conſ. 23. lib. 5. Berous. cõſ. 77. nu. 21. & 78. nu. 13. lib 1. Alex. de Neuo, conſ. 91. nu. 6. Zaſius de feudis, part. 10. §. *Nunc ad ſecundum huius tituli caput.* in prima concluſ. Clarus, § Feudum, q. 66. D. meus Cephalus in conſ. 241. nu. 77. lib. 1. Rolandus a Valle, conſ. 28. nu. 11. & 29. nu. 33. lib. 3. & conſ. 1. nu. 30. & conſ. 60. num. 3. eod lib. Burſatus conſ. 225. nu. 185. lib. 2 & conſ. 148. nu. 6. Sonſbecius de feudis, parte 13. nu. 6. Natta conſ. 593. num. 4. Menoch. conſ. 99. Io. Baptiſta Feretus conſ. 390. num. 5. lib. 2. Piſtorius lib. 2. parte 1. quæſt. 16.

Prior ſententia quæ diſtinguit inter feudum antiquũ & nouum ideo vera non eſt, quia repugnat tex. in c. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur, & in c. 1. §. Si vaſallus culpam. ſi de feudo defuncti cõtentio ſit inter do. & agna. defuncti, quibus in locis dicitur, ſi vaſallus culpã commiſerit, propter quã feudo priuari debeat, filios ac deſcendentes eius non admitti, & loquuntur tex. citati

G tam de nouo, quàm de antiquo feudo, quod ex eo patet, quia dicunt, *feudum ad agnatos pertinere*, ſi enim feudũ nouum eſſet, ad dominum reuerteretur, non autem ad agnatos, neque enim in feudo nouo agnati ſuccedunt, vt notum eſt.

Secũda autem opinio, quæ diſtinguit vtrum feudum ſit conceſſum filijs, *vt filijs*, an verò, *vt hæredibus*, atque adeò inter feudum, quod vocant ex pacto & prouidentia, & feudum hæreditariũ, ideo vera non eſt, quia illa diſtinctio iuri feudali non eſt ſatis conſentanea, quo verbum *Hæres*, de filio intelligitur, vt dictum eſt a nobis latiùs ſuprà hoc eod. lib. cap. 3. Secundò, quia dicti textus non diſtinguunt, ſed abſolutè filios excludunt, agnatoſque admittunt, vt patet ex d. cap. 1. Si vaſallus feudo priuet. ibi *Filius tamen ad id nullatenus aſpirabit, &c.*

Tertia ſententia confutatur eiſdem rationibus, quoniam textus præallegati loquuntur de feudo, etiam antiquo, & conſequenter de eo, ad quod filij ex maiorũ ſuo-

D rum acquiſitionibus ac inueſtituris uocantur, & tamen abſolutè eos excludunt, vt dictum eſt.

Quarta denique ac poſtrema ſententia ideo mihi veriſſima videtur, quia iuri feudali & rationi æquitatis cõſentanea eſt. Etenim cùm vaſallus culpam cõmittit, propter quam feudo priuari debeat, ſiue illa ſit contra dominum, ſiue contra alios, dummodo ſit talis, ob quam ex iure feudali indicta ſit pœna priuationis feudi, perſpicuũ eſt, filios ad feudum aſpirare non poſſe, id diſertè loquitur text. in d. c. 1. *Si vaſallus feudo priuet. cui deferatur*, & in d §. *Si vaſallus culpam.*

Si verò delictum vaſalli, ſiue culpa non ſit talis, vt feudo priuari debeat, ſecundum iura feudalia, tunc alia eſt ratio: neque enim ad feudales conſtitutiones eo caſu recurrendum eſt, quoniam non de hoc loquuntur. Sed alia ingrediendum eſt via; iſta nimirum; ſi vaſalli bona confiſcata ſint, feudum tamen non confiſcabitur, ſed ad eos pertinebit, qui poſt vaſalli mortem ſuccedunt, ex iure compe-

competent: ex antiquis inueſtituris: Etenim patris delictum non nocet filijs in ijs, quæ filius habet aliunde quã a patre. l. 3. ff. de interd. & releg. ibi. *Quæ verò nõ a patre, ſed a genere, a ciuitate, a rerum natura tribuerẽtur, ea manere eis incolumia*, l. 1. §. vlt. l. 3. §. Si mancipatus. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab. l. Si necem. §. Si deportatus. ff. de bonis liber. l. Cognonimus, cum Aut. ſeq. C. de hereticis.

CAPVT XXIIII.

Feudum a vaſallo alienatum abſque domini conſenſu, an domino aperiatur vel agnatis.

EXiſtimo feudum, ſiue nouum, ſiue antiquum, a vaſallo alienatum abſque conſenſu domini, liberè domino aperiri, ita vt nulla ratione ad agnatos pertinere poſſit, quanquam non ignoro, de hac quæſtione varijs diſceptatum eſſe ſententijs. Proferam in medium prius argumenta, quibus hæc ſententia liquidò demonſtratur, tum authores eius. Tertiò quid alij ſenſerint. Poſtremò argumenta eorum confutabo.

Quod attinet ad primum: hæc ſententia probatur primò authoritate textus in c. 1. de vaſallo, qui contra Conſtitutionem Lotharij Regis feudum alienauerit: *Si vaſallus* (ait textus) *contra conſtitutionem Lotharij Regis beneficium alienauerit, ſi totum, perdat totum, ſi partem, partem perdat, & ad dominum reuertatur.*

Secundò, authoritate textus in cap. 1. Quibus modis feudum amittatur in illis verbis: *Si libellario nomine amplius medietate in feudum dederit, aut pro pignore plus mẽdietate obligauerit, ita vt tranſactum permutat vel dolo hoc egerit, amiſſione feudi mulctabitur.* Et hoc in caſu intelligitur, feudi ad dominum reuerti, ex ijs quæ paulò inferius textus ſubijcit, in exemplis amiſſionis feudi, in quibus ſemper feudum ad dominum reuertitur: Et licet non loquatur textus de amiſſione totius feudi, nil refert, quia medietatem feudi antiquo iure vaſallus abſque domini conſenſu poterat alienare, quod poſtea nouo iure immutatum eſt.

Tertiò, authoritate tex. in c. 1. Quid iuris, ſi poſt alienationẽ feudi vaſallus id recuperauerit, verba hæc ſunt: *Si vaſallus ante conſtitutionem Lotharij Regis feudũ alienauerat (quod in quibuſdam curijs pro parte, in quibuſdã pro toto olim licebat) & ipſum poſtea recuperabat, pro feudo ſibi retinebat, hoc eſt, in cauſam feudi recidebat. Hodie autem ſi ipſum alienauerit, ſi quidem illicitè, licet poſtea recuperauerit, tamen penes eum non remanebit, vtpote domino, ad quemcunque peruenerit, apertum.*

Quartò, authoritate c. Imperialem. § Callidis de prohibita alienatio feudi per Frideric. ibi. *Pœna authoritate noſtra imminente, vt venditor & emptor, qui tam illicitas alienationes reperti fuerint contraxiſſe, feudum amittant, & ad dominum liberè reuertatur.*

Quintò, authoritate c. 1. §. vlt. quæ fuerit prima cauſa benef. amitten. vbi text. ita dicit: *Si vaſallus contra conſtitutionem bonæ memoriæ Lotharij Imperatoris beneficium alienauerit, quia dominum contemnere videtur, ad dominum beneficium pertineat. Scriptum eſt enim, ut precio ſi caritatum agno ſciat.*

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, hęc teſtimonia accipienda eſſe de feudo nouo, non autem de feudo antiquo; Itẽ accipienda de feudo ſimpliciter cõceſſo, non autem de feudo conceſſo alicui pro ſe & filijs, quod appellatur vulgo ex pacto, & prouidẽtia. Nõ rectè quia repugnant verba textuum, quæ generalia ſunt, & omne feudum tam antiquum quàm nouum complectuntur. Repugnat etiam ratio, propter quam ſudorũ alienatio fuit prohibita, quã adfert tex. in d. c. Imperialem. Etenim illa pertinet ad feuda omnia tã noua, quã etiã antiqua. Deniq; repugnat rõ illa propter quam feudum vaſallus

A amittit, illud alienãdo abſque conſenſu dñi, quia ſcilicet *dominum contemnere uidetur*, illa enim ratio æquè locũ ſibi uindicat in feudo antiquo, atque in feudo nouo.

Hanc veriſſimam ſententiam amplexi fuere olim Petrus Ceruotus a Baldo relatus in cap. 1. §. vlt. quæ fuerit prima cauſa benef. amitten. Franciſcus Aretinus conſ. 14 nu. 51. verſ. Venio ad ſecundum. Sonsbechius de feudis, parte 13. num. 78. H. conſilio tertio. Piſtorius lib. 2. p. 1. quæſt. 17. qui declarationem addit, quæ mihi non probatur, vt paulò poſt dicam.

Iam quid alij exiſtimauerint paucis explicabo. Prima eſt ſententia eorum, qui dixerũt, feudum hoc in caſu ad filios pertinere, ſi extent, vel ſi nõ extent, ad agnatos: ita Gloſ. in c. 1. §. Hoc quoque, de ſucceſſ. feudi, & ibi Baldus, Iſernia, in §. vl. quæ fuerit prima cauſa benef. amitt. & ibidem Aluarotus concl. 26. & Afflictus nu. 7. Iacopinus in inueſtitura feudali verſ. Et cum pacto de non alienãdo, nu. 30. Io. Imolenſis in c. Ex parte nu. 12. de feud. Curt. iunior de feudis, par. 5. nu. 11. verſ. Quarta ſit principalis
B concluſio. Zaſius in 10. par. nu. 94. & 104. Clarus §. Feudum. q. 66. Alex. conſil. 30. nu. 7. lib. 4. & conſil. 30. nu. 9. lib. 6. Curt. ſen. conſil. 48. col. antepenult. Ruinus conſi. 7 nu. 12. lib. 2. Decius conſ. 208. nu. 9. & 544. nu. 31. Albertus Brunus cõſ. 306. nu. Gratus cõſil. 3. nu. 15. lib. 1. Marianus Socinus conſ. 77. nu. 121 lib. 1. & 101. num. 6. lib. 2. & tit. 12. nu. 2. eo. Siluanus conſil. 15. Rolandus a Valle, conſil. 60. nu. 9. lib. 3. Hippolytus Rimiuald. conſi. 339. nu. 122. lib. 3

Argumenta ſunt iſta. Primum ex §. Porrò, qualiter olim feudum poterat alienari: vbi dicitur, feudum alienatum redimi poſſe tam a domino, quàm ab agnato, ſed tamen agnatum domino præferri.

Reſpondeo, textum illum loqui ſecundum ius antiquum, quo licebat uaſallo uſque ad medietatem feudum alienare, abſque conſenſu domini, reſeruato tamen redemptionis iure tam domino, quàm agnatis, meritò vaſallus feudum non amittebat, ut in c. 1. de alie. feud. cap. 1. §. Item ſi fidelis, quib. mod. feud. amittitur. c. 1. §. Sed etiã
C res, per quos fiat inueſt.

Alia ratio eſt ſecundum noua iura, quibus feudi alienatio prohibita eſt abſq; conſenſu domini, & apertè conſtitutum, feudum alienatum ad dominium reuerti.

Secundum argumentũ eſt ex cap. Titius, ſi de feudo defuncti contentio fuerit inter dom. & agnatos vaſalli defuncti reſpondeo, illum textum ſimiliter loqui in eo caſu, quo alienatio erat permiſſa abſque conſenſu domini. nimirum medietatis feudi, ſecundum antiquas leges feudorum, conſequẽter non habere locum inſpecto nouo iure, quo alienatio eſt prohibita.

Tertium eſt ex eo, quod tunc feudum domino aperitur, cùm vaſallus in dominum peccauit, vt in §. vlt. quæ fuerit prima cauſa beneficij amitt. & in cap. 1. an ille qui interfecit fratrem domini ſui, &c. Sed vaſallus qui feudũ alienat, abſque conſenſu domini, nõ uidetur in dominũ peccare, ergo, &c. Reſpondeo, negando aſſumptionem. Nam uaſallus hoc in caſu dicitur dominum contemnere,
D ut habetur in d. l. §. vlt. in verſ. Si vaſallus, & ſupra dictum a nobis eſt in quinto argumento.

Quartum eſt ex eo, quod pœna debet eis imponi, qui peccant, non alijs l. Sancimus. C. de pœnis. Ergo uaſalli culpa feudum alienantis, non debet, agnatis & filijs eius nocere. Reſpondeo, in feudis receſſum eſſe ab hac regula propter culpam uaſalli, illa enim facit, ut filij excludantur. c. Si uaſallus feudo priuetur cui deferatur: & hoc in caſu etiã, ut agnati excludantur, quia uidetur eſſe in dominum culpa cõmiſſa, quem vaſallus dicitur contẽnere, Habet enim feudi conceſſio hanc legem, vt vaſallus ſit fidelis, & non delinquat, ſi deliquerit ille priuatur feudo principaliter, & in conſequentiam filij & agnati.

Non obſtat ſi dicatur ex hoc ſequi, quod in poteſtate ſit vaſalli, culpa ſua inferre alijs præiudicium Nã ſi iſtud nõ eſt abſurdum in feudis. Quid enim ſi uaſallus a dño vocatus in expeditionem, ire recuſauerit, nonne feudũ amittit

amittit, illudque in ſuos vſus redigendi modis omnibus facultatem dominus habet, vt in §. Firmiter, de prohibit. alien feud per Fridericum? Et tamen hoc ipſo ipſius facto alijs præiudicat ſucceſſoribus.

Quintum argumentum ſumitur ex doctorum ſententia in d.c. Titius, qui dixerunt feudum alienatum abſq; domini conſenſu redimi poſſe ab agnatis, etiā ante mortem vaſalli alienantis. Reſpondeo, nec iuri, nec rationi ſatis conſentaneam videri eam doctorum ſententiam, ac proinde prius probari debere, deinde opponi.

Secunda eſt ſententia eorum, qui dixerunt, hoc in caſu feudum ad filios quidem vaſalli, qui illud alienauit, non pertinere, ſed tamen ad agnatos pertinere. Ita Iacobus Beluiſius in §. vl. quæ fuerit prima cauſa benef. amit. & ibidem. Bald. Baro Schenck in d.c. Titius, ſi de feudo defuncti fuerit contentio, & ca. Ruinus conſil. 214. nu. 16. lib. 1. & 182. nu. 10. lib. 4.

Fundamētum eſt in cap. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui patet: vbi patet, vaſallo culpam committēte propter quam feudo priuetur, filios non admitti, ſed agnatos.

Verùm reſponderi poteſt: id non procedere, quando in dominum culpa committitur, tunc enim agnati etiā excluduntur, vt in §. vlt. Quæ fuerit prima cauſa benef. amitten. Hoc autem in caſu culpa eſt in dominum commiſſa, quia vaſallus dicitur cōtemnere ipſum dominum vt ibi.

Poſtrema eſt ſententia Piſtorij, loco proximè citato, exiſtimantis, feudum quidem domino aperiri in hac facti ſpecie, de qua nunc diſputamus: ſed tamen id accipiēdum eſſe, donec vaſallus vixerit, qui dominum contempſit feudum alienando: Eo enim mortuo putat agnatis reſtituendum eſſe, ſicut reſtituendum eſt quando vaſallus culpam in ipſum dominum committit. Sed quoniam hæc ſententia in præcedente capite a nobis confutata eſt non poſſumus ei nunc vllo pacto adſtipulari.

CAPVT XXV.

Si vaſallus intra annum & diem non petierit inueſtituram ad quem feudum pertineat?

SI vaſallus intra annum & diem inueſtituram non petierit, feudum amittere, & domino aperiri, non autem filijs vel agnatis, de iure reſpondendum eſſe non dubito, motus primò authoritate tex. In c. Imperialem. §. Præterea ſi quis, de prohibita feudi alienatione per Fridericum, vbi ita dicitur: *Præterea ſi quis infeudatus, maior quatuordecim annis, ſua incuria, uel negligentia, per annum & diem ſteterit, quod feudi inueſtituram a proprio domino non petierit, tranſacto hoc ſpatio feudum amittat, & feudum ad dominum redeat.*

Secundò, authoritate cap. 1. quæ fuerit prima cauſa benef. amittendi, vbi ita dicitur: *Prima autem cauſa beneficij amittendi hęc fuit, & adhuc eſt in pleriſque curijs, ſed in noſtra curia Mediolanenſi non obtinet, quod ſi Vaſallus per annum & diem domino ſuo mortuo ſteterit, quod heredem domini ſui inueſtituram petendo, fidelitatem pollicendo non adierit, tanquam ingratus exiſtens beneficiū amittit.* Si dr̄ eſſe ingratus erga dominū, Ergo feudum quod amitti ad dn̄m reuertitur, ſicut aliàs regulāriter, quoties in dominum culpa eſt commiſſa, vt in §. vlt. eiuſdē tituli.

Atque ita docuerunt Bald in c. 1. col. 2. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur. Alexander conſ. 30. num. 17. lib. 1. & conſil. 10. nu 8. lib. 3. Paulus Caſtrenſis ad l. Adoptiuum. §. Paternum. ff. de in ius vocan. Iacopinus in verbo, *qui quidem inueſtiti* nu. 46. Pract. Papienſis in forma libelli, quo agitur ad reuocationem feudi, in verbo, nec ſuperſtitibus, col. 9. verſ. *Tertio caſu.* Decius conſil. 144. nu 6. Curt iun. conſi 47. col pen. Io. de Anania conſil 32 in 2. dubio, & ibi Bologninus in additionib. Sonsbecius de feudis, par. 13. nu. 13. verſ. Prima ergo concluſio. Piſtorius alios citans lib. 2. quæſt. iuris, par. 1. quæſt. 18.

A Contrariā ſententiam, feudū hoc in caſu ad agnatos pertinere, amplexi ſunt Andr. Iſern. in c. 1. Si vaſallus feudo priue. & in cap. 1. de capitulis. Corrad. Aluarotus in §. vlt. concluſ. 2. quę fuerit prima cauſ benef. amitten & in c. 1. Quo tempore miles, & ibidem Affiictus nu. 6. & in c. 1. nu 18. de capitulis Corradi. Curt. iun. de feudi, par. 5. in 5. concl. Socinus conſil. 4. col. vlt. & conſ. 66. lib. 1. Rolan. a Valle conſi. 64. nu 9. lib. 2. & conſil. 40. in fi. lib. 3.

Nec deſunt qui putent etiam ad filios pertinere, veluti Aluarotus & Præpoſitus d §. vlt. n̄ 20. & in ca. 1. Quo tempo. miles. Curt iun. par. 5. nu. 10. in 5. concl.

Piſtorius autem loco annotato exiſtimauit, feudū quidem ad dominum reuerti, ſed tamen hoc intelligendū, donec vaſallus, qui negligens fuit in petenda inueſtitura, vixerit, eo mortuo, feudum agnatis reſtituēdum eſſe.

Fundamentum eorum, qui agnatis fauent, illud eſt, quia hæc vaſalli negligentia & culpa in petendo inueſtituram, non videtur eſſe delictum in dominum commiſ-
B ſum, vt proinde is feudum accipere debeat, pro vltione iniuriæ ſibi illatæ, iuxta d. §. vlt. quæ fuit prima cauſa benef. amitten. ſed videtur eſſe culpa alia, non reſpiciens dominum propter quam feudum amittitur, quo in caſu illius agnatis aperitur iuxta c. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur.

Reſpondent ad ea teſtimonia, quæ dicunt feudū hoc in caſu ad dominum reuerti, illa eſſe accipienda de feudo nouo, non autem de antiquo.

Sed nullius roboris hoc fundamentum mihi videtur, primò, quia hoc in caſu culpa videtur dominum reſpicere, cui vaſallus fidelitatem præſtare negligit, & ideo ingratus dicitur in d. c. 1. q̄ fuerit prima cauſa benef. amitten. Secundò, quia textus de hac quæſtione nimis clari ſunt decidentes feudum ad dominum reuerti. Nec illa expoſitio conſiſtere poteſt, vt accipiendi ſint de feudo nouo. Primùm, quia generaliter loquuntur, nulla diſtinctione adhibita inter feudum nouum & antiquū. Dein-
C de, quia eadem ratio eſt in feudo antiquo, nimirum culpa & ingratitudo vaſalli non petentis inueſtituram, neque iurantis domino fidelitatem.

Eorum autem ſententia qui dixerunt, filijs hoc in caſu feudum aperiri, apertè confutatur ex cap. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur.

Portò quod Piſtorius exiſtimauit, ea ratione nititur, quod ſi vaſallus feudum amittat, propter culpam in dominum commiſſam, eo mortuo feudū agnatis reſtituendum ſit, quæ ſententia a nobis confutata eſt ſuprà c. 23.

Denique quod dixi, de anno & die, locum habet in vaſallo, qui non eſt miles. Nam vaſallus miles annum & menſem habet ad petendam inueſtituram. c. 1. quo tempore vaſallus miles, &c.

CAPVT XXVI.

D *Gradus ſuccedendi in feudo, an connumerandus ſit ſecundum ius ciuile, vel Canonicum.*

NOtum eſt omnibus diſcrimen cōputandi gradus conſanguinitatis inter ius canonicum & ciuile, ex c. Ad ſedem 35. quæſt. 5. Errāt igitur, niſi ego fallor, qui putant in feudorum ſucceſſione cōputandos eſſe gradus ſecūdū ius ciuile, allecti in eam ſententiā ex c. 1. an ille, qui interfecit fratrē dn̄i ſui, &c. in illis verbis: *Eodem prorſus obſeruando, quantum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus.* Nā illa verba nō ſunt accipiēda de legibus Ciuilibus, ſed Lōgobardicis, l. 1. de ſucceſſ. tit. 14 lib. 2. legum Lōgobar. vbi dr̄: *Omnis parentela vſq; in ſeptimum geniculum numeretur,* &c. Vnde in §. Et quia vidimus, tit. De his qui feud. dare poſſunt, loco illorū verborū, *vſq; ad ſeptimū gradū,* in aliquibus exēplarib. habentur, *vſque ad ſeptimū geniculū,* teſte Gloſ. Io. Andr. Probatur hæc interpretatio. Nā & in tit de his qui feu. dare poſſint, dr̄, filios legibus a ſucceſſione feudi remoueri

quod

quod non poteſt accipi, de legibus ciuilibus, quia repugnaret. l. Maximum vitium. C. de lib. præter. ſed de Longobardicis, vt declarat ibi Cuiacius.

Conſiderantur itaq; generationes à primo ſtipite, id eſt, ab eo, qui feudũ primus acquiſiuit prouenientes, ita, vt quot ſunt generationes, tot etiã gradus connumerẽtur. Hoc probatur diſertè in c. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur, in illis verbis: *Ad eius petitionem admittuntur, qui quarto gradu ſunt remoti ab eo, qui id acquiſiuit*. Hinc *ſecundæ, & tertiæ generationis* mentio fit in c. Satis bene de proh. feudi alie. per Lotharium Habita tamẽ ratione lineæ, iuxta c. 1. de Natura ſucceſſionis feudi. Quæ cùm ita ſint, perſpicuũ euadit, ſecũdũ ius canonicũ fieri computationẽ: quia ius canonicum cõſiderat diſtantiam à ſtipite, Ius aũt ciuile numerum perſonarum, vt notum eſt ex dicto c. Ad ſedẽ. Non obſtat quod dicitur de quarto gradu in c. 1. § Hoc quoque de ſucceſſ. feudi. Et de ſucceſſione feudi, quod olim vltra fratres patrueles non extenderetur. in d. c. 1. §. Et quia vidimus. de his qui feud. dare poſſunt; quaſi fratres patrueles ſint in quarto gradu, quæ iuris ciuilis computatio eſt. l. 1. ff. de Gradibus, quia quod dicitur de ſucceſſione nõ extẽdenda vltra patrueles, nihil cõe habet cum eo, quòd dicitur de ſucceſſione moderanda uſque ad quartũ. Non ſunt coniuncta hæc, nullaq; neceſſitas hoc poſtulat, vt ſimul iungantur. Sit igitur ſucceſſio uſque in quartum gradum, accipienda ſecundùm textum in d. cap. 1. Si vaſallus feudo priuetur, nimirum ratione habita ſtipitis, à quo feudũ acquiſitum eſt, & proceſſit. Maneat & antiqua illa (poſtea tamen ſublata) reſtrictio ſucceſſionis, vſque ad patrueles: Nullum ſanè teſtimonium extat, quod eadem ſit cum ſucceſſione uſque in quartum gradum.

CAPVT XXVII.

Vtrum agnati in feudo ſuccedant vſque ad ſeptimum gradum, an verò in infinitum.

HAnc controuerſiam, vtrum agnati in feudo ſuccedant vſq; ad ſeptimum gradum, an verò in infinitum, iura feudalia pepererunt, quorum aliqua ſucceſſionem ad ſeptimum gradum reſtringunt, aliqua verò in infinitum extendunt, Ecce tibi tex. in c. 1 §. Hoc quoque de his qui feudum dare poſſunt. de ſeptimo gradu teſtimonium præbet, illis verbis; *Licet moderno tempore vſq; ad ſeptimum gradum ſit vſurpatum*. Aliud teſtimonium eſt in cap. 1 § Hoc quoque de ſucceſſ. feud. ibi: *Alij dicunt vſque ad ſeptimum gradum*.

Contra verò in infinitũ agnatos ſuccedere docet tex. in cap. 1. de Natura ſucceſſ. feudi. ibi: *Ex latere omnes per maſculos deſcendentes vſque in infinitum, ſi feudum ſit paternum* Et in c. 1. Si uaſallus feudo priuetur, cui deferatur. ibi: *Et etiam vſque ad infinitum, dum tamen hos conſtet ab eo per maſculos deſcendiſſe*.

Sed uidetur ijs teſtimonijs obſtare id, quod habetur in c. Sæpe. in fine, de prohib. feud. alien. per Lotharium. ibi: *Et vſque in infinitum peruenit, ſi hoc actum erit*. Videtur enim tex innuere, tunc ſucceſſionem extendi in infinitum, cùm id actum eſt, ſcilicet inter dominum, & uaſallum; & conſequenter, ſi actum non ſit, non extendi.

Igitur priorem ſententiam quæ ad ſeptimum gradum ſucceſſionem reſtringit, amplexi fuere Io. Andr. in d. c. 1. §. Hoc quoque de ſucceſſ. feud. Bald. in c. 1. nu. 4. de feudo Marchiæ. Iaſon ad l. Cetium. C. Vnde cognati. & in conſ. 14. lib. 1. Gratus conſ. 9. lib. 1. Martinus Laudenſis inter conſilia Alberti Bruni conſ. 109. Brunus ipſe conſ. 80 num. 17. Gozadinus conſ. 26. Socinus iunior conſ 76. nu. 72. lib. 1. Pariſius conſ. 25. circa finem, lib. 1. Ferrarius in vſus feudorũ, lib. 3. c. 2. verſ. *Quibus porrò deſinentibus*. Hieronymus Schurff. conſ. 139. inter conſilia feudalia.

Fundamentum eſt in textibus priore loco citatis. Ad contrarios textus reſpondent hoc modo, quod attinet

A ad c. 1. de natura ſucceſſionis feudi, uerba illa, *ex latere omnes per maſculos deſcendentes vſque in infinitum*, omittenda eſſe. Non rectè, quia repugnat fides communium exemplarium, in quibus illa uerba leguntur.

Secundò reſpondent, illa verba, *in infinitum*, non denotare gradum, ſed hoc ſignificare ſemper, atque in infinitum requiri, ut in feudo ſuccedere nolens per maſculos deſcendat. Non rectè, quia ſic textus loquitur: *Ex latere omnes per maſculos deſcendentes vſque in infinitum*. quorum verborũ ſenſus eſt, omnes per maſculos deſcendentes in infinitum, id eſt, abſq; certorum graduum definitione ſuccedere, non autem omnes per maſculos deſcendentes tantùm, ad differentiam eorum, qui per maſculos nõ deſcendunt: Si enim hoc textus dicere uoluiſſet, alijs verbis vſus eſſet, ſcilicet *ſolos deſcendentes per maſculos ſuccedere*, vel ſimilibus.

Tertiò reſpõdent, illa verba, *in infinitum*, accipienda eſſe de ſeptimo gradu, ſicut dr̃, agnatos admitti, etiamſi longiſſimo gradu diſtent in §. Cęterùm. in Inſti. de legitima agnat. ſucceſſ. Longiſſimus tamen gradus ad decimũ B reſtringitur. § vlt. in Inſtit. de ſucceſſ. cognato. Præſertim, quia legibus Longobardicis ſucceſſio ad ſeptimum geniculum reſtringitur, ut dictum eſt ſuprà, cap. præcedenti, ſic & actiones perpetuæ dicuntur, licet ad triginta annos reſtringantur.

Non eſt ſolida reſponſio, quia uerborum proprietas repugnat, nempe *in infinitum*, quare non poteſt ad ſeptimum gradum reſtringi. In exemplis allatis reſtrictio locum habet, quia alijs legibus ita expreſſum, & declaratum eſt.

Quòd uerò attinet ad tex. in c. 1. Si uaſallus feudo priuetur. Baldus reſpondet, illum textum locum habere, eo in caſu, quo agnati ſuccedunt ob uaſalli delictum: ſed nihil ualet hæc reſpõſio, quia nec ratio diuerſitatis eſſe poteſt, & ſucceſſio illa ob delictum pendet ex ordine ſucceſſionis legibus præſcriptæ.

Poſteriorem itaq; ſniam, nempe agnatos in infinitũ C ſuccedere, authoritate textuum, quorum antea facta eſt à nobis mentio, amplexi fuere Glo. in c. 1 verſ. vſque. de ſucceſſ. feud. & in c. 1. de feudo Marchiæ, & ibidem Iacobus Beluiſius, Aluarotus & Præpoſitus, Aſflictus in c. 1. nu. 12. Si vaſallus feudo priuet. Curtius iunior tract. feudorum, 2. par. 3 partis princ. nu. 48. D. Baro Schenck, & Eguinarius Baro in §. Hoc quoq; de his qui feudum dare poſſunt. Zaſius par. 8. de ſucceſſ. feudi. uerſ. Tertia concluſio. Sousbecius par. 9 nu 84. Duarenus in Conſuetud. feudales, cap. 11. num. 16. Hanetonius de iure feudorum, lib. 2. c. 5. Clarus § Feudum. quæſt. 79. Ancharanus conſ. 334. Decius conſ. 85. Curtius ſenior conſ 74 Couua lib. 3. uariar. reſol. cap. 5. num. 4. uerſ. Quinto hinc. Piſtorius quæſt. iuris, lib. 2 parte poſteriore, q. 19.

Ad textus contrariæ opinionis plerique reſpondent, accipiendos eſſe de agnatis, qui non a communi parente feudi primo acquiſitore deſcendunt, ſed a duobus fratribus feudum acquirentibus procreati ſunt: atque inde D diſtinctionem iſtam conſtituunt, quam & Conſuetudine Germaniæ, & Imperialis Cameræ præiudicijs receptam teſtatur Andreas Geyll. lib. 2. obſerua. 150. Aut feudum antiquum ad deſcendentes ſemel tranſitum fecit, poſtea uerò ad collaterales peruenit: Et tunc agnati in infinitum ſuccedunt: Ita accipiendus eſt text in cap. 1. de natura ſucceſſ. feudi Aut feudum non fecit ſemel tranſitum ad deſcendentes, ſed ex pacto, uel alijs caſibus, quibus poteſt, à primo acquirente ad collaterales peruenit: & tunc locum habet ſucceſſio uſque ad ſeptimum gradum tantùm; ita accipiendus eſt tex. in c 1. §. Hoc quoque. de his qui feud. dare poſſunt.

Non placet hæc diſtinctio, quia repugnat tex in c. 1. §. Hoc quoq; de ſucceſſ. feudi, vbi ſucceſſio ad ſeptimũ gradũ reſtringitur, & tñ textus loquitur de feudo paterno. ibi: *Et olim obſeruabatur uſq; ad quartam gradum tantùm ſecundum quoſdam, hoc ideo, quia poſtea non uocatur*

feudum paternum. Alij autem dicunt vſque ad ſeptimum A *gradum.* Ex quibus verbis apparet, in feudo paterno nõ eſſe ſucceſſionem vltra ſeptimum gradum: Ergo etiam deſcendentes ex communi parente, qui feudum acquiſiuit, non poterunt vltra ſeptimum gradum ſuccedere.

Secunda reſponſio ad textus contrariæ ſententiæ hęc adfertur, illos accipiendos eſſe ſecundùm priora tempora & iura; nam feudorum ſucceſſio ſemper vlterius proceſſit, vt conſtat ex toto titulo de his qui feud. dare poſſ. quare non eſt mirum, ſi poſtquam ad ſeptimum gradũ porrecta fuit, etiam vlterius proceſſerit, atque adeò in infinitum nunc extendatur: Itaque ſic iura iuribus concordanda ſunt, vt poſteriora præferantur, quæ ſucceſſionẽ magis extendunt l. vlt. ff. de Cõſtitu. Principum. Et progreſſus ſucceſſionis ita deſignari poterit. Primò, feuda ſucceſſionem non habuerunt. Secundò, ad filios deuenerunt. Tertiò ad nepotes, & ad fratres, vbi feudum eſt paternum. Quartò, vſque ad fratres patrueles. Quintò, vſq; B ad quartum gradum. Sextò, vſque ad ſeptimum. Poſtremò, vſque in infinitum, ad omnes deſcendẽtes ex primo acquirente. Atque in hanc ſententiã ego ſum proclinior.

CAPVT XXVIII.

Tres controuerſiæ explicantur de feudo nondum aperto. Prima, an concedi à domino poſſit, ante mortem illius qui feudum obtinet. Secunda, quid ſi purè concedatur. Tertia, quid ſi viuens vaſallus liberos habeat?

TRiplex controuerſia agitari ſolet de feudo nondum aperto domino, ſiue nondum vacante, an concedi poſſit à domino. Exemplum: vaſallus feudum tenet, vtrum dominus poſſit alteri illud concedere ſub ea conditione, ſi vaſallo defuncto feudum ad C ſe reuertatur, abſque conſenſu ipſius vaſalli viuentis. Hęc eſt vna. Altera eſt, quid ſi concedatur purè? hoc eſt, omiſſa illa conditione, *ſi vaſallo defuncto, &c.* an valeat conceſſio. Tertia, quid ſi vaſallus feudum poſſidens liberos habeat, & fiat conceſſio ſub conditione iam dicta. Has tres controuerſias breuiter explicabo. Quod attinet ad primam, prima fuit olim ſententia Placentinorum, non valere hanc conceſſionem, vt habetur in cap. 2. de feudo dato in vicem legis Commiſſoriæ. Secunda eſt ſententia Andreæ de Iſernia in cap 1. §. Moribus. Si de feudo defuncti fuerit controuer. inter domin. & agna. vaſalli, vbi dicit, moribus quidem receptum eſſe, vt valeat conceſſio, ſed tales mores prauos eſſe, & non ſeruandos generaliter, ſed duntaxat cùm a Principe fit conceſſio; ſecus ſi ab alio inferiore. Iſerniam ſequitur Afflictus deciſ. 192. adſtipulatur huic ſententiæ, quod ita conſtitutum ſit de præbenda nondum vacante, vt à Summo Põtifice conferri poſſit c. Propoſuit, de conceſſ. præben. nõ D autem ab alio inferiore. c. 5. & 2. eodem tit.

Tertia eſt ſententia Iacopini à S. Georgio in Inueſtitura feudi, in verbo, *Inueſtiuit*, poſt nu. 12 conceſſionem hanc valere, ſi fiat in genere, puta, ſi cõcedatur feudum vaſalli viuentis in genere, nullo ſcilicèt certo vaſallo demonſtrato, ſecus autem, ſi concedatur feudum alicuius certi hominis ac vaſalli viuentis Argum. l. 3 §. De illo. ff. pro Socio. Iacopinum refert & ſequitur Menoch. conſi. 1. nu. 420.

Poſtrema eſt ſniã vera & cõmunis, valere hanc cõceſſionem feudi, ſub conditione factã, ſi contingat feudum vaſallo mortuo ad dñm reuerti, nullamque adhibet hęc ſniã diſtinctionem, ita Baldus in d. c. 2. de feudo dato in vicem legis Cõmiſſor. & in d. c. 1. §. Morib. Si de feudo defuncti fuerit contentio inter dom. & agna. vaſalli, & ibidem Aluarotus & Afflictus, Alciatus ad l. vlt. C. de pactis. Soc. ſen. conſi. 53. lib. 2. Soc. iun. conſi. 76. nume. 119. lib. 1. Zaſius de feudis, par. 6. nume. 2. Rolandus à Valle A conſi. 2. num. 44. lib. 1. Andreas Geyll. lib. 2. obſeruat. 15. Piſtorius quæſt. iuris lib. 2 par. poſteriori, q. 25.

Fundamentum eſt firmum in d. §. Morib. cuius hæc ſunt verba: *Moribus receptum eſt, dominum de feudo militis ſui, quod poſt mortem ipſius ad dominum reuerti ſperabatur, in alium militem inueſtituram facere poſſe, quæ inueſtitura tunc demum capiet effectum, cùm feudum domino aut heredi ſuo fuerit apertum, ſecus eſt in eccleſiaſticis perſonis. Nam ſi eccleſiaſtica perſona talem faciat inueſtituram, non aliter valebit, niſi ſibi vel etiam ſucceſſori ſuo feudum aperiatur. Et in tali inueſtitura conſenſu eius, de cuius feudo fit, exquiri non oportet.* Concordat tex. in c. 1. qui ſucceſſo. tenean. & in c. 1. qui ſucceſſo. feud. da. tene. in cap. 2. de feudo dato in vicem legis Commiſſor. & in c. 1. de clerico, qui inueſt. fecer.

Alia adferuntur argumẽta tum à Baldo, tum ab alijs, ſed nullum mihi videtur ſufficiens. Etſi enim probari B poſſit, dominum feudi rectè illud conferre, quandoquidem de re ſua diſponit ſub ea conditione, de qua dictum eſt, tamen negari nõ poteſt, quin illud petens atque impetrans, contra bonos mores facere videatur, quãdoquidem oſtendit, ſe ſollicitum eſſe de viuentis feudo, ac proinde, vt mortem eius expectet, ac forſitan quoque deſideret, facilè induci poteſt.

Sed quoniam moribus ita receptum eſt, vt patet ex textu Cõſuetudinum feudaliũ, quas oportet ſequi, ideo huic ſententiæ omnino inhærendum eſt; quanquã aliæ diuerſæ ſententiæ non improbabiles ſint, & ratione nitantur iuri & æquitati conſentanea, ſed mores & conſuetudines feudorum meritò præferendæ ſint.

Quod attinet ad ſecundã cõtrouerſiam, quid iuris in ſucceſſione feudi nõdũ aperti purè facta? Reſpõdeo, Baldum in cap Si quis fecerit Inueſtituram, quo tẽpore miles, in hac ſniã eſſe, vt valeat, ſi contingat feudum ad dominum reuerti, vaſallo ſine liberis decedente, licet purè C facta ſit conceſſio; vt valeat, inquam, in duobus caſibus. Primus eſt, ſi ſtipulatio interuenerit. Alter, ſi is, cui facta eſt conceſſio feudi poſſeſſionem nactus ſit. Cæterũ ego potiùs aſſentior Afflicto in commentarijs eiuſdem loci, nu. 15 neganti eam conceſſionem valere. Nam certũ eſt, feudum viuentis vaſalli purè non poſſe alteri à dño concedi in pręiudicium ipſius vaſalli, capite ſecũdo, de feudo dato in vicem legis Commiſſor. c 1. de inueſtit. de re aliena. facta, c. 1. de clerico qui inueſtit. fecit, & in c. 1. qui ſucceſſores teneantur. ibi: *Nam ſi quis fuerit inueſtitus purè de alieno feudo, non valet habita inueſtitura.* Igitur ea conceſſio purè facta non valet. Quod autem à principio non valet, tractu temporis, & ex poſt facto conualeſcere non poteſt. l. Quod ab initio, de regulis iuris. Vide Piſtorium dicta quæſt. 25 nu. 14.

Quod attinet ad tertiã controuerſiam, communis eſt & vera ſententia, conceſſionem factam ſub ea conditione, non valere eo in caſu, quo vaſallus viuens, & feudum D poſſidens liberos habet & ſucceſſores, ita Glo. in cap. 2. de feudo dato in vicem legis commiſſor. & ibidem Iſernia, & Afflictus nu. 71. Probatur ex d. c. 2. in ſuis verbis: *Hoc autem dicendum eſt de eo milite, qui feudi ſucceſſores non habet*, & ex d. §. Moribus, in illis verbis, *quod poſt mortem eius ad dominum reuerti ſperabatur.*

At contra Piſtorius d. q. 25. nu. 20. idem putat dicendum licet vaſallus liberos habeat; ſi liberi eius abſque hæredibus defuncti ſint, ita vt feudum ad dominum reuertatur. Primò, quia eſt eadem ratio, etiam hoc in caſu, cùm nulli extent liberi, & feudum ad dominum reuertatur. Secundò, quia ille caſus, quo liberi non extent, in vſibus feudorũ expreſſus eſt, quoniã ſępius accidere poteſt. Nam cùm vaſallus liberos habet, vix contingere poteſt, vt eius feudum ſub ea conditione impetretur, ſi tamen caſus eueniat, idem omnino dicendum videtur.

Sed doctiſſimum Piſtorium meminiſſe oportuit, hic agi de conſuetudine odioſa valde, & regulis iuris repugnante, quibus eiuſmodi pactiones, tanquã cõtra bonos mores,

A mores, & pleną triſtiſſimi ac periculoſi euentus reprobã tur. l. vlt. C. de pac. Quare cùm moribus receptum ſit, vt in feudis hæc ratio non obſtet, ſed alias inueſtiri poſſit, de feudo nondum vacante, & aperto in eo caſu, quo vaſallus ſucceſſores non habet, & ſpes eſt feudum ad dominum reuerſum iri, mores iſti feudales & conſuetudines ſtrictè accipiendæ ſunt, & non ultra expreſſos caſus extendendæ. Quod enim contra iuris rationem receptum eſt, non eſt producendum ad conſequentias. l. Quod verò contra rationẽ ff. de legibus. Omitto ſciens prudensque allegationum plauſtra. Conſuetudinem ſtricti iuris eſſe, extra ſuos terminos non eſſe extendendam, quia res eſt omnibus perſpicua.

CAPVT XXIX.

Succeſſor Epiſcopi inueſtientis aliquem de feudo alterius vaſalli viuentis, cum conſenſu capituli, ſub conditione illa ſi feudum ſibi fuerit apertum, an teneatur ratam habere inueſtituram, ſi Epiſcopus ante vaſallum, qui feu- B *dum poſſidebat, deceſſerit?*

EXtat in uſibus feudorũ ſub tit. Qui ſucceſſores feudum dare teneantur, conſtitutio quædam in hæc verba: *Si verò Archiepiſcopus, Epiſcopus, vel Abbas, vel Abbatiſſa inueſtituram eius feudi quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, vt poſt deceſſum eius qui poſſidet, habeat & ante deceſſerit Archiepiſcopus, quàm ille qui feudum poſſidebat: ſucceſſores eorum non coguntur eam inueſtituram facere, vel cõfirmare, etiamſi pares eius curiæ adſint teſtes, vel breue teſtatum inde ſit: niſi ille qui inueſtituram acceperit, nomine eius feudi in poſſeſſionem miſſus ſit, eo conſentiente, qui detinet, &c.*

Concluſio hæc colligitur, ſucceſſorẽ Epiſcopi, &c. nõ teneri ratam habere inueſtiturã, ſi Epiſcopus, qui inueſtiuit, antè deceſſerit, quàm ei feudum fuerit apertum: C Idem habetur in c. 1. de clerico, qui inueſt. fecit ibi *Si tamen ante deceſſerit inueſtitor, quàm feudũ ad eum reuertatur, ſucceſſor nõ cogitur eam habere ratam.* Et in c. 1. §. Moribus. ſi de feudo defuncti contentio ſit inter dom. & agnat. vaſalli. ibi *Nam ſi Eccleſiaſtica perſona talem faciat inueſtituram, non aliter valebit, niſi ſibi, non autem ſucceſſori ſuo feudum aperiatur.* Et in c. qui ſucceſ. teneantur.

De inueſtitura facta cum cõſenſu Capituli ab Epiſcopo nullum verbũ, nulla mẽtio in relatis textibus. Quid igitur ſtatuendũ erit, ſi Epiſcopus illam fecerit cum conſenſu Capituli? nunquid ſucceſſor, cui feudum apertum ſit, eam habere ratam teneatur? Reſpondit Afflictus teneri, in cõmentarijs d. c. 1. Qui ſucceſſ. feud. dare teneã. n. 14. Refert & ſequitur Piſtorius lib. 2. q. parte poſteriori, q. 27. poſt num. 15. vbi refert idem reſpondiſſe Collegium Lipſienſium & Francoſordienſium Iuriſconſultorum, eaque reſponſa ſimul annectit.

Sed licet ego is non ſim, qui vel ſapientior tot Iuriſcõ D ſultis videri velim, vel eis fidem abrogare; tamen ſi liceat mihi, id quod ſentio liberè profetre, longè diuerſam habeo ſententiam hac in re: quam vbi confirmauero, & contrariam reſutauero, tum cãdidis lectoribus liberum relinquam iudicium, & ad veritatem, niſi fallor, inueniendam faciliorem aditum præſtabo.

Exiſtimo nullum eſſe diſcrimẽ in propoſita facti ſpecie, ſiue Capituli conſenſus adhibeatur, ſiue non adhibeatur. Primò, quia in textibus iam relatis, nõ conſtituitur huiuſmodi diſcrimẽ. Secũdò, qa nec vlla eſt ratio diuerſitatis. Nã ideo ſucceſſor Epiſcopi nõ tenetur ratã inueſtiturã habere, quia obligatio non potuit incipere ex perſona eius. Etenim obligationes quidem incipere poſſunt ex perſona, & contra perſonam hæredis, ut Iuſtinianus ſtatuit in l. 1. C. ut actiones ab hæred. & cõtra hæredes incipiãt. Sed hic ſucceſſor in dignitate non eſt hæres Epiſcopi, qui inueſtituram fecit, nec dignitatem ab ipſo Epiſcopo defuncto habet, ſed ab alijs, a quibus electus eſt. Ergo non tenetur ratam habere defuncti Epiſcopi inueſtituram. Nam obligatio nunquam incepit in perſona defuncti Epiſcopi, qua inueſtituram ſub conditione fecit, *ſi feudum eſſet illi apertum*. Hæc conditio non euenit eo viuente, ergo nec obligatio orta fuit. l. Cedere diem, ff. de verb. ſign. Non poteſt autem oriri, atque incipere in perſona ſucceſſoris, quia ſucceſſor non eſt hæres illius. Hæc ratio locum habet, ſiue inueſtitura facta ſit abſque Capituli conſenſu, ſiue cum conſenſu Capituli: Nam, & ſi Capitulum ſemper extet, & ab eo incipere obligatio poſſit, tamen id non ſufficit ad conſtituendam obligationem Epiſcopi, qui ſucceſſit. Itaque ut maximè Capitulum ratam inueſtituram habere teneatur, quia conſenſit, non tamen efficitur, Epiſcopum ſucceſſorem teneri, qui non conſenſit, nec ullum ius habuit.

Poteſtne Capituli conſenſus præſtitus Epiſcopo præſenti, iſtud efficere, vt obligatio, quę nõ incepit unquam in perſona Epiſcopi præſentis, incipiat in perſona Epiſcopi poſtea ſuccedentis?

Sed videamus quanti ſint ponderis contrarię ſententiæ argumenta. Primum eſt, quia Epiſcopus dicitur eſſe adminiſtrator, non dominus rerum Eccleſiæ, cap. 2. de donatio. c. vlt. 12. quæſt. 1. Qui verò mortuo eo ſuccedit, non dicitur cauſam habere ab ipſo, ſed ab alijs qui eum elegerunt, quare nec tenetur ratam habere inueſtituram ab eo factã. Hæc ratio ceſſat ubi cõſẽſus Capituli adeſt.

Reſpondeo, non hanc eſſe cauſam, cur in noſtra facti ſpecie ſucceſſor non teneatur ratam inueſtituram habere, quia videlicet Epiſcopus anteceſſor non poſſit ſucceſſorem obligare. Nã cùm Clericus feudũ concedit, quod eſt Eccleſiæ, nõ ſolùm ipſe, verùm etiã illius ſucceſſores obligantur, c. 1. de clerico, qui inueſtiturã facit ibi: *Ipſe & eius ſucceſſor ipſam adimpleãt*, ſed rõ eſt illa, quã dixi, q̃a ſcilicet feudũ nõ eſt apertũ ipſi Epiſcopo viuenti, qui inueſtiuit, conſequenter cõditio nõ euenit ſub qua inueſtitura facta fuit, niſi poſt mortẽ eius, quo tẽpore ſucceſſor adeſt, in cuius perſona incipere obligatio non poteſt.

Secundum argumentum eſt, quia contractus ab Epiſcopo factus, plerunque perſonalis eſt, & cum perſona eius extinguitur, verùm ſi Capituli conſenſus acceſſerit, realis fit, atque adeò ſucceſſorem etiam obligat, ut tradunt Doct. in c. vlt. ne prælati vices ſuas.

Reſpondeo, feudi cõceſſionem etiam abſque Capituli cõſenſu realem eſſe, & ſucceſſorem etiam obligare, ut in d. c. 1. de clerico, qui inueſtituram facit, quod intelligendum eſt, quando res eſt ſolita in feudum ab antiquo tempore concedi ab Epiſcopo, tunc enim valet conceſſio abſque ſolennitatibus alijs, ut in c. 1. de his, qui feudũ dare poſſint, c. 2. de feudis, & alibi.

Tertium argũ eſt, quia ſucceſſor in Epiſcopatu non tenetur habere ratum factum prædeceſſoris, ex traditis per Bald. in l. 1. ff. de Conſtitut. principum, & ibi Iaſon, nu. 14. Si tamen factũ ſit cũ conſenſu Capituli, tenetur.

Reſpondeo, ſi factum prælati tendat in detrimẽtum Eccleſię, non obligare ſucceſſores, c. De precarijs 10. q. 2. aliàs ſecus. Nam feudi inueſtituram ſucceſſor ratam habere tenetur & adimplere, ut in d. c. 1. de clerico, qui inueſt. fecit, & ita accipiendi ſunt Doctores, qui dicunt factum anteceſſoris Epiſcopi non obligare ſucceſſorem. Fateor ſucceſſorem non teneri ratam habere inueſtituram, in hac facti ſpecie nobis propoſita ex cõſtitutione Lotharij, ut in c. 1. qui ſucceſſores teneantur, & ex alijs textibus, ſed quod accedente Capituli cõſenſu teneatur, non concedo, nec argumentum id probat, nec ullo iure, vllaue ratione demonſtrari poteſt.

Quartum argumentum eſt, quia Epiſcopus cum conſenſu Capituli de futuris in præiudicium ſucceſſoris diſponere poteſt, ut tradidit Afflictus deciſ. 101. Ergo, in propoſito noſtro ſucceſſor Epiſcopatus ratam habere tenetur inueſtituram.

Reſpondeo, Afflictum loqui & Doctores ab eo citatos (quorum tamen multi nihil ad rem dicunt) quando Epiſcopus de re diſponit, quam tunc habet, & de qua poteſt diſponere, licet diſpoſitio egrediatur tempus vitæ

Epiſcopi, veluti ſi Epiſcopus cum cõſenſu Capituli bona A Eccleſiæ locauerit, vendiderit, commutauerit, ſi Epiſcopus officium aliquod contulerit, gratiã fecerit, licet hæc omnia ita conceſſa ſint, vt non ad tempus vitæ Epiſcopi reſtringantur, ſed vlterius ac in perpetuum extẽdantur, valet conceſſio, & ſucceſſor obligatur, quia Eccleſia dicitur conceſſiſſe, quæ nunquam moritur, c. Si gratiosè. de reſcript. in 6 c. liberti. 12. q. 2.

At hæc longiſſimè diſtant à quæſtione noſtra, in qua ratio, cur ſucceſſor non teneatur, eſt illa, quam dixi, quia videlicet obligatio incipere non poteſt in perſona ſucceſſoris, quæ nec in perſona defuncti incepit.

Quintum argumentũ eſt, quia ea quæ fiunt cum conſenſu Capituli ab Epiſcopo, obligant ſucceſſorem, licet alioqui talia ſint, quæ morte Epiſcopi extinguantur, veluti mandatum procuratoris. Nã licet illud morte Epiſcopi reuocetur. Clement. vlt. de procurat. tamen id locum non habet, quando cum conſenſu Capituli eſt factum, vt notant ibi Gloſ. & doctores.

Rñdeo, iure non probari hanc gloſſam, & aliorũ aſſer B tionem, & non eſſe eandem oĩum ſñiam circa ſenſum illius textus. Adde ẽt iuris rationi non eſſe cõſentaneam, licet enim Capitulum nõ moriatur Epiſcopo defuncto, non tamen tanta ipſius Capituli ratio habenda vř, quanta Epiſcopi, qui principalis eſt, & procuratorem conſtituit, quare mandatum eius morte reuocatur, vt docet text. in d. Clem. vlt. non diſtinguens vtrum mandatum procuratori datum ſit cum conſenſu Capituli nec ne.

Poſtremum argumentum eſt, quia ſi ſucceſſor hoc in caſu non teneatur ratam inueſtituram habere, videri poteſt fraus aliqua fieri ab Eccleſia, cõtra c. Per tuas. de donat. & alia ſimilia iuris loca. Reſpondeo, eandẽ rationẽ locum habere, licet conſenſus Capituli nõ interuenerit, ſed hoc in caſu nulla fraus allegari poteſt, quia inueſtitura ab Epiſcopo facta conditionalis eſt, *ſi feudum ſibi aperiatur*. Hæc conditio deficit, quia non aperitur ipſi Epiſcopo, ſed ſucceſſori. Nulla autem eſt obligatio, ex ea promiſſione, quę ſub cõditione facta eſt, ſi cõditio nõ euene C rit. At euenit (inquiens) quia feudum apertũ eſt, Rñdeo, nimis tardè apertum eſſe, quia mortuus eſt inueſtitor. Etenim ſucceſſor eius nũc primũ inciperet obligari, qđ iura vetant, niſi ſit hæres, quæ ratio ſola facit, vt in rebus profanis ſucceſſor & hæres ratã habere teneãtur inueſtiturã. Sicuti apertè legibus eſt conſtitutũ, quas nõ procul ab huius capitis initio retulim⁹. In terminis verò noſtris vt ſucceſſor nõ teneatur inueſtituram facere uel confirmare dict. cap. 1. Qui ſucceſ. feudum dare teneantur.

CAPVT XXX.

Quomodo accipienda ſint verba illa tex. in c. 1. Qui ſucceſſ. dare teneantur. Niſi ille qui inueſtituram acceperit, nomine eius feudi in poſſeſſionem miſſus ſit, eo conſentiente, qui detinet.

SEd rurſus controuertitur, quõ accipiẽda ſint illa ver D ba tex in d. c. 1. Qui ſucceſſores feudũ dare teneantur, quibus dř, ſucceſſorem Epiſcopi ratam habere non cogi inueſtituram, *niſi ille qui inueſtituram acceperit, nomine eius feudi in poſseſsionem miſſus ſit, eo conſentiente qui detinet*. Duplex enim eſt interpretatio doctorum. Altera, ita accipienda eſſe, vt locum habeãt ubi feudi poſſeſſor viuens renũciat iuri ſuo, feudo ſe abdicat, vel eo ob aliquam iuſtam cauſam priuatur, ita Gloſ. in cap 1. Qui ſucceſſ teneãtur. tit. 2. in verſ. *Inueſtituri*. Aluarotus in commentarijs eius loci: idem mihi vř Afflictus uoluiſſe eo in caſu, quo in realem poſſeſſionem inueſtitus immittitur, ibidem nu. 10. & nu. 40. Piſtorius eandẽ ſententiam amplexus eſt, lib. 2. q. parі. poſteriore, q. 27. nu. 46.

Altera eſt interpretatio, accipiẽda eſſe dicta uerba de inueſtito, in poſſeſſionem feudi immiſſo, viuente poſſeſſore, qui feudum tenet, & conſentiente, non ad hunc effectum, vt tunc ius in feudo conſequatur, & is, qui feudum tenet, eo priuetur, ſed vt ſucceſſor inueſtientis ratã habere inueſtituram teneatur, poſt mortem vaſalli tunc feudum poſſidẽtis, qui ius ſuum interea retinere debet. Ita latè ibi explicauit Andreas Iſernia, nu. 4. & ſeq.

Prioris expoſitionis iſtud eſt firmamẽtum, quoniam is qui conſentit, vt alius inueſtiatur de eo feudo quod ad ſe pertinet, amittit ius ſuum. §. Præterea, quib. mo. feud. amittatur argumen. l. Si debitor. §. 1. ff quib. mod pig vel hypoth. ſolu. l. 2. ff. de diſtract. pig. l. Seruus communis. ff de donat. inter vir. & vxor. l. Si fundum per fideicommiſſum. §. 1. de leg. 1. l. Codicillis. § 1. de leg. 2.

Hęc ratio confirmatur, nam ſi is qui feudũ tenet, non amitteret ius ſuum, non teneretur ſucceſſor Epiſcopi ratam habere inueſtituram, in ea facti ſpecie, de qua ibi fit mentio, cùm ſcilicet Epiſcopus inueſtitor moritur ante vaſallum, qui tenet feudum. Nam ſemper illa ratio locũ haberet, non potuiſſe Epiſcopum inueſtitorem ſucceſſori præiudicare in futuris negocijs. Neceſſe igitur eſt, vt inueſtituris habuerit plenum ius in feudo, quia tunc ſucceſſor meritò inueſtituram ratam habere tenetur.

Sed iſtis nil morãtibus veriſſima mihi vř Iſernię ſñia & interpretatio. Etenim cõſideranda eſt facti ſpecies, de qua ille textus loquitur, nimirũ, cùm *Archiepiſcopus, Epiſcopus, &c. inueſtiturã eius feudi, quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, vt poſt deceſsum eius, qui poſſidet, habeat, et antè deceſserit Archiepiſcopus, quàm ille qui feudũ poſſidebat, ſucceſſores eorum* (inquit textus) *non coguntur eam inueſtituram facere vel confirmare, niſi ille qui inueſtituram acceperit, nomine eius feudi in poſſeſſionem miſſus ſit, eo conſentiente qui detinet*.

Hic textus loquitur de hac facti ſpecie, quia inueſtituram Epiſcopus concedit eius feudi, quod alius detinet, eo tenore, vt poſt mortem eius qui poſſidet, habeat. Ergo, non poteſt intelligi exceptio illa ſequens; *niſi, &c.* in alio caſu, ſed debet eſſe conformis regulæ, vt videlicet in illa ipſa facti ſpecie, ſi is qui inueſtituram obtinuit illius feudi, in poſſeſſionem miſſus fuerit, tunc ſucceſſor Epiſcopi ratam inueſtiturã habere teneatur. Illa uerò facti ſpecies non pręſupponit vaſallum feudi poſſeſſorem, vel eo priuatum eſſe, vel ius ſuum amiſiſſe, ſed ius ſuum retinere, & poſt eius mortem feudum ad eũ qui inueſtitus eſt pertinere, quia ſcilicet eo tenore datum eſt feudum alteri, vt poſt mortem ipſius poſſeſſoris habeat.

Quæ igitur abſurditas eſſet, inueſtituram eo tenore datam eſſe, ut poſt mortem poſſeſſoris inueſtitus feudum habeat, & tamen poſſeſſore adhuc uiuente, inueſtitum ius conſequi ex miſſione in poſſeſſionem?

Quàm præterea nouum eſt, & inauditũ, regulam in uno caſu conſtituere, quo ſcilicet inueſtitura eo tenore conceſſa eſt, ut inueſtitus poſt mortem poſseſsoris feudum obtineat, & exceptionem adferre ad eum caſum pertinentem, quo inueſtitus plenum ius in feudo obtinet viuente poſseſsore.

Amplius, cui dubium, quod ſi poſseſsor feudi, iuri ſuo renũtiet, vel priuetur feudo, & alius inueſtiatur, qui poſſeſſionẽ accipiat, quin eiuſmodi inueſtiturã ratã habere ſucceſsor teneatur? Imò nõ eſt opus vt ratam habeat, ſed vt vaſallus ſucceſsori iuramentum fidelitatis præſtet, & inueſtituram petat ab eodem, iuxta ca. 1. quæ fuit prima cauſa benef. amitten. & in c. 1 quo tempo. miles, &c.

Hæc eſt igitur ſententia huius loci, ſucceſsorem cogi ratam habere inueſtituram, licet Epiſcopus ante poſseſſorem feudi mortuus ſit, quando inueſtitus miſsus eſt in poſseſſionem, cum conſenſu vaſalli feudum poſſidentis, miſsus eſt inquam in poſseſſionem, non ad eum effectum, vt tunc feudum obtineat, neq; enim poteſt, quia ex tenore inueſtituræ feudum obtinere non poteſt, niſi poſt mortem poſſidentis feudum, ſed ad eum effectum, vt feudum conſequatur poſt mortem poſseſsoris: Effectus poſſeſſionis refertur poſt mortẽ, & ita res agitur, vt is qui ab Epiſcopo inueſtiturã accepit, habeat etiam rea-

lem

lem poſſeſſionem, *ex nunc, prout ex tunc*, ut loquar cum Gloſſatoribus id eſt, vt poſſeſſio tūc nullum ius tribuat, ſed tātùm poſt mortem poſſeſſoris, qui tūc viuit. Poteſt enim poſſeſſio tradi ſub cōditione. l. Qui abſenti. § 1. ff. de acq. poſſeſſ nec aliter res fit accipientis, quàm ſi conditio extiterit, ut ait ibi Iureconſultus, & de poſſeſſione tradita es *nunc, prout ex tunc*, quod valeat poſt mortem cōnſtituentis ſe poſſidere alterius nomine, & ſic illā tradentis, communis eſt ſententia. Vide Alex cōſ. 83. col. 3. verſ. Confirmatur hoc quia poſſeſſio, lib. 2. Guido Papæ deciſ 268. Ripa ad l. 1. num. 5. ff. de pignorib. Tiraquellus de Iure Conſtituti, in 3. parte, limitatione 2. nu. 25.

Quod verò dicebatur, eū qui conſentit alium de feudo inueſtiri, ſuo iuri præiudicare, locū habet, quādo cōſentit alium abſolutè inueſtiri, ſed in quæſtione noſtra conſenſus non eſt abſolutus, ſed talis, ut is qui conſentit, velit feudum, donec uixerit, retinere, verùm in hoc tantùm conſentit, vt poſt mortem ſuam alius feudum obtineat. Quare nullum ſibi donec uixerit, præiudicium facere videtur, atque adeò ius ſuum non amittit.

Porrò nullius momēti eſt quod dicebatur à Piſtorio, niſi poſſeſſor ius ſuum amittat, & inueſtitus plenum ius conſequatur, nō teneri ſucceſſorem Epiſcopi in ea facti ſpecie, de qua textus loquitur, ratam habere inueſtiturā. Nam dicēdum eſt, imò ſucceſſorem teneri ratam illam habere, & ratio eſt, quia inueſtitus hoc in caſu poſſeſſionē accepit, & ideo gratia conſummata eſt, & perfecta, tātùm expectanda eſt mors poſſeſſoris. Non præſtat impedimentum hoc in caſu, quod obligatio non poſſit incipere in perſona ſucceſſoris, quia hic non verſamur in ſimplici obligatione, & promiſſione, ſed in iure quæſito, in ſpe ſaltem, ex inueſtitura, & ſimul es poſſeſſione reali. Et hoc eſt, quod Iſernia dicebat, rem non remanſiſſe in finibus promiſſionis, ſeu in finibus inueſtituræ uerbalis, ſed ulterius proceſſiſſe. Quòd verò Epiſcopus ſucceſſori præiudicare non poſſit in futuris negocijs, nec idonea eſt ratio, ex qua ita ſit in feudo, quo de agitur, conſtitutum, nec in præſenti ſpecie locum ſibi vendicat, vbi inueſtitura plenum ius, ſub conditione tamen iam dicta, tribuit inueſtito, per poſſeſſionē ſcilicet acceptam, eſt enim gratia quodammodo pèrfecta, ideo morte concedentis non expirat, quaſi re amplius non integra, argum. cap. Si ſuper gratia, de off deleg lib. 6.

Illud prorſus mihi videtur falſum, quod Gloſ. loco ſuperiùs annotato dicebat, textum accipiendum eo caſu, quo vaſallus feudo priuatur; tunc enim alius in poſſeſſionem mitti poteſt ac inueſtiri. Nam ſi de vaſallo, priuato iure ſuo ageretur, non eſſet opus conſenſu ipſius, ut alius in poſſeſſionem eo uiuente mitteretur: Et tamen textus requirit conſenſum eius: Sic enim ait: *Niſi ille qui inueſtituram acceperit, nomine eius feudi in poſſeſſionem miſſus ſit, eo conſentiente qui detinet.*

CAPVT XXXI.

Poſſitne Epiſcopus rem in feudum dari ſolitam, & ad ſe deuolutam, conſanguineis ſuis in feudum dare?

NOn eſt difficilis hæc controuerſia, licet uariæ ſint doctorum ſententiæ. Epiſcopum non poſſe rem in feudum concedi ſolitam ſuis conſanguineis dare, docuit Gloſ. in cap. 1 § Hæc omnia. verſ. Clericorū. Si de inueſtitura inter domi. & vaſallum lis oriatur, & in cap. 1. in verb. Archiepiſcopus, qui ſucceſſor feud dare tenean.

Fundamentum eſt in Auth. Quibuſcūque modis. C. de ſacroſanct. eccl. Quod ſanè infirmū eſt. Nam tex. in Nouella de alien & emphy. ex quo Authētica illa ſumitur, ita dicit: *Oeconomis vero, & ordinatoribus clericorū, et chartularijs vbicūq, venerabiliū domorū conſtituntarū, aut parentibus eorum & filijs, & quibus ſecundum genus, & ſecundum matrimonij iura coniunguntur, locationes, aut em-*

A *phyteuſes, aut emptiones, aut hypothecas rerum immobilium, ipſis venerabilibus domibus competentiū ſubire, aut per ſe, aut per interpoſitam perſonam, ſecundum quod & ijs qui in regia Ciuitate ſunt, prohibemus.*

Fundamētū hoc ideo eſt infirmum, quia Iuſtinianus ibi non loquitur de re ſolita in feudum concedi, ſiue in emphyteuſim, neque de Eccleſiæ prælato, ſed de œconomo; ille meritò prohibetur conſanguineis ſuis res Eccleſiaſticas locare, aut in emphyteuſim cōcedere, quia cùm adminiſtret, non poteſt, nec per ſe, nec per alium, ex ſuo officio cōtrahere. l. Non licet. ff. de cōtrah. empt. At cùm res eſt ſolita alijs in feudū cōcedi, nulla eſt ratio, cur Ep̄s eā ſuis conſanguineis dare prohibeatur, eo modo, & eiſdē conditionibus, & pactis, quib. alijs concedere poſſet.

Secunda eſt opinio Bartoli in d. Auth. Quibuſcunque modis, poſſe rem ad tempus concedi, puta vſque ad ſecūdam vel tertiam generationem, nō autem in perpetuū. Fundamētum eſt text. qui nihil ad rē pertinet, in Auth.
B de ſanctiſſimis Epiſc. §. Sin autem Eccleſijs.

Tertia eſt ſententia Andreæ Iſerniæ in c. 1. nu. 12 qui ſucceſſores feud. dare tenean. ubi dicit, licere Epiſcopo etiam ſuis cognatis dare, ſi id cedat in Eccleſię vtilitatē, & cum ſolennitate in alienatione requiſita. Sed non loquitur de re ſolita in feudum concedi. Illa enim concedi poteſt abſque ſolennitate aliàs requiſita, ut habetur in cap. 2. de feudis. ibi *In primo ergo caſu feudum decedentis liberè, ſi videris expedire, concedas.*

Poſtrema eſt ſententia, prælatum poſſe ſuis cōſanguineis res infeudari ſolitas cōcedere in feudum, ita Baldus in c. 1 Qui feud. dare poſſunt, & ibidem Iaſon nume. 19. Panorm in c. Vi ſuper. de reb. Eccleſ. non alienan. nu. 18. 19. Curt. iun. de feudis, par. 2. quæſt. 7.

Adfertur pro hac ſententia, quod habetur & notatur in c. Dilecto, de præben. in cap. Relatum, de teſtam. in c. Non ſatis 86. diſtinct. quæ loca ad quęſtionem iſtā non
C pertinent.

Mihi placet hęc ſententia, quæ communior eſt, ſi hęc conceſſio fiat cū Eccleſiæ euidenti vtilitate, ex eo, quod habetur in Extrauag. Ambitioſè de rebus Eccleſiæ non alienan ibi: *Nec non infeudationem vel cōtractum emphyteuticum præterquam in caſibus à iure permiſſis, ac de rebus & bonis in emphyteuſin ab antiquo concedi ſolitis, & tunc in Eccleſiarum euidenti vtilitate, &c.* Idem probatur in d. c. 2. de feudis. ibi: *Si videris expedire.* Et cùm Prælati res ab antiquo in feudum dari ſolitas, concedere poſſint, vt habetur in d. cap 1. de his qui feudum dare poſſint, & latè Andr. Geyll probat lib. 2. obſer. vit. nec vlla lex prohibeat eas concedi conſanguineis, nihil vetat, quo minus conſanguineis rectè concedi poſſint, ſi id expedire Eccleſiæ viſum fuerit, ut dictum eſt.

CAPVT XXXII.

D *Ex duobus inueſtitis de feudo quis præferatur.*

SI duo fuerint de eodē feudo inueſtiti, alter priùs, alter poſteriùs, cōtrouerſia eſt, quis pręferatur, & poſita eſt in eo, vtrū is, cui priori tradita eſt feudi poſſeſſio, alteri præferatur. Et quoniā diſtingui ſolet, vtrum à Principe feudū ſit cōceſſum, vel ab alio, hoc poſterius membrū in hoc capite tractabo; primū autē in ſequenti.

Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententię in hoc articulo de feudi inueſtitura duobus diuerſo tempore data ab alio quàm a Principe. Altera docet, pręferendum eſſe priorem, id eſt, eum qui prius inueſtitus eſt, ita reſpondit Ludouicus Romanus in conſi. 70. Marſilius ſing. 82. & Io. Sichardus ad l. Quoties, nu 10 C. de rei vend. Altera verò præferendum eſſe eum, cui priori tradita eſt poſſeſſio, licet poſterius inueſtitus ſit, ita Gloſ. in c. Si facta. Si de feudo defuncti cōtētio ſit inter dom. & agnat quā ibi ſequuntur Iſernia, Baldus, Aluarotus, Afflictus & alij, Hieronymus Schurff conſ 53. lib. 1. Iaſ. ad d. l. Quo-

præſumitur eſſe iuri conſentanea. l. Ex facto. ff. de vulg. & pup. Iure autem dominiũ abſque traditione nõ transfertur. l. Traditionibus. C. de Pactis. Adde quod nõ probatur, Principem poſſe transferre dominium, abſq; traditione, ex l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccleſ. quia ut aliàs diſſeremus, illa lex hoc non dicit, & malè communiter explicatur. A

Tertius articulus eſt, de Principe feudum concedente, vel ex cõtractu, vel ex gratia, & ita diſponente, vt dominium etiam abſque traditione acquiratur ei, cui illud concedit. Hoc in caſu, ſi Princeps ſupremus ſit, qui legibus derogare valeat, quibus ita conſtitutum eſt, ut dominium abſque traditione nõ transferatur; tũc puto eum, cui priori ita feudum eſt conceſſum, præferendum eſſe poſteriori, licet poſteriori tradita ſit corporalis rei poſſeſſio: Ratio eſt, quia prior dominium iam conſecutus eſt, & eſt perinde, ac ſi ei prius tradita eſſet poſſeſſio, quo caſu alteri abſque dubio præferendus eſſet, vt dictum eſt ſuprà ex d. l. Quoties. C. de rei vend. & ex alijs legibus in primo articulo citatis. B

Porrò Principem efficere poſſe, ut dominium abſque traditione transferatur, perſpicuum eſt ex l. vlt. C. de ſacroſanct. eccleſ. Poſſe autem legibus derogare ciuilibus, non eſt dubium. § Sed naturalia. inſtit. de iure natu. gen. & ciuili, tradunt Accurſ. in l. vlt. C. Si contra ius vel util. pub. & ibidem Bartolus, nu. 4. Caſtrenſ. nu. 2. Iaſ. num. 1. Felynus ad c. Nonnulli, nu. 10. de reſcriptis.

Quartus & poſtremus articulus eſt de Principe, ex gratia vel priuilegio feudum concedente, vni, & poſtea alij, vtrum poſterior, cui tradita ſit poſſeſſio rei, præferẽdus ſit priori. Et reſpondetur ab alijs, non eſſe præferendum, quia Princeps in dubio præſumitur velle, ut dominium abſque traditione transferant, quoties ex gratia aliquid concedit. arg. c. Si tibi abſenti. de præben. in 6. & quia Principum beneficia latiſſimè ſunt interpretanda. l. Beneficium. ff. de conſt. princ. C

At contrarium ego puto de iure reſpondendum, quia principis voluntas præſumitur eſſe iuris regulis conſentanea in dubio. l Ex facto. ff. de vulg. l. Si quando. C. de inoff. teſtam. copioſè Menochius de Præſumpt. lib. 2. Præſumpt. 9. & 10. Ergo non præſumitur uelle transferre dominiũ abſque traditione, quia id iuris regulis repugnat.

Quòd verò dicitur in d. cap. Si tibi abſenti, nihil prorſus ad rem noſtram pertinet. Ait ibi Summus Pontifex, ius in beneficio eccleſiaſtico, ex collatione Epiſcopi abſenti facta, poſt ratificationem eius acquiri, *vt tuum dici valeat*. Rectè, quia in eccleſiaſticis beneficijs titulus inſtitutionis tribuit ius beneficij, vt declarat Dynus in reg. Beneficium, num. 11. 12. de reg. iur. lib. 6. Iaſ. in d. l. Quoties, nu. 12. Abbas & alij in c. Continebatur. de his, quæ fiunt à maior. parte, cap. ſed in cæteris rebus profanis nõ eſt ita, quia ſolus titulus non ſufficit, ſed requiritur traditio poſſeſſionis ad dominium transferendum.

Sed iam ſupereſt, vt quod poſtremo loco pollicitus ſum, exequar, catalogum adſcribẽs eorum qui hanc quæſtionem tractant. Vide igitur Romanum in conſ. 70. & 298. Angelum ad l. Officium. ff. de rei vend. Alexand. in conſ. 187 nu. 17. lib. 2. & in conſ. 3. nu. 7. lib. 5. & 155. num. 26. lib. 6. Iaſonem conſil. 27. lib. 1. Decium in conſil. 689. nu. 7. Pariſium conſi. 2. num. 57. lib. 1. Zaſium de feudis, parte 5. nu. 16. Gozad. conſil. 14. nu. 13. Couuar. lib. 2. variar. reſolut. cap. 19. nu. 3. Afflict. in cap. 1. Qui ſucceſſ. tenean. Iaſonem latè ad d. l. Quoties. & ibidem Io. Sicard. Maiſil. ſing. 82. Hippol. Riminald. conſil. 396. nume. 37. lib. 4. Andr. Geyll. lib. 2. obſeru. 55. Piſtorium lib. 2. parte poſteriori, quæſt. 29. Iſti alios citant, ex quibus quid alijs in hac quæſtione viſum fuerit, haud difficulter cognoſci poteſt. D

CAPVT XXXIIII.

Vtrum ſurdus, vel mutus, vel aliàs imperfectus feudi ſit capax?

IN tit. An mutus, vel aliàs imperf. feudum retin. ita conſtitutum eſt: *Mutus & ſurdus, cæcus, claudus, vel aliter imperfectus, etiamſi ſic natus fuerit, totum feudum paternum retinebit. Obertus & Gerardus, & multi alij. Quidam tamen dicunt, eum, qui talis natus eſt, feudũ retinere non poſſe, quia ipſum ſeruire non valet. Sic dicimus in clerico, & in ſimilibus.*

In tit. Epiſcopum vel Abbatem, ita: *Mutus feudũ retinere non poteſt, ſi qui nullo modo loquitur, ſed ſi feudum fuerit magnum quod ei ablato ſe exhibere non valeat, tantum ei relinqui debet, vnde ſe ſuſtinere poſſit. Et his omnibus caſibus feudum amittitur, & ad dominum reuertitur.* B

Hinc maxima oritur controuerſia inter Doctores, & quomodo hæc loca accipienda ſint, & quo pacto inuicẽ concilianda, & quid denique de hac ipſa quæſtione ſtatuendum ſit. Vtrum ſcilicet mutus, cæcus, &c. feudum retinere poſſit. Videndi ſunt tam ueteres, quàm recentiores interpretes, qui commentaria ſcripſerunt in eadem loca, & præter eos Zaſius de feudis, par 8. nu. 68. Sonsbecius in vſus feudorum, parte 12. nu. 133. Siluanus cõſ. 3, Hieron. Schurff. conſ. 14 lib. 2. Afflict. deciſ. 324. Marinus Frecia de ſubfeudis lib. 2. §. Supereſt num 9. & 12. Tiraquell. de primogen. q. 23. on 4. Thomas de Marinis tit. 2. de feudo & pacto, & prouideo antiq. nu. 134. Omnium latiſſimè hanc rem diſputans Ioan. Bolognetus in conſ. 4. Piſtorius quæſt. 32. parte poſteriore.

Non puto operæ preciũ ea referre, quæ ab ijs magna iudiciorum varietate ac diſceptatione allata ſunt. Sunt enim tam cõfuſa omnia, tam obſcura, ut nec ſine magno labore colligi poſſint, & collecta, parua cum utilitate & fructu coniuncta eſſe videantur. Quid ipſe ſentiam in tota hac diſputatione, ſeptem propoſitis articulis ſtatim indicabo. Eum qui aliorum placita inueſtigare deſiderauerit, hæc noſtra priùs hauſiſſe fortaſſe non pœnitebit. C

Primus articulus eſt de feudo, cuius gratia perſonale ſeruitium vaſallus dño præſtare non tenetur; ſi de tali feudo agatur, ego ſic ſtatuo, mutum, ſurdum, &c. eiuſdẽ capacem eſſe, ac meritò illud acquirere & retinere poſſe. Non laudo huius ſententiæ authores, qui nec pauci, nec obſcuri nominis ſunt, ſed rationem adfero perſpicuam, quia ſcilicet oĩs ratio impedimenti, atq; incapacitatis ceſſat. Illa nempe, quod vaſallus ſic imperfectus ſeruire nõ poſſit. Etenim hoc in caſu nihil uetat, quo minus id præſtet, quod præſtare tenetur, nimirum pecuniam, & cenſum annuatim, ſcdm feudi conditionem & qualitatem.

Secundus articulus eſt, qñ perſonale quidẽ præſtandũ eſt dño ſeruitium, ueruntamen vaſallus eſt aptus ad id præſtandum, licet mutus, ſurdus, &c. põt enim bellicos labores ſuſtinere, gladium euaginare, enſem vibrare, & omnia alia bellica officia exercere. Cuiuſdam muti & ſurdi à natura facit mentionem Bart. in l. 1. ff. de verb. oblig. & tam perſpicacẽ fuiſſe narrat, ut homines ſimul loquentes ex motu labiorum intelligeret, quem proinde Doctores ibi concedũt contractus omnes facere poſſe, quos alij non poſſent eo morbo laborantes. Si talis reperiatur vaſallus, cur feudum acquirere ac retinere non poſſit, nihil ſanè video proponi poſſe. D

Tertius eſt articulus, qñ vaſallus eſt cæcus, &c. ſed tamen dominus illi ex gratia feudum cõcedit, vel ut illud retineat conſentit, nullique extant idonei, quibus ius in feudo illo quæſitum ſit, atq; adeò nulli præiudicium infertur. In hac ſpecie facti non dubito, quin feudum conſequi uel retinere poſſit. Licet n. ad præſtandum dño ſeruitium uaſallus idoneus non ſit, ea tamen res nihil ei nocere poteſt. Siquidem dominus ita vult ei gratificari, & ſuo fauori renunciare. Poteſt enim feudum cõſtitui abſque vllo

aliquid in hac ipſa controuerſia ſtatui poſſit. Id autem commodè fiet, ſi primum, quæ minus idoneæ & congruæ interpretationes ac ſententiæ videātur diſpiciamus. Tum quæ iuri magis & rationi conſentaneæ ſint declaremus.

Prima eſt ſententia eorum, qui dixerunt, clericum in feudo ſuccedere, & feudum obtinere non poſſe. Ex teſtimonijs, quæ priore loco ſunt allata.

Hæc ſententia ac interpretatio abſolutè ſi intelligatur, non eſt vera: quia etſi eidem illa teſtimonia ſuffragantur, refragantur tamen alia quæ ſecundo loco ſunt allata, ex quibus manifeſtum eſt, clericos feudum obtinere, ac retinere poſſe.

Secunda eſt eorum qui defendere conati ſunt, clericum feudum retinere authoritate textuum, quorum facta eſt ſuperius mentio.

Non placet hæc ſententia, quia illi obſtant priora iuris feudalis loca, quæ contrarium docent.

Neque igitur affirmans, neq; negans ſententia ſimpliciter & abſolutè recipiēda videtur, ac proinde aliæ inueſtigandæ ſunt magis idoneæ interpretationes.

Tertia igitur eſt ſententia, clericum feudum obtinere poſſe, ſi per ſubſtitutum ſeruire domino ſuo velit ac poſſit, argum. cap. Imperialem. §. Firmiter. de prohib. feudi alien. per Fridericum.

Non eſt recta interpretatio. Primò, quia nullo iure munita eſt. Secundò, quia repugnant textus feudales ſuprà citati, quibus apertè dicitur, clericos feudum amittere. Tertiò, quia ſi feudum obtinere poſſent eo in caſu, quo per ſubſtitutum ſeruire poſſunt & volunt, æquum erat id exprimere. Quartò, quia ferè ſemper clerici feudum obtinerent, ſi per ſubſtitutum ſeruire poſſent, & tamen regulariter excluduntur. Quintò, quia repugnat ratio text. in d. l. 1. de vaſallo milite, qui arma bellica depoſuit. ibi. *Eò quod deſiit miles eſſe ſeculi, qui factus eſt miles Chriſti, nec beneficium pertinet ad eum, qui non debet gerere officium*. Hæc ratio non eſſet bona, ſi per ſubſtitutum clericus ſeruire poſſet. Et ita ſeruiendo feudum obtinere. Poſtremò, quia clericus feudum amittit, vt dicit textus in d. §. Qui clericus. Si de feudo defuncti contentio ſit inter dom. & agnatos vaſalli. Quomodo ergo poterit ſeruire domino per ſubſtitutum?

Nec contrarium probatur in dicto §. Firmiter. hoc enim vult, vt quicunque in publica expeditione vocatus eſt a domino, ſi venire, ſuperſederit, vel alium pro ſe domino acceptabilem non miſerit, vel dimidium reditus vnius anni ipſius feudi domino non ſubminiſtrauerit, feudum amittat. Hæc conſtitutio locum habere non poteſt in clericis, quia iſti feudum amittunt, vel a principio in eo ſuccedere nō poſſunt, eo ipſo quod ſunt clerici, quare impoſſibile eſt eos per ſubſtitutum ſeruire tanquam vaſallos, cùm non ſint, nec feudum obtinere queant aut retinere. Argumentum verò ex illo text. hoc probat, ſi clerici feudum retinere poſſent, eos per ſubſtitutum domino acceptabilē ſeruire poſſe. Sed hoc eſt quod in dubium reuocatur, an feudum poſſint obtinere.

Quarta eſt ſententia, ſi feudum ſit tale, pro quo electa perſonæ vaſalli induſtria non ſit, clericum quoque feudum retinere, quia ſcilicet per ſubſtitutum ſeruire poterit.

Non eſt idonea hæc interpretatio, ſi pro feudo præſtandum ſit perſonale ſeruitium, quia repugnat textus, nulla diſtinctione adhibita, an ſit electa induſtria perſonæ, generaliter dicens, clericos feudum amittere, quia milites ſeculi eſſe nō poſſunt, qui facti ſunt milites Chriſti, nec eum decet, vt ſolliciti ſint de ſubſtituto aliquo mittendo, qui eorum nomine militet in bello. Adde vix fieri poſſe vbi perſonale ſeruitium domino præſtandum eſt, quin videatur eſſe electa induſtria perſonæ. Quod ſi reale ſeruitium præſtandum ſit, & hanc ob cauſam non dicatur electa induſtria perſonæ, tunc dicta ſententia locum habere poteſt, vt infrà dicam.

A Quinta eſt interpretatio ac ſententia, clericos, feudū obtinere poſſe, ſi dominus conſentiat, & contentus ſit, vt per ſubſtitutum ſeruiat, nec de alterius præiudicio, puta agnatorum, agatur.

Hæc mihi videtur æqua interpretatio, quia conſenſus domini adeſt, qui poteſt feudum concedere francū, & nulli ſeruitio obnoxiū, ergò multò magis, vt per ſubſtitutum vaſallus ſeruire poſſit. Item poteſt feudum fœminæ concedere, & alijs qui non ſunt idonei ad ſeruiendum, Ergo etiam clericis. Dixi, ſi non fiat præiudicium agnatis, quia ſi feudum ſit paternum, conſtat agnatis præiudicare non poſſe domini conſenſum, c. 1. de alie. feudi paterni. Nec enim ius quæſitum ei poteſt auferre, & ideo in tit. de vaſallo milite, qui arma bellica depoſuit, meritò dicit textus, *agnati conditionem potiorem eſſe, quàm clerici* Nec enim dominus poſſet eo in caſu clerico feudum concedare in præiudicium agnati.

Sexta eſt ſententia, clericos feudum continere poſſe, ſi non ſit præſtandum perſonale ſeruitium, ſed reale, puta annuus cenſus pecuniæ, vel alterius rei.

B Placet hæc ſententia, quia ceſſat ratio legis impedientis, ac prohibentis, clericos feudum retinere, nimirum illa, *nec beneficium pertinet ad eum, qui non debet gerere officium*, ut in d. c. 1. de vaſallo milit. qui arma bellica depoſuit. Poſſunt enim commodè annuum cenſum præſtare, ut alij, Ergo etiam feudum retinere, ſicut & alias imperfecti, vt dixi ſuprà præcedenti capite, in primo articulo feudum retinere poſſunt, cuius gratia perſonale ſeruitium præſtari non debet, quia ceſſat ratio tex. in c. 1. An mutus vel aliàs imperf. quia ſcilicet *ipſum ſeruire non valet*. Nam poteſt annuum cenſum domino ſoluere.

Septima ſententia eſt, ſi feudū francum ſit, poſſe Clericos illud obtinere, & eſt veriſſima, quia ceſſat ratio q̃ prohibet, cùm nullum ſit præſtandum ſeruitium.

Octaua eſt ſententia, vbi feudum annexum eſt dignitati Eccleſiaſticæ. Tunc certè nihil prohibet quo minus clericus feudum obtineat. Et ita accipiendus eſt textus
G in c. 1. §. vlt. de capitulis Corradi, & in d. ca. Verum, & c. Ex tranſmiſſa, de foro compet. Et in Germania paſſim videmus Abbates, Epiſcopos, & alios Eccleſiaſticos feuda poſſidere, annexa dignitati Eccleſiaſticæ, quod iuri conſentaneum eſt, ut patet.

CAPVT XXXVI.

Equites Hieroſolymitani, & ſimiles, qui ſacro ordini militum nomina dederunt, an in feudis ſuccedere poſſint?

SEd & controuerſia eſt, vtrum in feudis ſuccedere poſſint Equites Hieroſolymitani, ſiue Rhodienſes ac Militenſes, qui ſacri ordinis militum religionem aſſumunt. Etenim affirmant Aluarotus in ca. 1. col. pen. verſ. Quæro quid ſi vaſallus, de vaſallo milite, qui arma bellica depoſuit, & ibidem Baldus nu. 4. Præpoſitus
D in fine. Afflictus nu 13. Iacopinus inueſtitura feudali, in verb. *Dictiq́; vaſalli promiſerunt non committere feloniā*. nu. 41. verſ. *Quid autem in militibus* Barbatia ad rub. de feudis, col. 3. verſ. Quid ſi vaſallus efficiatur miles. Curtius iunior in tract. feudorum, part. 3. q. 10. Rubeus conſ. 80. Neuizan. conſil. 30. Natta conſ. 507. nu. 9. lib. 3. Curtius ſenior in con. 62 63.

Fundamentum præcipuum eſt, quia iſti milites arma bellica non depoſuerunt, & ideo ceſſat ratio textus in d. c. 1. de vaſallo milite, qui arma bellica depoſuit. Et cùm armis vtantur cōtra infideles, in fauorem fidei Chriſtianæ, putentur ſeruire domino ſuo, eo ipſo quod pro fide militant. Aut certè per ſubſtitutum ſeruire poſſunt.

Cæterùm, negāt Baldus in conſ. 170. lib. 2. Barbatia de præſentia Cardinalium, par. 1. q. 5. Brunus conſ. 17. Caſſaneus in Cōſuetud. Burgundiæ. tit. de feudis, §. 5. in verſ. Excep. le. religioſ. nu. 18. Catelianus Cotta in Memor. in

verſ.

verſ. Clericus. Crauetta conſ. 303. Rolandus conſ. 23. nu. 9. lib. 1. Alciatus reſponſ. 29. nu. 6. Thomas Marinus de feudis, tit. 2. de feudo ex pacto & prouidentia, num. 141. Menochius de arbitrar. iudic. caſu. 231. nu. 5. & in conſi. 54. lib. 1. Cacheranus deciſ. 17. nu. 18.

Fundamentum eſt firmiſſimum, quia religioni, quam receperunt, ſunt obſtricti, nec domino ſeruire poſſunt iuramentumq; fidelitatis obſeruare, ſecũdum formã traditam in c. 1. qualiter iurare debeat vaſallus domino ſuo fid. & in c. 1. de forma fidel. & in c. 1. de noua forma fidel.

Hæc ſententia mihi vr̃, additis tamẽ declarationibus; quas poſui ſuprà in capite præcedenti, circa quæſtionem de clericis. Nam in illis caſibus, in quibus clerici ſuccedere poſſunt in feudis, exiſtimo etiã iſtos ſuccedere poſſe, quia nulla diuerſitatis ratio adferri poteſt.

Ad argumentum verò contrariæ opinionis reſpondeo, licet iſti arma bellica non depoſuerint, nõ tamen illis vti poſſunt pro alijs, quàm pro fide contra infideles. Et licet eam ob cauſam magno ſint honore & fauore digni, non tamen ſeruire poſſe dicuntur domino feudi, cũ religioni ſint obligati. Nã & cæteri clerici, ac religioſi viri, Deo inſeruientes & milites Chriſti, vt loquitur text. non minori ſunt honore digni, & tamen in feudis nõ ſuccedũt. Per ſubſtitutum verò in feudis, clerici ac religioſi viri ſeruire nõ poſſunt, quia id præſupponit eos feudũ obtinere poſſe: at non pñt obtinere, imò ſi qđ habẽt, amittũt, ergo nõ eſt laborãdũ, an poſſint ſeruire p̃ ſubſtitutũ.

CAPVT XXXVII.

Vtrum fœmina in feudo emptitio ſuccedant?

MAxima eſt controuerſia, vtrũ fęmine ſuccedant feudo emptitio, id eſt, precio acquiſito & cõparato. Adferam huc omnium ſententias & argumenta, vt omnium collatione facta, quid hac de re ſit ſtatuendum, facilius intelligi poſſit.

Prima eſt ſñia eorũ, q̃ dixerũt, fęminas ſuccedere poſſe in feudo emptitio. Ita oium primum docuit Odoffredus, in ſumma, qui poſſint ſuccedere in feudo: eandẽ ſententiam ſecuti ſunt Romanus in conſ. 367. nu. 12. Decius in conſ. 269. nu. 6. 390 nu. 7. & alibi. Ruinus conſ. 18. nu. 18. lib. 1. Curtius iunior in 1. par. 3. patris, nu. 6. Clarus §. Feudum. q. 73. verſ. Sed quid in feudo empto. Natta cõſ. 246. nu. 4 & 393. nu 8 Hipp. Rimin. cõſ. 256. nu 9. lib. 3. D. meus Decian. cõſ. 58. nu 49. lib. 2. Menoc. cõſ. 498. nu. 17. lib. 5. vbi alios citat, qbus adde And. Geyll. li. 2. obſer 159 vbi dicitur, ita fuiſſe in Camera Imperiali iudicatũ.

Fundm̃ eſt, q̃a feudũ pecunia emptũ, nõ eſt ꝓpriè feudũ. Etenĩ feudũ non ſub prætextu pecunię, ſed amore & honore dñi acquirendũ eſt, c. 1. de feudo dato in vicẽ legis Cõmiſſoriæ. Quare nec leges, quæ de feudo propriè ſumpto loquunt̃, in tali feudo locũ habere poſſunt. Fœminæ aũt excludũtur a ſucceſſione feudi propriè ſumpti, veriq; & recti. Nã cõſtat eas i feudo impropriè ſumpto, ſuccedere, ut in c. 1. de feudo fœminæ. Itaq; in feudo emptitio, q̃a ex cõtractu acquiritur, vr̃ locus eſſe iuris regulis, q̃ in contractibus ſeruant̃, vt nimirũ ad hr̃des tranſeãt l. Veteris. C. de contrah. & cõmit. ſtip. l. Si pactũ ff. de Probat. Iure autem ciuili hæredes ſunt tam maſculi quàm fœminæ l. Maximũ vitium. C. de liber. præteritis.

Altera eſt ſñia, fœminas in feudo, de quo agitur, ſuccedere nõ poſſe. Ita Præpoſitus & Afflict. nu. 23. in § Et quia de his qui feudũ dare poſſ. Iacopinus inueſt. feudali, in verbo *& fœminis*, num. 6. Zaſius de feudi, par. 8. nu. 37 & par 12. nu. 21. & conſ. 8. nu. 22 & 23. lib. 2. Curtius iunior par. 3. in princ. nu. 1. verſ. Primo igitur limita. Brunus conſ 18. nu. 9 & 108. nu. 27. Hanelonius de feudis, lib. 2. c 8. Roland. conſ 41. lib 4. Menochius conſi. 1. nu 47. Piſtorius lib 2 parte poſteriori, quæſt. 34.

Fundamentum eſt, quia feudum dr̃ etiam illud, quod pecunia acquiſitum eſt. Et licet in hoc a natura proprij

A feudi alienum ſit, quatenus nõ eſt beneficium gratia & amore domini acquiſitum, non tamen ſequitur in alijs etiam alienum eſſe debere arg. text. in c. 1. de feudo, non habente propriam naturam feudi.

Tertia eſt opinio, fęminas admitti ac ſuccedere in feudo precio acquiſito & empto, ſi hæc duo concurrant nimirum, vt iuſtum ac integrum precium numeratũ fuerit, & nullum perſonale ſeruitium pręſtandum ſit. Ita Socinus iunior in conſ 65. num. 16 lib. 1 poſt Baldum, in §. Et quia vidimus, de his qui feudũ dare poſſunt, & alios quos allegat, refert & ſequitur D. meus Cephalus in cõſ. 172. nu. 15. lib. 2.

Fundamentum eſt, quia hoc in caſu rationes ceſſant propter quas regulariter fœminæ a feudis excluduntur, quia ſcilicet perſonale ſeruitium præſtare non poſſunt, c. 1. An mutus vel alias imperf. Et maximè cùm precium numeratum ſit, quod facit, ut nõ beneficium reputetur, ſed cõtractus, qui ſine dubio tranſit etiam ad fœmina.

B Quarta eſt ſententia, Fœminas ſuccedere poſſe in feudo emptitio, quando ab ipſo domino venditum eſt, non autem ſi ab alio vaſallo, ita Curtius ſenior in conſilio 48 col. 7. Alciat. reſponſo 170. nu. 3.

Fundamentum eſt, quia venditio facta ab alio, quàm a domino, nocere non poteſt ipſi domino, neq; impedit quo minus feudum ſuam naturam obtineat, & regulis feudalibus ſubiaceat.

Quinta & poſtrema eſt ſentẽtia, vt mihi videtur, Hieronymi Garzonij, in tract. de fœminis ad feuda recipiẽdis, vel non, in 6. lim. verſ. Sexto reſtringitur, fœminas quidẽ excludi a ſucceſſione feudi emptitij, ſed tamen dominũ, qui eas vult excludere, ac illis p̃ferri, reddere eis debere precium quod accepit. Ratio iſta poteſt adferri, quia nõ videtur æquũ, ut dñs feudum obtineat, & ſimul quoque pecuniam, id eſt, preciũ ipſius feudi: ſicut enim pecuniã fęmina hæres accipere potuiſſet, ſi nõ ex ea fuiſſet feudũ comparatum a parẽte ſuo, ita iuſtũ videtur, vt

C ſi feudum obtinere non poſſit parente mortuo, ſaltẽ precium eius conſequatur, a domino ei reſtituendum, arg. cap. 1. de natura feudi, ibi *Vel niſi emerint feudum, &c.*

Ego ſanè tot actantis euidentiſſimis iuriſconſultis, q̃ has opiniones attulerunt, fidem abrogare nec uolo, nec debeo. Veruntamẽ vt ingenuè dicam id quod ſentio, eorum ſententiam magis probo, qui negant fœminas admitti ac ſuccedere in feudo. Eſt enim hæc ſententia firmiori, vt mihi videtur, ſubnixa fundamento, quàm alia quæuis, nimirum text. in c. 1. § Et quia vidimus. de his q̃ feud. dare poſſunt, illis verbis. *Hoc autem notandum eſt, quod licet filię, ut maſculi patribus ſuccedant, legibus tamen a ſucceſſione feudi remouentur, & ſimiliter & earũ filij, niſi ſpecialiter dictum fuerit, ut ad eas pertineat.* Idem docet tex. in c. 1. §. vlt. de ſucceſſ. feudi.

D Sibi ergo imputet qui feudum emit, ſi non ſtipuletur etiam filiabus ſuis. Nam ſcit vel ſcire debet, feudum ad fœminas non trãſire, niſi ſpecialiter dictum fuerit, ut ad eas quoque pertineat. Et ideo non obſtat illud argumentum prioris ſententiæ, quo dicebatur, feudum emptum non eſſe feudum propriè, & ſecundum contractuum regulas determinandum eſſe; quia licet hoc reſpectum nõ ſit feudum propriè, iure tamen feudi cenſeri debet in alijs, arg. cap. 1. de feudo non habente propriam naturam feudi. ibi. *Licet propriam feudi naturam non habeat, iure tamen feudi cenſebitur.*

Et quemadmodum contractus ad hæredes tranſeũt, ita etiã feuda tranſeunt, ſed ad hæredes maſculos, nõ ad fœminas, c. 1. §. Profecto. de lege Corradi. Quare hoc in caſu ad hæredes quoq; trãſibit, ſed maſculos tantũ, non etiam fœminas, quia non amittit omnem ſuam naturam Feudum enim manet & vocatur, licet emptum precio fuerit. cap. 1. de natura feudi ibi. *Vel niſi emerint feudum.* c. 1. de feud. dans minimis valuaſſorib. c. de beneſ fratris

Quæ verò adſerũtur pro fundamẽto aliarũ ſententiarum, ea non refello, quia non improbabilia ſunt, ſed nec defen-

deſendo, quia nec certo iure vtuntur, & quam amplexus ſum ſententiam, illa mihi ſanè probabilior videtur.

CAPVT XXXVIII. 1

In feudo fœmineo an ſuccedant fœminæ?

EXtat conſtitutio feudalis ſub tit. de Feudo fœminæ, in hæc verba: *Si fœmina habens feudum deceſſerit, quia fœmineum eſt feudum, & ſine pacto ſpeciali deficientibus filiis maſculis ad filias pertinebit, Obertus & Gerardus. Alij verò dicunt, niſi per pactum ſpeciale ad eas non pertineret, ſicut ſi datum eſſet filio maſculo quia ſi ideo quod eſt fœmineum, ſine pacto tranſit in fœminas, eadem ratione quia eſt fœmineum, tranſit in fœmineam prolem, etiam maſculis extantibus, quod falſum eſt. Ex hoc illud deſcendit, quod dicitur, clericum nullo modo in beneficium paternum debere ſuccedere, etiamſi poſtea quam habitum religionis aſſumpſerit, poſt poſuerit.*

Hæc conſtitutio occaſionem dedit controuerſiæ inter Doctores, vtrum in feudo fœmineo ſuccedant fœminæ, ſi non ſpeciali pacto id cautum ſit. Etenim multi negant adducti ex ſecunda parte textus, quæ incipit: *Alij verò dicunt*. Plurimi verò affirmant, priori parte textus innixi, quæ ita diſertè docet.

Neganti ſententiæ hæc prætereà adſtipulantur. Primò, quod fœminæ regulariter in feudis non ſuccedunt. Secundò, quod fœmina acquirens feudum, nõ debet plus iuris habere quàm maſculus. Maſculo autem certum eſt fœminam non ſuccedere. Tertiò, quoniam is qui fœminæ feudum concedit, cenſetur illud conceſſiſſe ſecundum ipſius naturã, quæ eſt, vt fœminæ nõ ſuccedant. Quartò, quia fœminam feudum habere pugnat cum regulis feudorũ, ergo vt minus regulæ offendantur, non debet poſt eam fœminam, cui primò cõceditur, ſequẽs etiã admitti. Quintò, quia ratio diuerſitatis conſiderari poteſt inter ea, cui feudum primo conceſſum eſt, & alias, quæ ex ea deſcendunt. Potuit enim fieri, vt motus fuerit dominus ad feudum cõcedendum matri, aliqua ratione, quæ in filia ceſſet. Sextò, quoniam nec filij maſculi ſuccedũt matri ſuæ, ſecundùm iuris rigorem, vt in c.1. An maritus ſuccedat vxori, ergo multo minus fœminæ. Septimò, quia ex duabus ſententiis, quæ commemorantur in d.c. 1. de feudo fœminæ, poſterior ſentẽtia ab authoribus feudiſticorũ librorum videtur approbata, id patet ex eo, quòd ſecundùm hanc poſteriorem ſententiam argumentum ſumitur hoc modo: Si feudum, quo fœmina morte excidit, non recidit in fœminam ex ea deſcendentem. Ergo feudum etiam, quo maſculus excidit, ſumpto clerici vel monachi habitu, non recidit in eundem, habitu depoſito.

Ita docuerunt Gio & Andr. Iſernia in d.c.1. de feudo fœminæ, Mattheus Afflictus, nu. 4. ubi dicit, communẽ eſſe ſentẽtiam, H. ibidem, citatur etiam Io. Thomas Minadous, quem non vidi, in conſtitutionem Regni. c. In aliquibus, ſub Rub. textus conſtitutionis, nu. 20.

Affirmanti autem ſentẽtiæ primùm adſtipulatur tex. in c.1. de Natura ſucceſſ. feudi, in illis verbis: *Inferius verò filius ſuccedit patri & non filia, niſi ex pacto, vel niſi ſit fœmineum*. Secundò, tex. in cap. Iugales, in capitulis extraord. apud Iacobum Ardizoni, cap. 150. & apud Cuiacium, lib. 4. tit. 104. cuius hæc ſunt verba: *Iugales à quodã milite ſimul de eodẽ feudo inueſtiti fuerant, ut in ſe deſcendentesq; ſuos id haberent. Hi ex ſe filio & filia ſuperſtitibus defuncti ſunt, inter quos feudi quæſtio agitatur. Maſculus enim vniuerſum feudum ſibi vendicat, fœmina verò ad paternum feudum pariter cum fratre vocari ſe defendit. Quidam pro maſculo, quidam pro fœmina pronũciant. Eorum qui pro filia iudicant, ſententiam ſequendam eſſe cenſeo, cùm filia ex antedictorum iugalium contubernio ſupereſt, ex prædefuncta vxore alio ſuſcepto maſculo, qui conſanguineus ad eam frater ſit. In cæteris priorum ſententia ſanè ſequenda eſt. Quod ſi ſola ex matrimonio relicta filia, nullo*

A *ex eo vel alio connubio ſuperſtite maſculo, ab hac luce ſubtracti fuerint, feudum ſcindi fert prudentum noſtra ciuitatis opinio, vt dimidiam quidem partem fœmina ſibi acquirat, reliquam verò dominus aut hæres eius accipiat.*

Tertiò adſtipulatur huic ſententiæ, quod ex duabus ſententiis relatis in d. cap. 1. de feudo fœminæ prior ſententia Oberti & Gerardi videtur approbata, & altera reiecta, quod patet ex illis verbis: *Quod falſum eſt*, quæ referenda ſunt ad poſteriorem ſententiam, ut ſenſus ſit, falſum id eſſe, quod alij dixerunt contra priorẽ ſententiã.

Atque ita docuerunt Iacob. Beluiſ. Bald. Aluarot. Præpoſitus, D. Bato Schenck Petr. Rauen. & Eguinarius Baro ibi. Iacopinus in inqueſt. feudali, in verbo fœminis, nume. 3. Curtius iunior in tertia parte tract. feud. in princ. nu. 3. Zaſius de feudis, par. 8 nu. 39. Sonsbecius par. 9 nume. 123. Hanetonius lib. 2 c. 8 Duarenus de feudis, c. 10. nu. 4. Clarus § Feudum q. 73. Romanus conſ. 367. nu. 12. Socinus iunior conſ. 109. num. 7. lib. 2. Rolandus à Valle
B conſ. 67. nu. 20. lib. 2. & 76. nu. 7. lib. 3. Burſatus conſ. 63. nu. 9. Burchold. tract. feudali, c. 7. nu. 6. Piſtorius alios citans lib. 2. parte poſteriore, q. 34. nu. 20.

Ego poſteriorem hanc ſentẽtiam amplector. Primò, quia magis communis eſt, & in re maximè dubia cõmuniorem ſententiam tutius eſt amplecti. Secundò, quia habet duos textus, quibus nititur, ſatis perſpicuos, nimirum text. in d. cap. 1. de natura ſucceſſ. feudi, & text. in d. c. Iugales in extraord. cap. & prætetea Oberti & Gerardi authoritatem, ut habetur in d.c. 1. de feudo fœminæ. Tertiò, quia ratio æquitatis adſtipulatur. Nam cùm feudum ſit fœmineũ, cur non fœminæ admitterẽtur: quod argumentum erat Oberti & Gerardi. Poſtremò, quia ratio qua nititur poſterior ſententia relata in d.c. 1. de feudo fœmin. nullius eſt momenti. Illa enim eſt ratio, quoniam, ſi fœminæ ſuccederent in tali feudo, deberent etiã ſuccedere filiis extantibus. Quod tamen falſum eſt, quia
C filiis extantibus fœminæ non ſuccedũt, licet feudũ etiã fœminis conceſſum ſit, ut patet ex cap. 1. de eo, qui ſibi & hæred. & ex cap. Filia de ſucceſſ. feudi. (Hic enim verus eſt ſenſus illorum verborum, *quod falſum eſt*.)

Hoc argumentum, inquam, nullius eſt momẽti, quia negari poteſt ſequela. Etſi enim fœmina ſuccedere poſſit, non tamen ſequitur eam ſuccedere etiam exiſtẽtibus maſculis, quia ſcilicet maſculi præferũtur. Id patet, nam hæc duo videntur æquiparati, quod feudũ ſit fœmineũ, vel fœminæ ex pacto ſuccedant, ut probatur in c.1. de natura ſucceſſ. feudi, ibi: *Niſi ex pacto, vel niſi ſit fœmineum*, ſed quando fœmina ex pacto ſuccedit, hæc intelligitur, ſi maſculi non extent. Nam maſculis exiſtentibus excluduntur fœminæ. Ergo idem eſt dicendum, ſi feudum ſit fœmineum. Sic n. minus læduntur iuris regulæ, & ſtrictè accipitur conceſſio, fœminis facta contra iuris regulas.

Non obſtant argumẽta contrariæ opinionis. Nã primum argũ. locum non habet in feudo fœmineo, ut patet ex d. c.1. de natura ſucceſſ. feud. Secundum verò hoc
D præſuppoſito deſtruitur, quia ſic apparet aliter feudum fœmineũ eſſe accipiendum, quàm maſculinum. Tertiũ quoq; corruit, quia cõcedens vr. voluiſſe etiam fœminas ſuccedere. Quartũ ex eo tollitur, *quod in his, quæ contra rationẽ iuris conſtituta ſunt, non poſſumus ſequi regulã iuris*, vt inquit Iulianus in l. 14. ff. de legibus. Quintum non obſtat, quia nulla ratio diuerſitatis inter fœminã, cui primò feudum datur, & alias ex ea deſcẽdentes. Oẽs enim ſunt inhabiles regulariter & incapaces feudorum. Ideo cùm in vna diſpenſatum ſit, in alia quoq; diſpẽſatũ vr. Ad quintum rñdetur, filios maſculos ſuccedere matri ex æquitate, ut dicit tex. in d.c. 1. an marit. uxori ſucced. & eadem æquitas facit, ut etiam fœminæ ſuccedant, quando feudum eſt fœmineũ. Ad ſeptimum, negatur ultimã ſententiam approbatam fuiſſe in d.c. 1. de feudo fœmi. imò potius prior ſententia probari videtur, qui textus dicit: *Alij dicunt*. Nõ obſtat, quod dicitur ex poſteriori ſententia argumẽtũ ſumi ad id, quod tex. ſubdit de clerico,

ex quo

ex quo videtur conijci poſſe eam ſententiam approbari. Nam non eſt ſatis idonea hæc coniectura, quia nihil vetat ex ea ſententia aliquid confirmatum eſſe in alijs caſibus, & non tamen eam ſententiam approbari, licet aliorum caſuum deciſio approbetur. Nam ratio illius ſententiæ in clericis & monachis optimè quadrat. Etenim cũ ſemel ij feudo exciderint, nulla eſt ratio, cur ſine ſpeciali gratia domini illud recuperare poſſint. At in feudo fęmineo magna eſt ratio, quæ pro deſcendentibus fœminis facit, vt mortua matre admittantur ex feudi qualitate, quod iam degeneraſſe conſtat a propria natura feudi.

CAPVT XXXIX.

Vtrum fœminæ ſuccedant in feudo franco.

FEudum quoddam francum appellant Doctores, pro quo nullum præſtatur ſeruitium domino, & diſputant, an fœminæ poſſint in eo ſuccedere, alijs affirmantibus, alijs verò negantibus. Affirmant Bald. in §. Et quia de his qui feudum dare poſſint. nu. 19. Romanus in conſ. 33 & 367. & ſingulari 177. incip. Fœmina. Alex. conſ 30. nu. 2. lib. 1. Corneus conſ. 16. num. 9. & 239 num. 4 lib. 1. Decius conſ 85. nu. 6 & 414 nu. 14. Marſilius ſingulari 41. Fœminæ non ſuccedunt. Ruinus conſ. 18. nu. 12. & 38 nu. 8. lib. 1. Alex. conſ. 29. & 30. lib. 1. Gratus reſponſo 9 nu. 53. lib. 1. Alciatus reſponſo 160. num. 24. Pariſius conſ 4. num. 19. conſ. 12. nu. 27. conſ. 16. nu 4. conſ 23 nu 30. lib. 1 Siluanus conſ. 3. num. 59. Rolandus conſ. 23 num 10 lib. 1 conſ 48. nu. 40. lib 4. Thobias Nonius conſ. .. nu. 38. Clarus §. Feudum. q. 37. Cuiacius lib. 1 de Feudis tit. 2 §. pen. Menochius conſ. 69 nu. 16 Burſatus conſ. 150. num. 59. Piſtorius lib. 2. parte poſteriori, q. 34. num. 33.

Negant verò Baldus ſibi contrarius in l. Quoties. C. de ſuis & legitim. hæred. Martinus Laudenſis, & Præpoſitus in §. Et quia vidimus. de his qui feu. dare poſſ. Iacobus a S. Georgio in Inueſt. feudali, in verbo & fœminis. nu. 5. Curtius ſenior conſ. 49. col. 4. Curtius iun. de feudis in 3. par. in princip. in 5. lim. Zaſius de feudis, part. 8 nu. 34. Thomas Marinus de feudis, tit. 11 de feudo fęmineo ſiue materno, nu. 19 Duarenus de Feudis, cap. 10. num. 7. Hanetonius de Feudis, lib. 2. cap. 8.

Affirmantis ſententiæ fundamentum eſt primum in c. ſi cui militi. in capitulis extraordinarijs feudorum, & apud Cuiacium lib 4. ti. 104. cuius verba hæc ſunt: *Si cui militi ad certum ſeruitium feudum fuerit datum, iſq; relicta ex ſe deſcendente fœmina deceſſerit; quę id ſeruitiũ iuxta feudi conditionem non minus decenter pręſtare poſſit, quàm maſculus, et ſi in inueſtitura minimè cautum ſit, ut & fœmina ad id aſpirare valeant, eam tamen admitti rectum putamus, quinimò hoc caſu ſimul cũ maſculo in feudo eam ſuccedere quidam putãt, quod multò magis dignũ obſeruantia exiſtimamus, cum feudum ſic datum eſt, ut nullum pro eo ſeruitium fiat, vt pleraq; hodie feuda dãtur*

Secundò, in hac ratione. Nam ceſſante ratione legis, ceſſat lex. Sed ratio legis arcentis fœminam a ſucceſſione feudi, illa eſt, quia ſeruire non valet, vt habetur in c. 1 An mutus, vel ſurdus, vel alias imperf. & ibi. *Quidam tamen dicunt, eum qui talis natus eſt feudum retinere non poſſe, quia ipſum ſeruire non valet, ſi dicimus in clerico, in fęmina & in ſimilibus.*

Hæc ratio ceſſat in quæſtione noſtra, quia fœmina nullum præſtare ſeruitium debet, cùm feudum ſit francum, pro quo nullum ſeruitium præſtandum eſt.

Fundamentum autem negantis ſententiæ poſitum eſt in regula generali feudorum, qua dicitur, fœminas in feudis non ſuccedere §. Hoc autem, de his qui feudum dare poſſunt. Ab hac enim regula generali caſus iſte nõ reperitur exceptus.

Ad tex in c. Si cui militi, reſpondent, illud non haberi in vulgatis & ordinarijs Codicibus, & ideo apocryphum eſſe, nec argumentum ex eo ſumi poſſe.

Ad rationem illam reſpondent, licet fœmina non teneatur aliquod ſeruitium præſtare, tamen cùm feudum præſupponatur eſſe, in conſequentiam teneri ad præſtãdum fidelitatis iuramẽtum, iuxta tex. in c. 1. de noua forma fidel. & in c. 1 de noua forma fidelitatis. Non poteſt autem fœmina præſtare, quæ in dicto iuramento fidelitatis continentur, quia non poteſt habere ius vindictæ, agereque ea, quæ viri agunt Hoc enim eſt id, quod vulgo dicitur: *Fœmina non leuat faydam*, nec multa alia facere, quæ in dicto fidelitatis iuramento continentur.

Ego puto, huius quæſtionis definitionem ex hac quæſtione potiſſimùm pendere, vtrum licet feudum ſit francum, vt præſupponimus, ita vt nullum præſtandum ſit ſeruitium, nihilominus præſtandum ſit iuramentum fidelitatis, iuxta formã, quæ habetur in tit. de noua forma fidelitatis. Nam ſi præſtandum ſit, certum eſt, fœminam feudum obtinere non poſſe, quia non poteſt ea facere, quæ in dicta iuramenti forma continentur. Si verò non ſit præſtandum tale iuramentum, tunc nihil proponi video, cur fœmina repelli debeat a ſucceſſione feudi, cum ratio legis eam excludentis prorſus ceſſet in hoc caſu, & coniectura ſit non contemnenda, ita viſum fuiſſe peritis rerum feudiſticarum ex dicto cap. Si cui militi, licet nõ ſit textus prorſus Anthenticus.

Exiſtimo itaque, hæc eſſe repugnantia, quod feudum dicatur eſſe francum & liberũ, ita vt nullum exigat ſeruitium, & quod illa exigat, quæ in iuramenti formula ſupradicta continentur Tunc enim ſeruitium exigeret nõ paruum, vt ex cõtentis in dicta formula intelligi poteſt.

Quamobrem non puto, iuramẽtum eſſe præſtandum quod ponitur in dicto tit de noua forma fidelit. ſed duntaxat iuramentũ fidelitatis aliquod non repugnans qualitati feudi, quod liberum & frãcum eſſe præſupponitur. Eiuſmodi iuramentum cùm ita commodè ac decenter per fœminam præſtari ac impleri, ſicut per marem poſſit, exiſtimo fœminam meritò in tali feudo ſuccedere poſſe. Quod ſi nullum iuramentum fidelitatis ex pacto præſtandum ſit, tunc eo magis res eſt clara, fœminam ſuccedere poſſe.

Cæterum, ſi feudum francum eſſe proponatur, ſed ita tamen, ut vaſallus ex pacto iuramẽtum præſtare debeat, ſecundùm formam, quæ habetur in dicto titul. de noua forma fidelitatis, tũc puto ita francum intelligendum eſſe feudum, vt tamen ea ſeruentur, quæ in dicta iuramenti forma continentur, & conſequenter ultra ea francum ſit & liberum, ſicut dicebat Io. An. in add ad ſpeculator. tit. de præſcrip in addit. 1. circa finem. Et hoc in caſu illis adſtipulari nequeo qui fœminam ad tale feudum admittunt, quia in dicta formula iuramẽti multa continentur quæ per fœminam explicari non poſſunt, puta illud: *Et ſi ſciero te velle iuſtè aliquem offendere, & inde generaliter vel ſpecialiter fuero requiſitus, meũ tibi, ſicut potero, pſtabo auxilium* & multa ſunt alia in dicta formula, quæ cũ a fœmina expediri non poſſint, nõ video quam ob cauſam feudum obtinere poſſit, niſi quis ridiculè dixerit, fęminam ita iurantẽ non obligari iuramento, ſed profectò non decet in hunc modum abuti iuſiurandi religione.

CAPVT XL.

Fœminę vtrum in feudo ſuccedant, in quo iuramentum fidelitatis eſt pręſtandum, ſed debet ſolùm annuus cenſus, vel aliud præſtari ſeruitium quod etiam fœmina præſtare poteſt.

EX his quæ dixi circa finem præcedentis capitis, quid in hac facti ſpecie iure mihi ſtatuendum videatur, perfacilè eſt intelligere Sic enim ſtatuendum puto, fœminam ſuccedere non poſſe, quia licet annuum cenſum præſtare poſſit, non tamen

men ea obſeruare pôt, quæ ex iuriſiurãdi formula promittit. A Ergo niſi authores perfidiæ ac periurij eſſe velimus, nec fęminã iureiurãdo onerabimus, nec feudo honorabimus. In tit. de noua forma fidelitatis hęc formula præſcribitur: *Ego Titius iuro ſuper hæc ſancta Dei Euangelia, quod ab hac hora in antea vſque ad vltimum diẽ vitæ meæ ero fidelis tibi Caio domino meo, contra omnem hominem, excepto Imperatore vel Rege, &c.* Item: *Ego iuro, quod nunquã ſcienter ero in cõſilio, vel auxilio, vel in facto, quòd tu amittas vitam, vel membrum aliquod, vel quod tu recipias in perſona aliquam læſionem, vel iniuriã, vel contumeliam, vel quod tu amittas aliquem honorem, quem nunc habes, vel in antea habebis. Et ſi ſciero, vel audiero de aliquo, qui velit aliquod iſtorum contra te facere, pro poſſe meo, vt non fiat impedimentum præſtabo. Et ſi impedimentum præſtare nequiuero, quàm citò potero tibi nunciabo, & cõtra eum, prout potero auxilium meum tibi præſtabo. Et ſi contigerit te rem aliquam, quam habes, vel habebis, iniuſtè* B *vel fortuito caſu amittere, eam recuperare iuuabo, & recuperatam omni tempore retinere. Et ſi ſciero te velle iuſtè aliquem offendere, & inde generaliter vel ſpecialiter fuero requiſitus, meum tibi, prout potero præſtabo auxilium. Et ſi aliquid mihi de ſecreto manifeſtaueris, illud ſine tua licentia nemini pandam, vel per quod pandatur faciam, & ſi cõſilium meũ ſuper aliquo facto poſtulaueris, illud tibi dabo conſilium, quod mihi videbitur magis expedire tibi, & nunquam ex perſona mea aliquid faciam ſcienter, quod pertineat ad tuam, vel tuorum iniuriam, vel contumeliam.*

Hæc capita iuramenti ſeruare, virile eſt officium. Diocletianus: *Alienã ſuſcipere defenſionem, virile eſt officiũ, & vltra ſexum muliebrem eſſe conſtat.* l. 18. C. de Procur. Præſertim verò cùm agitur de defendendo aliquo à vi, et iniuria corporali, vt ĩ hoc caſu agi manifeſtũ eſt. Multò minus mulier idonea eſt ad adiuuandũ dñm volentẽ iuſtè aliquem offendere. Quare vt dicebam, cùm hæc à fęminis præſtari non poſſint, conſequens eſt, eas nõ poſſe eiuſmodi iuſiurãdum ſubire, ac proinde, nec feudum C obtinere, quod requirit tale fidelitatis iuſiurandum.

Atque ita reſponderunt Alex. in conſ. 9. nu. 7. 8. lib. 5. Decius in cõſ. 139. in fine, & 193. & in l. 2. nu. 64. de reg. iur. Brunus conſ. 41. nu. 4. Zaſius de feudis, part. [illegible] nu. 49. Curtius iunior de feudis, par. 3. in princ. nu. 12. verſ. *Nono fallit.* Roland. à Valle, conſ. 23. nu. 35. lib. 1.

Contrariũ rñderunt Sucinus ſenior conſ. 257. col. 2. lib. 2. Pariſ. conſ. 12. nu. 28. lib. 1. Ruinus conſ. 18. nu. 17. lib. 1. Menoch. conſ. 65. nu. 16. iſti loquuntur in terminis quæſtionis noſtræ. Piſtorius autem lib. 2. parte poſteriori, q. 34. nu. 37. qui & Romanum citat in conſ. 367. num. 12 & Clarum, §. Feudũ. q. 73. & alios, non loquit' expreſsè in caſu iſto, qñ præſtandum eſt iuſ̃m fidelitatis ſicut nec Clarus, nec Romanus, nec alij multi ab eo citati.

Fundamentum eſt primò in c. ſi cui militi. in capitulis feudorum extraordinarijs, cuius verba retuli in capi D te præcedenti, vbi re vera, ita expreſsè conſtitutum eſt, ſed reſponderi poteſt, non loqui text. illum in terminis noſtris, quando videlicet iuramentum fidelitatis præſtandum eſt ſecundùm formam ſupradictam.

Et licet ibi mẽtio fiat inueſtituræ, nõ tñ infertur hoc præſupponere, vt fidelitatis iuſ̃m præſtetur ſecũdũ modũ ſupradictũ: licet. n. vaſallus, qui de feudo inueſtiẽdus eſt, iuramentum præſtare debeat fidelitatis, id tamẽ locum habet in feudo proprio & vero, quale nõ eſt feudũ illud, pro quo ſeruitium præſtandum eſt. quod ita commodè per fęminam, ſicuti per virum explicari poteſt.

Etenim ſicut dixi in præcedenti capite, hæc implicant quandam contradictionem, nec ſimul cohærere poſſunt; præſtandum eſſe ſeruitium tale, quod fœmina præſtare poſſit, & præſtanda eſſe ea, quæ in iuramenti fidelitatis formula continentur. Ea enim non continent eiuſmodi ſeruitium, quod à fęmina pręſtari poſſit. Huic argumento nullum allatũ vidi reſponſum, quod ſit idoneum, quanquam Menochius in ſua hypotheſi optimè reſpondeat ex facti de quo reſpondit, circumſtantijs.

Prætetea illud eſt fundamẽtum poſterioris huius ſententiæ, quod cùm feudum ſit impropriũ illud, quod nõ perſonale ſeruitium exigit, non habeat in eo locum feudalis cõſtitutio, repellens fœminas à ſucceſſione, ſed potius ius commune eas vocans vnà cum maſculis. l. Maximum vitium. C. de lib. præteritis. Reſponderi poteſt, id non rectè inferri, quia non ſi in vno feudum à ſua natura ac proprietate degeneret, idcirco in omnibus alijs degenerare debet. cap. 1. de feudo non habente propriam naturam feudi.

Adde quod generalis eſt feudalis cõſtitutio fęminas à ſucceſſione repellens, ac proinde in omni feudo locũ habere intelligitur, niſi ſit fęmineum, vel ex pacto fęmina ſuccedat, vt in c. 1. de natura ſucceſſ. feudi.

CAPVT XLI.

Ad cap. 1. de eo, qui ſibi & hæredibus ſuis maſculis, vel fœmin. &c. An fœmina ſemel admiſſa excludatur à maſculo poſtea nato.

EXtat feudalis cõſtitutio lib. 2. tit. 17. in hæc verba: *Qui ſibi vel heredibus ſuis maſculis, vel his deficientibus, fœminis per beneficium inueſtituram feudi accepit, vna tantùm filia ſuperſtite, nullo alio deſcendente relicto deceſſit; hæc marito paternum feudum in dotem dedit, & deceſſit duobus filiis ex eo procreatis: quorum vnus duas filias reliquit, alter verò vno filio maſculo relicto deceſſit. De prædicto itaque feudo vrgentem vidimus quæſtionem: maſculo quidem hoc feudum totum ſibi, quia ſolus eius, qui primo inueſtituram accepit, hæres maſculus ſit, vindicante; fœminis verò totam ſui patris partem ſibi defendentibus, quia ex illo nullus extitit maſculus. Cumque inter ſapientes ſæpe ſuper hac quæſtione ſit diſputatum, tandem pro maſculo pronunciatum eſt. Non enim patet locus fœminæ in feudi ſucceſſione, donec maſculus ſupereſt ex eo, qui primus de hoc feudo fuerit inueſtitus. &c.*

Nunc proponitur hęc facti ſpecies. Quidã feudum acquiſiuit ſibi, [illegible] hæredibus maſculis & fęminis, & relictis duabus filiabus [illegible] obijt, filiæ in feudo ſucceſſerunt, poſtea altera earum moritur relicto maſculo, vtrũ ille maſculus nõ ſolùm ſuccedat ĩn portione matris ſuę, verum etiam in portione materteræ, eamque excludat?

Affirmát Glo. ibi. Andr. Iſern. Martinus Laudenſis & Afflictus n. 12. Iacopinus à S. Georgio in inueſtitura feudali, in verſ. Fœminis. nu. 17. Celſus Hugo conſ. 26. num. 48. Burſatus conſ. 63. nu. 16.

Negant verò Iacobus Beluiſius, Baldus, Aluarotus, Petr. Rauenn. Baro Schenck, in commentarijs dicti loci, Curtius iunior de feudis, par. 3. num. 33. Zaſius par. 8, nu. 53. Sonsbecius par. 9. num. 140. Ioan. Thomas Marinus. tit. 11. de feudo fęminę, n. 37. verſ. Nono quæritur, Clarus. §. Feudũ. q. 80. Guerinus Piſo ĩ præludijs feudur. ſub titu. Propria & impropria feuda quænam ſint, verſ. Quarta ſpecies feudi improprij, Hanetonius, lib. 2. c. 9.

Fundamẽtũ prioris ſententiæ politũ eſt in illis verbis textus ſupradicti: *Nõ. n. patet locus fœminæ in feudi ſucceſſione, donec maſculus ſupereſt, &c.* Hæc generalis rõ legis locũ habere vr̃ & in ꝓpoſita quæſtione, & quãdã tacitã cõditionẽ vr̃ importare, quoad fęminæ ſucceſſionẽ ĩ feudo, vt ſcilicet illa feudũ abſolutè nõ obtineat, ſed cõditionaliter, nimirũ ſi maſculus nõ ſuperueniat. Id patet. Nã textus, quẽ in manibus habemus, de ea loquitur facti ſpecie, in qua feudũ paternum iam peruenerat ad filiam, & tamen maſculus ſuperueniẽs nepos totũ feudũ obtinet, quod ad nepotes ex altero filio pertinere debuit.

Fundamentum autem poſterioris ſententiæ illud eſt, quia in ꝓpoſita facti ſpecie de qua noſtra eſt diſputatio, ius quæſitum eſt materteræ, antequã filius ille ſuperuenitet, quamobrem illud auferri nõ poteſt. l. Id quod noſtrum. de reg. iur. Et quod dicitur fœminam ſuccedere

non poſſe donec maſculus ſupereſt, intelligendum eſt, quādo tempore ſucceſſionis delatæ maſculus adeſt, non autem, cùm poſt ius quæſitum fœminę exiſtenti tempore ſucceſſionis delatæ, maſculus ſuperuenit.

Ego hanc poſteriorem ſentētiam amplector. Nam re[c]ta iuris rationib. & regulis repugnat filiū auferre materterę ius acquiſitum, iam antequā ipſe naſceretur. Deinde, hanc quæſtionem noſtrā non decidit textus circa quem verſamur, ſed aliā longè diuerſam, quādo ſcilicet tēpore mortis, & ſucceſſionis adſunt fęminæ ex vno filio, & maſculus ex altero; Ratio dubitādi eſt, qa vr dicēdū, filiā ſuccedere in portione parētis ſui. Ratio decidēdi eſt, quia fęminis nō patet aditus in ſucceſſione feudi, donec maſculus ſupeſt. Hic autē maſculus adeſt. Ergo ille ſolus admittitur. At in qōne noſtra nō adeſt, ſed poſtea ſuperuenit, fœmina iam admiſſa, meritò dicetur caſus longè diuerſus, & diuerſam rationem continere.

Porrò ratio illa, quia fœminæ non patet aditus in ſucceſſione feudi, donec maſculus ſupereſt, generalis quidē eſt, ſed non poteſt extendi ad eum caſum, in quo nō loquitur, nimirum ad eum caſum, in quo maſculus non ſupereſt, licet poſtea naſcatur. Loquitur enim quando maſculus adeſt eo tempore quo ſucceſſio defertur, & ſimul etiam fœmina adeſt, tunc maſculus præfertur.

Quod verò dr, illam rōnem hoc efficere, vt fœmina ſuccedat non abſolutè, ſed ſub cōditione, ſi maſculus nō ſuperſit, pōt intelligi dupliciter. Primò, ſi maſculus non ſuperſit tēpore quo vaſallus moritur, & feudi ſucceſſio alijs defertur; & hoc eſt verum, ſed nō rectè applicatur quęſtioni propoſitę, quia quęſtio loquitur, qn̄ tempore ſucceſſionis ſola extabat fęmina, nēpe materrera. Secundò, poteſt intelligi ſi maſculus nō ſuperſit, etiam poſtea natus; et hoc falſum eſt, quia nō eſt ęqui, nec textus hoc vult, vt filius poſtea natus auferat ius alteri acquiſitum.

Et licet textus loquat de ea facti ſpecie, qua filiæ primi acquirētis fuit ius quæſitū in feudo, illa enim iā ſucceſſerat, non tñ de caſu illo loquitur, quo huic filiæ aliquod ius auferatur per maſculū, poſtea ſuperuenietem,

CAPVT X[illegible]

Si feudū quis acquiſiuerit ſibi & ſuis [illegible]æredibus, vtriuſq[illegible] ſexus, vtrum fœminæ ſimul cum maſculis ſuccedant.

CVm fœminis in ſucceſſione feudi locus nō pateat, donec maſculus ſuperſit, vt inquit text. in c. t. de eo qui ſibi & hęredibus ſuis maſcul. vel fęmin. &c. Et idem habetur in cap. 1. §. Quinetiam, Epiſcopum vel Abbatem, &c. Et in c. t. §. Filia. de ſucceſ. feudi, veriſſima mihi eorum ſententia videtur, qui feudi conceſſionem hæredibus vtriuſque ſexus factam ita interpretātur, vt fęminæ in eo non ſuccedant, ſimul cum maſculis, ſed maſculis deficientibus, Ita reſponderunt Alexander in conſ. 9. lib. 5. Curtius iunior de feudis, par. 3. nu. 19. Io. Baptiſta Vincemala conſ. 1. feudali, nu. 57. Celſus Hugo conſ. 26. nu. 48. Burſatus conſ. 63, nu. 9. & 132. nume. 41. & 250. in princ. Thomas de Marinis, titu. 11. de feudo fœminino, nu. 40. Piſtorius alios citans, qui tamen in iſtis terminis non loquuntur, lib. 2. parte poſteriori, q. 35. n. 16. Rolandus à Valle conſ. 84. nu. 14. lib. 4.

Contrarium reſponderunt Decius conſ. 208. n. 4. Pariſius conſ. 22. nu, 14. li. t. Ruinus conſ. 16. nu, 6. lib. 1. Gozadinus conſ. 56. nu. 22. Borcholtus de feudis, c. 7. nu. 67.

Sed profectò nullum iſti argumentum adferunt alicuius ponderis. Primò, vrgent naturam verborum, *pro hæredibus vtriuſque ſexus*. Videntur enim hæc verba æqualiter tam fœminas, quàm maſculos vocare, magis, quàm ſi dicatur, *hæredibus maſculis & fœminis*, quia tūc maſculi, tanquam prius nominari, præferri meritò debēt. ex regula. l. Quoties. ff. de V ſufr. Secūdò, illud vrgēt, idem eſſe in propoſita conceſſione ſtatuendum, quod in ea, qua

A feudum conceditur, pro maſculis cū fœminis, tūc enim etiam maſculis exiſtentibus fœminæ ſimul cum eis ſuccedunt, vt notat Bald. in l. Quoties. C. de ſuis & legit. hæredib. Tertiò, quia fœminæ ſuccedunt ſimul cum maſculis, quando feudum datur quibuſcūque hęredibus, quia ſunt vocatæ ſub verbis illis generalibus. Ergo multò magis ſuccedere debent hoc in caſu, quo ſpecialiter vocantur illis verbis: *Hæredibus vtriuſque ſexus*.

Sed nihil iſta mouent, quia quod attinet ad primum, illud eſt quidem verum, ſi verborū duntaxat natura ſpectetur, ſed regula iuris feudalis magis ſpectari debet, per quam maſculis exiſtentibus fœminæ excluduntur.

Ad ſecundum negari poteſt, conceſſiones illas æquiparādas eſſe, videlicet: *Hæredibus vtriuſque ſexus*. Item, *maſculis cum fœminis*, quanquam & in ea facti ſpecie non deſunt, qui negent fœminas admitti ſimul cum maſculis. Qua de re ſtatim dicemus.

B Ad tertiū negatur, qđ aſſumitur in argumento, nempe fœminas, ſimul ſuccedere cū maſculis, quādo agitur de conceſſione facta *hæredibus* quibuſcunque. Hoc quidem Ruinus dixit, ſed non probauit. Baldus enim quem citat, hoc nō dixit, nec vllus alius, nec dicenti aſſentiret, niſi id probaret, quia contrarium habemus ex generali regula feudorum, quæ docet, maſculis exiſtentibus fœminis etiam vocatis in ſucceſſione feudi locum non patere. Et ita etiam Ruino reſpondit Roland. à Valle, in conſ. 84. nu. 17. verſ. Similiter non obſtat. lib. 4.

CAPVT XLIII.

Quid ſi feudum acquiſitum ſit pro maſculis cum fœminis, an fœminæ vnà cum maſculis ſuccedant?

C SI feudum acquiſitum ſit pro filijs, ſiue hæredibus maſculis cum fœminis, fęminas æqualiter, & ſimul cum maſculis ſuccedere, authores ſunt Bald. in l. Quoties. C. de ſuis & legit. hæred. Iacopinus à S. Georgio [illegible] [in]ueſtitura feudali, in verb. fęminis, nu. 10. Franciſcus C[illegible]ſis ſing. 70. Decius conſ. 208. nu. 3. Pariſius conſ. 22. [illegible] 17. lib. 1. Roland. à Valle, conſ. 84. num. 10. lib. 4. C[illegible] §. Feudum. q. 73. verſ. Et in hoc propoſito. Crotus conſ. 27. nu. 3. Burſatus conſ. 63. nu. 10. lib. 1. Piſtorius lib. 2. parte poſteriori, quæſt. 35. num. 30.

Fundamentum verò eſt, quia hoc in caſu maſculi cōiunctim vocati ſunt cum fœminis. Ergo quilibet ad feudum admitti debet pro ſua portione. l. Vn. §. Vbi autem., C. de Cad. tollend. l. vlt. C. de Impub. & alijs ſubſtit.

Sed contrarium docuerunt Curtius iunior de feudis par. 3. nu. 18. Paulus Picus in tit. de his qui feudum dare poſſunt. §. Et quia, nu. 59. Guerinus Piſo in præludijs feudo. tit. Propria & impropria feuda quę ſint. ver. Quarta ſpecies feudi. Duarenus de feudis. cap. 10. nu. 9.

D Et iſtis ego aſſentior. Fundamentū eſt hoc: Feudi conceſſio maſculis & fœminis facta, hanc ex iure feudali recipit interpretationem, contra verborū proprietatem, vt fęminæ non ſuccedāt quoties maſculi ſuperſunt. c. 1. §. Quin etiam. Epiſc. & Abbat. &c. cap. t. §. Filia. de ſucceſſ. feudi, cap. Si cui militi. §. Item ſi quis. in extraordinarijs capitulis apud Cuiacium, lib. 4. tit. 104.

Ergo idem in propoſita facti ſpecie reſpondendū eſt, cùm fœminæ ſcilicet cum maſculis vocantur. Nam ſicut *nihil intereſt, ita legetur illi & illi cum Meuio, an ita, illi, & illi, Meuio.* l. 8. ff. de vſufr. accreſcē. l. Illi. 4. ff. de Vſufr. leg. Ita nihil intereſt vtrum maſculis & fœminis feudū concedatur, vel maſculis cum fœminis.

Reſpondet Piſtorius, nō rectè hoc inferri. Nam licet dictio *(Et)* ex natura rei contra propriam ſignificationē in alium ſenſum detorqueatur, non tamen ſequitur, eodem modo in alium ſenſum detorquendam eſſe dictionem *(Cum.)*

Sed iuſtè explicari pōt nihil proponi, cur nō rectè id inferatur.

Inferatur. Primò, quia nulla eſt ratio diuerſitatis. Secundò, quia hæ dictiones eodẽ modo coniungunt. Tertiò, quia hæc interpretatio ideo fit, q̃a id exigit ſubiecta materia feudi, quod maſculos præcipuè ad ſucceſſionẽ vocat. Ergo ſicut dictio *Et*, intelligitur ſecundũ ſubiectam materiã, vt ordinem ſucceſſiuum inducat, ita ẽt accipiẽda erit dictio *Cum*, ex eadem ratione generali, nimirũ verba accipienda eſſe ſecundum ſubiectam materiam. l. Si vno, ff. locati, l. Inſulam, ff. de præſcript. verb.

Nec enim audiendus eſt Piſtorius, qui authores citat aſſerentes, quidquid ſit de dictione *Et*, dictionem *Cum* etiam poſitam inter perſonas, inter quas ordo charitatis eſt, non inducere ordinem illum, quia nulla lege id probatur. Repugnat regula generalis prædicta. Aduerſanc Iuriſconſultorum reſponſa, æquiparantium eos modos coniungendi per dictionem *Et*, & per dictionem *Cum*, vt in d. l. 8. ff. de vſufr. accr. Et contrarium voluit Oſaſc. deciſ. Pedem. 81. nũ. 18. verſ. Non repugnat.

B Ad argm̃ contrariæ opin. rñdeo, hanc quidem eſſe naturam coniunctionis, ſed tamen non eſſe tunc ſpectandam, quando materia ſubiecta aliud poſtulat. Verba. n. ſecundum materiam ſubiectam ſunt accipienda.

Illud non diſſiteor, ſi feudum ita ſit conceſſum, vt in eo ſuccedant fœminæ, ſicut maſculi, tunc pariter & maſculos & fęminas ſuccedere. Ita enim decidit tex. in d. c. Si cui militi, §. item ſi quis. in extraor. Capitulis: ſed nos in ea ſpecie non verſamur.

CAPVT XLIV.

Maſculus exiſtens in gradu remotiori lineæ diuerſæ, an excludat fœminam è ſucceſſione feudi, in proximiori gradu exiſtentem eiuſdem lineæ, vbi feudum acquiſitum eſt pro hæredibus maſculis & fęminis.

IN c. j. §. ſimiliter, de Cap. qui cur. vend. q̃ô hæc deciditur, his verbis: *Similiter ſi quis inueſtitus fuerit de feudo, ita vt ad fœminas tranſiret, & duas filias tantum reliquerit, quarum vna filium habeat, & altera filiã, vtrum poſt mortẽ illarum maſculus tantum feudum habere debeat. Secundum Gerardũ maſculus tantum. Obertus contrà, & è cõtra ſi filios ille habuerit.* C

Hic deciditur maſculum pręferendum eſſe, qui tñ eſt in remotiori gradu, & ĩ diuerſa linea, reſpectu filię, quã excludit à portione matris ſuæ. Ita inquã deciditur ſecũdum opin. Gerardi, quam doctores communiter ſecuti ſunt. Et confirmatur ex regula illa generali, Fęminæ locum non patere in ſucceſſione feudi, donec maſculus ſuperſit, vt in c. j. de eo qui ſibi & hær. maſc. vel fęm. in c. j. §. Quin etiam, Epiſc. vel Abb. in c. 1. §. Filia, de ſucceſ. feudi. Et notandum eſt tex. in d. c. 1. de eo qui ſibi & hære. ſuis, loqui de hac ipſa facti ſpecie, cùm ſcilicet maſculus extat in diuerſa linea, & remotiori gradu, & ibi dicitur fęminam excludi. Ita inquam docuerunt Beluiſ. Iſern. Bal. Aluarot. Præpoſit. Afflict. & alij in d. §. Similiter. Zaſ. parte 8. nu. 52. alios multos citat Piſtorius lib. 2. parte poſteriore, q. 35. nu. 18. D

Controuerſiam facit ſolus Sonsbecius de feud. par. 9. nu. 143. exiſtimans tex. in d. c. 1. de eo qui ſibi & hæred. ſuis, &c. reſtringendum eſſe ad illam facti ſpeciẽ, de qua loquitur, & illam facti ſpeciem longè differre ab hac noſtra, quia ibi feudũ acquiſitũ fuit hæredibus maſculis, & illis deficientib. fęminis, quæſtio aũt proponitur, de eo, qui feudum acquiſiuit hæredibus maſculis & fęminis.

Sed fallitur vir doctiſſimus in eo, quod non animaduertit nullam eſſe rationem diuerſitatis inter iſtos caſus. Primò, quia is qui feudum acquirit hęredibus maſculis & fęminis, non aliter fęminis acquirit, q̃ ſi maſculi non extent, vt in d. §. Quin etiam, & in d. §. Filia. Secundò, quia in illa facti ſpecie, de qua loquitur tex. in d. c. de eo qui ſibi & hær. maſc. & fęm. feudum iam tranſierat ad filiam ſolam ſuperſtitem: Et tamen ibi deciditur, ea defuncta duobus relictis filiis, quorum vnus duas filias reli-

A querat, alter verò filium maſculum, feudum pertinere ad maſculum ſolùm, ea ratione, ꝙ fęminæ locus in ſucceſſione feudi non pateat, donec maſculus ſuperſit, qui tamen maſculus eſt ibi in diuerſa linea, & remotiori gradu, & excludit filias à portione feudi matris ſuę. Eadem ratio eſt in quæſtione noſtra. Quædam alia argumenta Sonsbecius attulit, quæ refert & refellit tã accuratè Piſtorius, vt nihil addendum exiſtimauerim.

CAPVT XLV.

Fœmina ſemel à feudi ſucceſſione excluſa per maſculos, an perpetuò cenſeatur excluſa?

CElebris eſt, & ſæpè agitata hæc quæſtio; quare nullum me operæprecium facturũ puto, ſi vel affirmantis, vel negantis ſententiæ authores hic adſcripſero, ſunt enim & paſſim obuij, & ferè innumerabiles. Dicã igitur quid ſentiam, & rationes adferam: deinde, contrariæ ſententiæ argumenta confutabo.

Exiſtimo filiam ſemel excluſam à ſucceſſione feudi, maſculis extantibus, perpetuò excluſam eſſe. Moueor authoritate tex. in c. 1. §. Quinetiam, Epiſc. vel Abb. &c. ita enim dicit: *Quin etiam ſi quis eo tenore feudum acceperit, vt eius deſcendentes maſculi & fœminæ illud habere poſſint, relicto maſculo, vlterius fœminæ non admittuntur.* Illud verbum, *vlterius*, ſignificat nunquam amplius fęminas admitti, cõſequẽter perpetuò ſunt excluſæ. Deinde, moueor hac ratione, quia fęminæ iure feudali excluduntur à ſucceſſione feudi, vt ĩ c. 1. §. Et quia, de his qui feu. dare poſ. Excipitur inter alios ille caſus, quo ex pacto fęmina vocatur. c. 1. de natu. ſucceſ. feu. ſed pactum illud interpretatione reſtringitur. Nã filiis extantib. non habet locum, c. 1. §. filia, de ſucceſ. feu. ibi: *Tunc enim ſuccedit filia, filijs non extantib.* Ergo filiis extantib. filiæ excluduntur, c. Si cui militi. §. Item ſi quis eo tenore, in extraord. capitulis apud Cuiac. lib. 4. tit. 104. ibi, *Quanquã enim ſuperſtite maſculo, ex eo qui primus feudũ acquiſiuit fœminæ excluduntur, &c.* Excluduntur, inquam, ſimpliciter, non ad tp̃s: Ergo perpetuò viir excluſæ. Sicut fęminæ, quæ ex ſtatuto municipali ſtantib. maſculis excludũtur, ſimpliciter, ſi ſemel fuerint excluſæ, maſculis exiſtẽtibus, perpetuò excluſæ cenſebuntur, vt docet Bart. in l. vlt. §. 1. nu. 2. in fi. ff. ad Tertyl. cuius ſententia cõiter recepta eſt. Vide Andr. Geyll. lib. 2. obſer. 148. nu. 4.

Nec id ita iniquum ac durum videri debet, ſi natura feudorum perpendatur, quæ eſt, vt fœminæ non ſuccedant. Hac. n. interpretatione minus lęditur, minusq; feudales regulæ offęnduntur. Sed iam contrariæ ſententiæ argumenta refutanda ſunt.

Primum argumentum ſumitur ex c. 1. §. Filia, de ſucceſſ. feudi, quatenus ibi dicitur, filiam non extãtibus filijs ſuccedere, Ergo ſi filij non extent, quia ſcilicet poſtquam ſucceſſerunt, defuncti ſint abſque filijs, fęminæ videntur eſſe admittendæ, quia tunc verum eſt filios non extare. Reſpondeo, illa verba: *Tunc enim ſuccedit filia filiis non extantibus*, non eum habere ſenſum, vt videlicet quandocũque filij nõ extent, filia ſuccedat, ſed accipienda eſſe tempore ſucceſſionis delatæ, de quo tempore loquitur tex. ille. Itaque mortuo patre, ſi maſculi non extent, filia ſuccedet. Hæc eſt ſententia dicti §.

Secundum argumentum ſumitur ex cap. 1. de eo qui ſibi vel hæred. in illis verbis, quibus dicitur, fęminæ locum non patere in ſucceſſione feudi, donec maſculi ſuperſunt. Illud verbum, *donec*, ſignificat nõ penitus fęminas remoueri, ſed ad tẽpus, dum ſcilicet maſculi ſuperſunt. Reſpondeo, ex hoc loco rectè probari, fęminæ locum non patere in ſucceſſione feudi, dum maſculi ſuperſunt, ſed non rectè probari, quod infertur à cõtrario ſenſu fęminæ locum patere, maſculis, qui ſucceſſerunt, poſtea deficientibus, quia repugnat textus in dicto §. Quin

etiam,vbi dicitur,fœminas vlterius non admitti.Itaque A illud verbum, *Donec*, ibi accipiendum eſt,vt c.1.Matth. *Et non cognoſcebat eam, donec peperit filium ſuum primogenitum*. Et cap.5.ibi. *Non exies inde, donec reddas nouiſſimum quadrantem*. Et Geneſ.8.ibi. *Donec ſiccarentur aqua ſuper terram*. Et habetur in cap.Ioſeph. de verb. ſignif.& alibi.

Tertium argumētum eſt. quia fœminis ius quæſitum videtur ex pacto primi acquirētis,cui proinde ſuccedere videntur. Ea enim primi acquirentis intentio præſumitur,vt primùm maſculis, deinde fœminis proſpicere voluerit.Reſpondeo,quæ fuerit acquirētis intentio, nō eſſe nunc inquirendum, ſed quæ iure feudali ſit hoc in caſu adhibenda interpretatio:ea verò eſt, fœminas ſuccedere maſculis non extantibus, maſculis verò extantibus,excludi.Excluſas vlterius nō admitti, vt iam allatis textibus ſuprà demonſtraui.

Quartum argumentum eſt, quia veriſimile non eſt, B acquirentem feudum hunc animum habuiſſe,vt defuncto filio feudum ad dominum rediret. Quid enim ſi filium, verbi gratia,&filiam tantùm ſuperſtitem haberet, vel filium non idoneum ad procreandum liberos?nunquid veriſimile dicemus, eū voluiſſe maſculo defuncto feudum ad dominum reuerti? Reſpondeo,vt iam dixi, non tam ſpectandam eſſe voluntatem acquirentis feudum,quàm iuris regulas & ſanctiones.Sic autē iure cōſtitutum eſt, vt extantibus maſculis fœminæ excludantur.Huic iuri conſtituto parendum eſt, niſi pactum fiat, quo fœminæ ſuccedant,vel cum maſculis,vel deficientibus quandocunque maſculis.

Quintum argumentum eſt, quia in feudo fœmineo communis videtur ſententia,fœminas ſuccedere maſculis deficientibus,licet maſculi aliquando poſſederint feudum.Ergo idem in hac quæſtione reſpondendum eſt,in qua feudum maſculis & fœminis acquiritur, Reſpondeo, nego cōſequentiam, quia hic non agitur de feudo C fœmineo. Deinde,res eſt dubia & controuerſa in feudo fœmineo,vt patet ex not.in c.1.de feudo fęminæ,& nos ſuprà diſputauimus.

Sextum argumentum eſt c.1.§ Si duo fratres, de feudo Marchiæ,vbi feudum acceptum eo pacto,vt fęminę ſuccedant, feudo nouo æquiparatur à duobus fratribus accepto,eo pacto,vt ſibi mutuò ſuccedant. Reſpondeo, in ea æquiparationē conſiſtere, quòd frater qui alioqui non ſuccedit in feudo nouo, ex pacto ſuccedere poteſt, ſicut fœmina ex pacto ſuccedit.

Septimum argumentum eſt,quia cùm hæc res ſit dubia,videtur ſumēda benignior interpretatio,vt fęmina ſuccedat. Reſpondeo,negando rem eſſe dubiam,niſi reſpondeatur textibus & rationibus allatis.

Octauum argumentum eſt, quia nullibi ſit conſtitutum,fœminas perpetuò excluſas eſſe. Reſpōdeo,imò ſatis apertè id conſtitutum eſſe in d.§.Quinetiam.

Nonum argumentū eſt,quia fœmina excluditur pro- D pter maſculos, ergo maſculis poſtea deficiētibus debet admitti,quia ceſſat cauſa excluſionis.Reſpondeo,negando conſequentiam; & ratio eſt,quia maſculis exiſtentibus fęmina excluditur,quaſi cōditio deficiat,ſub qua tacitè vocata intelligitur, nimirum maſculis non extantibus:Conditione autem deficiente corruit ius, quod ſub conditione defertur,nec poſtea reuiuiſcit.

Decimum argumētum.Cùm feudum maſculis & fęminis acquiritur, maſculi tacitè præferuntur fœminis, ita vt quandocunque maſculi extiterint, excludant fœminas,etiā alterius lineæ & proximioris gradus cap.1. §.Similiter,de capitan.qui curiam vend.Ergo à contrario de fœminis expreſsè vocatis,idem ſtatuēdum eſt,vt admitti debeat,quandocunque maſculi deficiant. Reſpondeo,negando conſequentiā, nec enim eſt par ratio maſculorum & fęminarum in feudis, ſed potior eſt conditio maſculorum.

Vndecimum argumentum *Vnuſquiſque ſibi & ſuis hæredibus videtur proſpexiſſe*, inquit tex.in c.1. de duobus fratribus à capit.inueſt.vbi propterea tex.dicit filiā defuncti præferendam eſſe fratri.Multò magis ergo præferenda domino erit. Reſpondeo, ſi nulli extent maſculi defuncti,argumentum rectè concludere,ſecus,ſi filij extent,quia illi ſoli,excluſa filia, ſuccedunt, quæ proinde vlterius non admittitur. Et in his terminis loquitur ibi tex.quando videlicet frater,cui filia ſuccedit,maſculum nō reliquit.Id patet ex illis verbis: *Ex fratribus vnus vna filia relicta, altero adhuc viuente, deceſſit, quæritur, cui portio defuncti deferatur, vtrum filia an fratri? Reſpondetur filia.*

Duodecimum argumentum hoc adfertur, text.in §. Quinetiam, quo potiſſimùm ſententia communis nititur non hoc velle,vt fœminę vlteriùs non admittantur, id eſt, ſemel excluſæ per maſculum, perpetuò ſint excluſæ,ſed hoc tantùm velle,vt ſi feudum eo tenore conceſſum ſit,vt maſculi & fœminæ illud habere poſſint, tunc maſculi ſuperſtites ſuccedant,nec fœminæ vltra maſculos admittantur,ſicut habetur in c.1. §.Filia. de ſucceſſ. feudi.Reſpondeo,verba eſſe clara,quibus dicitur, fęminas vlterius non admitti. Aduerbium,illud,*vlterius*, ſignificat fęminam nec tunc admitti,nec poſtea amplius, quo ſanè loquendi modo textus non vteretur, ſi dicere vellet,fęminas non admitti,vt ſuccedant maſculis ſuperſtitibus.Promptum enim eſſet dicere,fœminas non ſuccedere maſculis extātibus,vti loquitur textus in d.§.Filia.Vel ſolos maſculos ſuccedere, vel fœminas nō ſuccedere ſimul cum maſculis, vel præter maſculos nō ſuccedere fœminas,vel denique vltra maſculum fęminā non admitti.Sed textus dicit,*vlterius* non admitti,ad ſignificandum,nec tunc,nec deinceps admitti poſſe.

CAPVT XLVI.

Legitima filiarum,an ſit ex feudo hæreditario detrahenda?

DIxi libro quarto controuerſiarum,capite viceſimo tertio, detrahēdam eſſe legitimam filiorum ex feudo hæreditario,ſicut de cæteris rebus hęreditarijs detrahitur.De filiabus autem nominatim nō feci vllam mentionem.Dicam nūc,Franciſcus Burſatus conſ.132.lib.2. reſpondit, legitimam filiarum detrahendam eſſe feudis hæreditarijs, vel ſaltem præſtandam æſtimationem in pecunia. Hartmannus Piſtorius lib.2.parte poſteriore, quæſt.38.num.34.cum ſequentibus,contrarium reſpondit.Ego autem ſic ſtatuo,hoc totum ex eo pendere,quo modo accipiamus feudum hæreditarium.Nam ſi ita illud accipiamus,vt ſit feudum,quod ad omnes hæredes maſculos & fęminas, imò etiam extraneos tranſit,ita vt eo ipſo,quòd aliquis eſt hæres, feudū obtinere poſſit, ſine hæſitatione aliqua rectè Burſatum reſpondiſſe exiſtimo,quia eiuſmodi feuda,ſunt pars hæreditatis. Conſtat autem,legitimam eſſe partem hęreditatis,nempe trientem vel ſemiſſem pro numero liberorū, vt in Nouella. de triente & ſemiſſe.Cęterùm,ſi feudum hęreditarium accipiatur pro eo,quod quis ſibi hæredibusque ſuis acquirit,quorum appellatione veniunt maſculi,& fęminę excluduntur,ſecūdum ea,quæ fusè diſputauimus ſupra hoc eodem libro c.4.3. Id quod maximè vrget Hartmannus,nihil proponitur,cur fœminæ poſſint ex tali feudo legitimam detrahere,quia conſtat eas non ſuccedere,legitima verò eſt pars eius patris, in qua quis ſuccedit ab inteſtato,Ergo ei,qui nō ſuccedit, legitima nō debetur. l.Poſthumus. §.Si quis.ff.de inoffic.teſt.l.Cū quęritur.l. Parentibus.C.eod.tit.

Nec mouet, quod receptum eſt, cùm de corpore & ſubſtantia bonorum legitima præſtari nequit,præſtandā eſſe in æſtimatione,quia vt bene reſpondet Piſtorius. id verum eſt,quādo legitima debetur ex bonis ipſis. li-

cet

cet ex eorum corpore, propter aliquam difficultaté, vel impedimentum præſtari nequeat. Tunc ſoluéda eſt ęſtimatio, & loco præſtationis rei, ſoluéda eſt pecunia. Sed hic legitima deberi filiab. non poteſt, ex feudis, in quib. non ſuccedunt. Porrò an ſaltem dotem ex feudis fœminæ conſequi debeant, alia eſt quęſtio, quam exequitur Piſtorius q 37. concludens, ſi alia bona non ſuperſint, præſtandá eſſe, ex his, quæ tradunt Panormit. conſil. 12. sn 7. dnb. lib. 5. Alex. conſ. 208. nu. 7. lib. 2. & lib. 3. Curt. iunior conſ. 25. Hieronym. Schurff. conſ. 24. lib. 1. & alij ab eo citati.

CAPVT XLVII.

Quid ſi feudum à patre ſit emptum, an ex eo filiarum legitima detrahi poſſit?

SEſt quid ſi feudũ ſit emptitium, id eſt, à patre emptum precio numerato, vtrum ex eo filiarum legitima deduci poſſit? Affirmant Iacobus Thomingius deciſ. 2. & Hartmannus Piſtorius li. 2. parte poſteriori, q. 38. nu. 63. Negat Collegium iuridicum, quod ipſe commemorat incertæ facultatis, & res planè digna eſt, quæ in examen deducatur.

Negantis ſententiæ arguméta ſunt iſta. Primum, quia nulla eſt lex hoc dicens, vt ſcilicet ex feudo legitima filiarum debeatur.

Secundum, quia fœminæ non ſuccedunt in feudo, ẽt pecuniæ acquiſito; neq; .n. deſinit eſſe feudũ propterea, quòd emptum ſit. Conſtat aũt à feudi ſucceſſione fœminas repelli, niſi ſit fœmineum, vel pacto id conuentum. c. 1. de natu. ſucceſ. feu. Conſequenter legitima non debetur filiab. ex feudo, quia legitima eſt pars eius, quod ab inteſtato defertur: quare ſi nulla ſit ſucceſſio ab inteſtato, nulla etiam deberi poteſt legitima.

Tertium, quia ſi ex feudo empto legitima deberetur, iſtud eſſet, quia precium ſuccederet in locum feudi. Sed hoc fieri non poteſt, quia precium nũquam ſuccedit in locum rei, præterquam in vniuerſalibus iudiciis. l. ſi & rem & precium. ff. de peti. hær. l. ſi vt proponis, C. de rei vend. Bart. in l. Imperator, §. vlt. de leg. 2.

Quartum, quia legitima liberis debetur de bonis paternis. l. Cùm quæritur. C. de inoff. teſt. At bonorũ appellatione feudalia non veniunt. c. 1. §. In generali, ſi de feudo defunc. conten. ſit inter dom. & agnat. defun.

Quintũ, quia legitima debetur detracto ære alieno. l. Papinianus, §. Quarta, ff. de inoff. teſt. Sed feudũ videtur eſſe æs alienum, quia debetur filiis poſt mortem patris, ergo illud deduci debet ante omnia, & tunc ex eo; quod ſupereſt, deducenda erit legitima.

Sextum, quia legitima non debetur ex rebus reſtitutioni ſubiectis. l. Irritum, C. ad leg. Fal. l. In rõne, §. quod vulgò, ff. eod. ſed feudum ſubiacet reſtitutioni poſt mortem patris, quia pertinet ad filios, ergo non poteſt ex eo legitima deduci.

Septimũ, quia feudum quod poſt mortem patris filiis debetur, non eſt conferendum ſororibus venientib. ad ſucceſſionem communis parẽtis, quia poſt morté patris acquiritur. Ea verò, quæ poſt morté patris acquiruntur filiis, non conferuntur. l. Ea demùm, C. de collat. ita Bar. ad l. 1. §. Nec caſtrenſe, nu. 6. ff. de collat. bo. Caſtr. Alex. & Iaſ. in l. Illud, C. de collat. Pariſ. conſ. 56. nu. 19. lib. 3. Ergo nec ex eis legitima debetur.

Octauum argumentum, quia pater poteſt filiorum legitimam minuere titulo oneroſo, & ſic emẽdo feudum, eſt enim emptio titulus oneroſus. Bar. in l. non vſque. ff. ſi à parente quis fuerit manumiſſ.

Poſtremum argumẽtum, quia legitima non debetur ex feudo, quod pertinet ad primogenitum, quia reliqui filij non ſuccedunt in eo, vt tradunt Abb. & alij in c. Licet, de voto. Ergo nec de feudo iſto emptitio debetur filiabus legitima, quia pertinet ad maſculos.

A Affirmantis verò ſi. ię fundamentum eſt, quia cum pater emit feudum filiis ſuis, ad quos vult illud poſt mortẽ ſuam peruenire, eſt perinde, ac ſi pecuniá, quam expoſuit in emptione feudi, donaret ipſis filijs. Sicut ergo, ſi tantam pecuniam filijs donaret, vt filiæ legitimam portionem non haberent, eiuſmodi donatio, tãquam inofficioſa, reſcinderetur vſq; ad legitimam portionẽ filiarum. l. ſi totas. l. ſi mater. l. ſi liqueat. C. de inoff. donatio. ita etiam dicendum eſt, ex feudi æſtimatione legitimam portionem eſſe deducendam pro filiabus, ita vt licet feudum obtinere non poſſint, ſibi tamen debitam portionẽ conſequantur in pecunia. argum. tex. in c. 1. §. Si duo fratres. de fratribus de nouo beneſ. inueſt.

Quod argumentum confirmatur ex eo, quod alioqui abſurdum ſequeretur, nimirò patri licere omnes facultates, & bona ſua in emendis feudis exhaurire, atque ita B filias legitima portione priuare, quod iniquũ eſſet. Igitur filiabus legitima debetur ex feudis emptis, ſicut deberetur ex ipſa pecunia, ſi pater eam in hæreditate reliquiſſet. Et hæc ſententia eò magis amplectãda videtur, quod inter libros æqualitatem inducit; quam legum authores inducere conantur. l. pen. C. de collation. l. Cùm pater. §. Dulciſſimis. de leg. 2. l. ſi maior. C. comm. diuid. §. Illud quoque. in Auth. de Nuptijs.

Ego puto hac in re diſtinctionẽ adhibẽdá eſſe. Nam ſi filiæ ex cõſuetudine ſtatutove, aut renũciatione iurata, ſint excluſę à ſucceſſione bonorũ pr̃is cõgrua dote accepta, otioſum eſt quærere, an ex feudo empto legitimam habere debeãt, cũ dote contentæ eſſe iubeãtur, nec vllũ ad paterna bona regreſſum habituræ ſint, licet pecunia, ex qua feudum emptum eſt, in hæreditate patris eſſet.

Cæterùm, ſi de filiabus agatur, quæ ſuccedere in hæreditate paterna poſſint, vnà cum filijs, iuxta l. Maximũ vitium. C. de lib. præter. tunc exiſtimo legitimam ex feudo, feudive æſtimatione eis deberi duobus in caſib. C Primus eſt, quando omnia patris bona conſiſtunt in feudo, feudiſve. Secundus, quando ſi non omnia patris bona in feudis exiſtant, ſaltem tot ac tanta, vt nihil ferè ex alijs bonis paternis ſuperſit, ex quo filiæ alimenta conſequi neceſſaria, & legitimam portionẽ habere poſſint. Nam his duobus in caſibus iniquũ eſſet, filias ita excluſas eſſe à ſucceſſione feudorum, vt nec ſaltem legitimam portionem haberent ex eorum æſtimatione.

Et hæc ſententia confirmatur optime ex legibus, quibus filijs inofficioſæ donationis querela competit, quoties pater totas facultates in vnum ex filijs contulit. Alij etenim filij eam donationem reuocare poſſunt vſque ad legitimam portionem. l. ſi totas. l. ſi liqueat, & alijs legibus eiuſdem tit. C. de inoff. donation.

Nam negari non poteſt, quin pater omnem ſuam ſubſtantiam, vel maiorem partem erogans in emptionem feudorum, quæ ad maſculos tantùm peruenire poſſint, D videatur vel tacitè, vel indirectè illis ſolis donare omnẽ ſuam ſubſtantiã, vel maiorem eius partem. Quod ſi hæc nõ videatur eſſe donatio, ſed mortis cauſa capio. argu. l. Mortis cauſa capitur. ff. de dona. mor. cau. & cap. nihil refert. Nam eadem prorſus eſt ratio, ac ſi donaret. Idem ergo iuris eſſe debet.

Neque titulus iſte oneroſus eſt, ſed lucratiuus reſpectu filiorum, quibus feuda acquiruntur, illi enim ſoli gratis feuda habent.

Sed difficultas eſt, quando nõ omnis paterna ſubſtantia, nec maior pars in feudis conſiſtit, quia pater multa alia bona habet, & filiabus legitimam relinquit: & ideo quęritur, quanta ſit legitima filiarum. Nam ſi etiam feuda empta ſint cõputãda, maior ſine dubio erit portio legitima filiarũ. Hoc in caſu nõ puto feuda eſſe cõputáda in fauorem filiarum, ad augendam ſcilicet earum legitimam portionem. Primò, quia legitima eſt portio portionis, quæ defertur ex inteſtati ſucceſſione. l. Cùm quæritur. C. de inoff. teſtam. Sed filiæ non ſuccedunt parenti

in eiuſmodi feudis emptis. Ergo in eis nullam habent legitimæ portionem. Secūdò, quia hic ceſſat ratio inofficioſæ donationis. Nam pater non erogauit totas facultates in feudorum emptionem, ſicut neceſſe eſſe, vt querela inofficioſæ donationis locum habeat, patet ex d.l. Si totas. & ex alijs legibus. C. de inoff. donatio. A

CAPVT XLVIII.

Vtrum feudum emptitium, filijs ſuccedentibus, in hæreditate patris vnà cum ſororibus conferendum ſit; Et quid de feudo empto, quod ad primogenitum ſpectat, an teneatur alijs fratribus conferre?

FActi ſpecies hæc ſit, Pater emit feudum ſibi ſuiſq; filijs, moriēs illud cum alijs bonis relinquit. Superſtites ſunt deſcendētes maſculi & fœminæ, qui ad hæreditatem cōmunis parentis vocantur. Certum eſt in feudo ſolos maſculos ſuccedere, in reliqua hæreditate oēs æqualiter, ſed dubiū eſt an ij ſororibus ſuis feudum, vel feudi æſtimationē conferre teneātur? Eadē ratio eſt de feudo, quod ad primogenitum ſpectat, cùm quæritur, an cæteris fratribus illud conferre teneatur, aut eius æſtimationem: quā quæſtionem examinat Andr. Iſern. in c. Imperialem. §. Præterea Ducatus. in Additione, de prohib. feudi alien. per Frider. & ibidem latiſſimè, ſed confuſè admodū, Loffredus in paraphraſi, & Ioachimus Camerarius, Guerinus Piſo in Prælud. feudorū, tit. feuda propria & impropria quæ ſint. Tiraquel. de iure primogeniti, q. 51. Iacob. Thomingius deciſ. 2. Hartmanus Piſtorius lib. 2. parte poſteriori, q. 18. poſt nu. 71. B

De altera verò priori quæſtione videndi ſunt Bart. in l. 1. §. Nec caſtrenſe, nu. 6. ff. de collat. bon. Bald. in l. Omnimodo. §. Imputari. C. de inoff. teſtam. Caſtrenſ. Alex. & Iaſ. in l. Illud. C. de collatio. Pariſ. conſ. 56. num. 19. lib. 3. Vitalis de collatio. licet de feudo empto non omnes loquantur, ſed de feudo acquiſito à patre. C

Exiſtimo ego (ne Loffredū imitatus longū faciā, & vt rei admodū obſcuræ dilucida tractatione lucē adferam) nequaquā feudum iſtis in caſibus conferendū eſſe, aut feudi ipſius æſtimationē. Fundm̄ meū eſt hoc. Quæ filius poſt mortē patris acquirit, ea conferre non tenetur. l. Ea demum. l. Nec emācipari. C. de collation. *Paulus reſpondit, ea quæ post mortē patris filio reddi debuerūt, emancipatum filium, quamuis prius conſecutus ſit, &c. conferre non debere.* Ad rem noſtram propiùs Diocletianus. *Filia, cuius nomine res pater comparauit, ſi non poſtea cōtrarium eius iudiciū probetur, per arbitriū diuidēdæ hæreditatis, præcipuas adiudicari ſæpe reſcriptum eſt.* l. filia. C. de coll.

Sed filij in propoſita qōne feudū conſequuntur poſt mortem patris, ergo illud cōferre non tenentur. Aſſumptio certa & manifeſta eſt, quia omnes fatentur, cùm pater acquirit ſibi & filijs ſuis feudum, id intelligi ordine ſucceſſiuo, vt nimirum primū ſibi acquirat, & poſt mortem ſuam liberis ac deſcendentibus ſiue hæredibus. D

Argumenta in contrarium ex Loffredo & Iſernia hęc adſerri poſſunt. Donatio ſimplex à parente in fillum collata conferri debet. l. ſi donatio. C. de collat. Sed hæc eſt effecta tacita quędam donatio, cū pater feudum emit, & filijs acquirit. arg. l. cū hic ſtatus. §. 1. ff. de dona. inter vir. & vxor. ergo conferenda eſt filiabus. & idem de feudo, quod tranſit ad primogenitum.

Secundum argm̄ eſt ex l. Omnimodo. §. Imputari. C. de inoff. teſtam. vbi dr̄, militiam, quæ poteſt vendi, & ad hæredes tranſit, imputari in legitimam filij. Ergo ſimiliter & feudum, quod non eſt abſimile militiæ, ſi in legitimam imputatur, ergo confertur. l. pen. C. de collat.

Tertium eſt ex eo, quòd feudum à patre emptum ex ſubſtantia patris proficiſci videtur, & conſequēter ſicut alia profectitia conferendum. l. vlt. C. de collatio.

Ad argumentum illud, quod filij videantur feudum conſequi poſt mortem patris, & conſequenter illud conferre non teneantur, quia quæſita poſt mortē patris non conferūtur. Reſpondēt etiam patre viuente filijs acquiri feudum, licet effectus differatur poſt mortem patris. Videtur enim acquiri ſub conditione; ſi filij patri ſuo ſuperuiuant. Cōditio autem retrotrahitur. l. qui balneum. l. potior. ff. qui potiores in pigo. habean. l. ſi filius. ff. de verb. oblig. & conſequenter eſt perinde, ac ſi viuēte patre feudum filij obtinerent. Denique id quod ſub conditione debetur, conferendum eſſe cōſtāt ex l. 2. §. Id quoque. ff. de collat. bonor.

Reſpondeo ad ſingula in hunc modum: Ad primum concedo, ſimplicem donationem cōferri, quia licet non valeat, & morte patris cōfirmetur, tamē retrotrahitur, atque ex eo die valere fingitur, ex quo facta eſt. l. Donationes quas parentes. C. de donatio. inter vir. & vxor. ſicut latè explicaui lib. 6. controuerſ. iuris, cap. 64.

At quando pater emit feudū pro ſe ac liberis ſuis, licet tacitè donare videatur, non tamen hæc donatio retrotrahi poteſt ad tempus, quo pater viuens feudū emit. Ratio eſt, quia pater noluit, vt tunc feudum liberi haberent, ſed duntaxat poſt mortem ſuam, quia primò ſibi acquiſiuit, deinde poſt mortem ſuam filijs acquiſiuit. Quare non poteſt hæc donatio retrotrahi contra voluntatem & mentem patris. Aliud eſt in re quam pater filio donauit, ac tradidit; voluit enim ſtatim in eum dominium trāsferre, ſed non potuit propter patriam poteſtatem; quare hæc donatio morte confirmatur, & retrotrahitur ad tempus, quo facta eſt.

Et hæc eſt ratio l. Filiæ cuius. C. famil. herciſc. cur ſcilicet, illud quod pater emit nomine filij, non ſit conferendum. Cùm tamen aliæ donationes ſimplices conferātur, vt in l. ſi donatione. C. de collatio. Ratio, inquam, hæc eſt, quia pater emens nomine filij, licet tacitè donare videatur rem emptam, tamen ſi in his terminis conſiſtat, nec rem filio tradat, non dicitur donare tunc, dum viuit, rem emptam filio, ſed hoc velle videtur, vt eam rem filius, cuius nomine comparata eſt, præcipuam habeat, quaſi prælegari vel fidei cōmiſſi nomine. Et ideo non confertur, quia poſt mortem patris res quæſita eſt. Magiſque mihi hæc interpretatio ſatisfacit, quā Cuiacij ſentētia, quam probaui loco annotato. Nec obſtat l. Cùm hic ſtatus. §. 1. ff. de dona. inter vir. & vxo. quia licet ex eo textu probari poſſit, rē emptam à patre nomine filij tacitè donatam videri, ſicut id quod maritus vxoris nomine comparauit, donatum dicitur, idque nos nō negamus: tamen non probatur, eam donationem effectum habere, viuente patre, vel tunc directè, vel patre defuncto per retrotractionem. Nam etſi res empta ſit, nomine filij, niſi tamen eidem ſit tradita & donata, tunc mortuo patre, rem quidem filius præcipuā habebit, ſed non poterit fingi antea habuiſſe, quia non eſt habile extremum, ad quod fictio trahitur, nimirum ad tēpus, quo pater rem emit nomine filij. Nec enim conſtat, patrem voluiſſe, vt tunc filius rem haberet.

Ad ſecundum argumentum reſpōſio clara eſt, textus in §. Imputari, loqui de militia, quam pater emit filio, vt tunc filius haberet, ſcilicet patre adhuc viuente: meritò conferenda eſt, & idem in feudo reſpondendum foret, quod pater filio emeret & traderet, vt ſcilicet illud etiam, patre adhuc viuente, obtineret.

Ad tertium argumentum, concedo, feudū dici profectum ex ſubſtantia patris, ſed quia filijs non acquiritur, niſi poſt mortem patris, nego conferendum eſſe. Nam ea, quæ filius poſt mortem patris ex ſubſtantia paterna habet, non conferuntur. d. l. Ea demum. l. Nec emancipati. C. de collatio.

Ad ea, quę pro reſponſione adducebantur, replicādo dicitur, nullam eſſe hic conditionem, nullam retrotractionem conſiderari, ac induci poſſe, quia pater non acquirit feudum filijs ſuis, vt illud habeāt tunc, id eſt dum pater viuit, ſed poſt mortem ſuam. Ideo impoſſibile

eſt

eſt acquiſitionem retrotrahere ad tempus vitæ ipſius patris. Sic enim oporteret dicere, Patrem voluiſſe, vt filij, ſe viuente, feudum obtinerent, ſub illa conditione, ſi patri præmorienti ſuperuiuerent, & patre mortuo conditionem retrotrahi ad tempus vitę ipſius patris, quod eſt ridiculum, & repugnantiam continet manifeſtam.

CAPVT XLIX.

Poſſitne filius naturalis legitimari, vt ſit capax feudi, ac in eo ſuccedat ſine conſenſu domini ipſius feudi.

CErtum eſt, filios naturales et legitimatos in feudo nō ſuccedere, ex §. Naturales. Si de feudo fuerit contentio, &c. Sed controuerſia eſt, ſi expreſsè legitimentur, vt in feudo ſuccedant, iure ne id fiat abſque conſenſu dñi. Nā Gloſ. in d. §. Naturales, nulla adhibita diſtinctione, an conſenſus dñi interueniat, necne, dixit, naturales legitimatos ſuccedere in feudo, ſi ad hoc expreſsè legitimentur, & ideo conſenſum dñi nō eſſe neceſſariū, vt legitimatus feudi ſit capax, multi reſponderunt. Curt. iun. conſi. 1. nu. 17. 18. & conſi. 157. nu. 24. Alex. in conſ. 2. nu. 55. verſ. Nō obſtat, quod habetur lib. 1. Alciatus cōſ. 171. nu. 4. Rolandus à Valle, in conſ. 22. nu. 39. lib. 3. Albertus Brunus conſ. 1. nu. 30. Socinus inter conſi. eiuſdē Bruni, conſ. 10. nu. 25. & Io. Campegius conſi. 2. nu. 14.

Sed contrariū docuit Salicetus in Auth. Item ſi quis. C. de naturalib. liber. Hoſtienſis in c. Per venerabilem. §. Rationibus, in verb. requiſiti, qui filij ſunt leg. Et rñderunt Alex. conſi. 60. lib. 2. Soc. iun. in conſi. 95. nu. 96. li. 3. Cotta in memorial. in verbo: *Legitimatio facta per Imperatorem*. Boſſius de Principe, nu. 185. Hartmannus Piſtoris alios citans, lib. 2. parte poſteriore, q. 40. nu. 10. 11.

Prioris ſententiæ fundamentum poſitum eſt in plenitudine poteſtatis Principis, ſecūdum quam poteſt etiam alteri præiudicare, & hoc præſertim in iſto caſu, in quo per legitimationem remouet obſtaculum, ac impedimētum iuris feudalis ac poſitiui, quo cauetur, vt naturales filij etiam legitimati non ſuccedant in feudo. Legitimatio efficit, vt ſuccedere poſſit. Et ſicut ius ciuile ac poſitiuum Imperator ſtatuit, ita etiam illud auferre poteſt. §. Sed naturalia. Inſtit. de iure nat. gent. & ciuil.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt, quia hæc eſt natura feudi, vt non poſſit alienari, & in alium transferri, ſine conſenſu dñi, vt habetur in tit. de proh. alien. feudi, per Lotharium & per Fridericum. Ergo non poteſt aliquis legitimari, vt in feudo ſuccedat ſine cōſenſu domini. Præſertim cùm ad eum feudum eſt reuerſurum, quia ſic tolleretur ius domini, quod permiſſum nō eſt. l. Quoties. C. de precib. Imp. off.

Poterat adferri tex. ī l. 4. §. ff. de natal. reſt. ibi: *Patrono cōſentiente debet libertus Imperatore natalibus reſtitui. Ius enim patroni hoc impetrato adimitur.* Idem dicitur in l. 2. in fi. ff. eod. ibi: *Ideoq; Imperatores non facilè ſolent quenquam natalibus reſtituere, niſi conſentiente patrono.* Idem ergo dicendum videtur in propoſito non debere, quenquam legitimari ad feuda, niſi domino cōſentiente, quia impetrata legitimatione ius domino auferiur; Succedit enim legitimatus, & dominus excluditur.

Ego puto controuerſiam hanc facile ſedari poſſe, ex duabus iuris regulis, ac veluti principijs certis & claris. Prima hæc eſt: Reſcriptum contra leges & conſtitutiones, atque adeò contrà ius non valet. l. valet. C. Si contra ius vel vtilit. publ. l. 3. C. de precib. Imp. off. l. 7. C. eod. tit. l. Iubemus nullam. C. de ſacroſanct. Eccleſ.

Ex hoc principio ſequitur, legitimari non poſſe filios naturales, vt in feudis ſuccedant, ſine conſenſu domini, cuius intereſt, quia lex feudorum dicit, Filios naturales etiam legitimatos non ſuccedere in feudo, Reſcriptum autem mandat vt ſuccedant. Ergo reſcriptum contra legem eſt, Igitur non valet. Nam ſuppono feudales conſuetudines vim legis habere.

Altera eſt propoſitio, reſcriptum contra ius valet ex iuſta cauſa, quæ publicam vtilitatem concernit. Quia propter publicam vtilitatem permiſſum eſt recedere à regulis iuris Bart. Ad reprimēdum in verbo, *Non obſtantibus*. Felynus in c. Nonnulli, nu. 15. de reſcript. Iacopinus Riminald. conſ. 425. nu. 27. lib. 3. pulcher tex. in l. Ita vulneratus. ff. ad l. Aquil. ibi: *Multa autem iure ciuili contra rationem diſputandi, pro vtilitate communi recepta eſſe innumerabilibus rebus probari poteſt.*

Ex hoc principio infertur, valere legitimationem in propoſito noſtro, ſi ex iuſta cauſa fiat, ex qua publica vtilitas emergat, etiam abſq; cōſenſu domini. Nam ex cauſa publicæ vtilitatis Princeps poteſt alteri præiudicare, arg. l. 5. §. vlt. ff de iniur. l. Ædificari. C. de op. publ. Præclarè Felynus in c. Quæ in Eccleſiarum, nu. 26. de conſt. Decius ibidem, nu. 19. Abbas, nu. 11. Oddus de reſtit. in Integr. par. 2. q. 99. art. 8. Geyll. lib. 2. obſeru. 56.

Eſt enim iuſta cauſa diſpenſandi, contra leges propter bonum publicum, vt oſtēdit latè Illuſtris Doctor & immortalis Gregorius de Valentia, in 2. Tomo Commentatiorum Theolog. diſput. 7. q. 5. punct. 9.

Quod attinet ad plenitudinem poteſtatis, eam contra leges & conſtitutiones, ceſſante iuſta cauſa, nō agnoſco; ex his, quæ tradit Couar. lib. 3. var. reſol. c. 6. nu. 8. Zaſius conſ. 10. nu. 7. lib. 2. Andreas Geyll. lib. 2. obſer. 56. nu. 9.

CAPVT L.

Vtrum poſſint naturales filij legitimari Principis reſcripto, vt in feudis ſuccedant in præiudicium agnatorum, quibus ius quæſitum eſt ex antiquis inueſtituris, & quæſtio accipienda eſt patre viuente.

LEgitimari poſſe naturales filios, ad feudum conſequendum, etiam in pręiudiciū agnatorum, ſcriptum reliquere. Gloſ. in §. Naturales, ſi de feudo defuncti contentio ſit, &c. Alex. in l. Ex facto, nu. 23. 24. ff. de vulg. Decius conſ. 269. nu. 10. Afflictus deciſ. 195. Alciatus conſi. 171. Clarus. §. Feudum, q. 82. Roland. à Valle, conſi. 3. nu. 142. lib. 1.

Sed contrariū reſponderunt And. Iſern. in d. §. Naturales, nec non ibid. Afflict. nu. 35. Zaſius de feudis, par. 8. nu. 74. Ruinus conſi. 56. nu. 17. & 18. lib. 1. Soc. iun. conſ. 95. nu. 45. lib. 3. Geyll. lib. 2. obſer. 142. ſub nu. 15. & 140. in fi. Menochius in conſi. 181. num. 24. cum ſeqq. lib. 2. & conſi. 202. nu. 168. lib. 3. Hartmannus Piſtorius lib. 2. parte poſteriori, q. 40. nu. 24. cum ſeqq.

Argumenta prioris ſententiæ hæc ſunt. Primum eſt, quia Principis poteſtas ſumma eſt, nec de ea diſputare licet. l. 2. C. de crim. ſacrilegij. Cū ergo de voluntate eius conſtat, nō erit diſputandum, an poſſit illegitimè natum legitimare, vt feudi ſit capax in præiudiciū agnatorum.

Secundum ſumitur ex eo, quod ius agnatis quęſitum in feudo, originem habet ex iure poſitiuo ac ciuili, Ergo poteſt Princeps illud auferre, arg. c. Innotuit. de elect. & c. Propoſuit, de conceſſ. Præbendæ. l. ex hoc iure. ff. de iuſt. & iure. Et ſicut alio iure contrario, & conſuetudine tolli poteſt, ita etiam principis reſcripto & priuilegio.

Tertium ſumitur ex eo, quòd ius agnatis quęſitū non eſt de præſenti, ſed in ſpe, quod facilius tollitur. l. vlt. C. de acq. poſſeſſ. l. Qui autē. ff. quæ in fraud. cred. l. Si Sponſus. §. Si maritus. ff. de donat. inter vir. & vxor. Nec abſolutè illis aufertur, ſed differtur, vt ſcilicet eis ſaluum ſit mortuo legitimato.

Quartum eſt ex eo, quòd Princeps non aufert directè ius ſuum agnatis, ſed illegitime nato aufert impedimentum & obſtaculum, propter quod ſuccedere non poterat. Ergo nil prohibet, quominus Princeps eiuſmodi beneficium poſſit conferre reſtituendo natalibus illegitimè natum. l. Quæris. ff. de natalib. reſtit. licet id per conſequentiam

ſequentiam tendat in præiudicium agnatorum. Multa A enim in conſequentiam permittuntur, quę principaliter fieri prohibentur. l. 1. ff. de autho. tut. l. Conditionibus pupillus. ff. de condit. & demonſtr. l. Quoties. C. de iudic. l. Cùm creditor. §. Qui furem. & ibi no. Bart. ff. de furtis.

Quibus nil morantibus contrariam ſentẽtiam amplector, cuius fundamentum illud eſt firmum, quoniã Princeps non poteſt alicui auferre ius ſuum. l. Quoties. C. de precib. Imperat. off. & ideo in reſtituendo aliquem natalibus ſemper cõſenſum eius requirit, qui ex ea reſtitutione lædi poteſt, vt patet ex l. 2. 4 & 5. ff. de Natalib. reſtit. Ergo non poteſt legitimare aliquem in præiudiciũ agnatorum, quia auferret agnatis ius ſuum, niſi iuſta cauſa moueatur, ſecundum ea, quæ dixi in præcedenti capite.

Quæ verò in contrarium allata ſunt argumenta, nihil mouent. Nam quod primò dicitur, diſputari non poſſe de poteſtate Principis, non probatur ex lege, quæ vulgò adferri ſolet. Sic enim habet: *Diſputare de principali iudi-* B *cio nõ oportet. Sacrilegij enim inſtar eſt, dubitare an dignus ſit, quem elegerit Imperator* Hic non dicitur de poteſtate Principis, ſed de iudicio, cùm aliquem dignum eſſe iudicauit, diſputare non licere.

Quod ſecundò dicebatur, Principẽ derogare poſſe iuri poſitiuo veriſſimũ eſt, ſi iuſta ex cauſa moueatur, priuilegiũ cõcedendo, vel aliquam legem generalem ſtatuendo, ſine cauſa verò nõ poteſt auferre cuiquã ius ſuũ. l. Id quod noſtrũ, de reg. iur. l. Quoties. C. de pcib. Imper. offeren. Nec illa diſtinctio legib. probatur, ſecundũ quã multi dixerunt, Principẽ auferre poſſe ius quæſitũ artificio iuris ſolius ciuilis & poſitiui: quare contrariã ſñiam veriorem puto, quã nõ pauci ſunt ſecuti, apud Gabrielium lib. 3. commu. concl. tit. de iure quæſitu non tollẽdo, conclu. nu. 18. & infrà libro ſequenti latius diſputabo.

Ad tertium argumentum reſpondeo, ius quæſitũ eſſe agnatis ex antiquis inueſtitutis, quibus ad feudũ ſunt vocati, & iſtud ius in re eſt, nõ in ſola ſpe: licet enim in præ C ſenti non deducatur ad effectum, donec ſcilicet vaſallus viuit, eſt tamen ius quæſitum iam, quod eis nullo modo poteſt auferri, c. 1. de alien. feudi patern. Alia ratio eſt de iure futuro, & incerto, quod nullum habet certum fundamentum in præſenti. Nota eſt enim diſtinctio Ludouici Gomes, reg. de nõ tollendo iure quæſito, q. 4. nu. 13. quã ſequitur Socinus iunior in conſi. 95. nu. 33. 34. lib. 3. quæ ad materiam noſtram rectè accommodari poteſt.

Quod verò dicitur, non auferri ius agnatorũ, ſed differri in aliud tẽpus nihil eſt, quia imò ius illis aufertur, quia feudo carere debent, & viuente legitimato, & fortaſſis etiam mortuo ſi ſobolem relinquat feudi capacẽ.

Poſtremum argumentum nihil obſtat, quia licet Princeps legitimando remoueat obſtaculum, tamen id facere non debet, niſi cõſentientibus ijs, qui ex ea læduntur, vt patet ex l. 2. 4. & 5. ff. de Natalib. reſtituen.

CAPVT LI.

D

Legitimati per ſubſequens matrimonium, an ſuccedant in feudo, quod conceſſum eſt filijs ex legitimo matrimonio natis, ſiue deſcendentibus.

INter omnes cõſtat, naturales filios per ſubſequens matrimoniũ legitimos effectos in feudo ſuccedere. Sed controuerſia eſt non parua, vtrũ idem ſit rñdendum, ſi feudum ſit cõceſſum filijs ex legitimo matrimonio natis? Etenim idem rñdendum eſſe, rñderunt Andreas Iſernia in c. 1. §. Naturales, ſi de feudo defuncti fuerit controuerſ. nu. 8. 9. Afflictus ibidem in 5. notabili, nu. 25. Paulus Caſtr. in l. vlt. C. de his qui veniam ætatis impetr. Ripa in l. ex facto. §. Si quis rogatus, num. 47. ff. ad Treb. Alciat. lib. 3. de verb. ſign. non multum procul ab initio. Decius conſi. 155. num. 4. Siluanus in conſi. 3. num. 49. Couar. lib. 4. decre. par. 2. c. 8. §. 2. nu. 30. Burſatus cõſ. 17. & 18. Hartmannus q. 14. lib. 2. parte poſteriore.

Sed contrarium rñderunt, Baldus in d. §. Naturales, nu. 5. Cur. iun. de feudis, in 2. par. 3. parte, nu. 41. Alex. in conſ. 5. ad fi. lib. 7. Ruinus in conſ. 92. nu. 13. lib. 3. Gozadinus conſi. 25. nu. 2. Soc. iun. in conſi. 12. num. 12. lib. 4. Natta in conſ. 624. nu. 21. D. meus Cephalus in conſ. 11. nu. 11. 12. lib. 1. Rolandus à Valle, in conſi. 100. n. 39. li. 2.

Argumenta in vtramq; partem referre ſuperſedeo, quia ex brocardicis pronuntiatis petita ſunt, quibus nõ libenter vtor, cùm admodum incerta ſint, & parum fructuoſa Summa eſt, hæc ſi verborum propria natura ſpectanda ſit, iuxta l. Non aliter, de leg. 3. hoc requiri, vt filius ſit natus ex legitimo matrimonio; Naturalis autem filius, de quo nobis inſtitutus eſt ſermo, non eſt natus ex legitimo matrimonio, ſed ex concubina, ergo nõ habet qualitatem ex pacto inueſtientis requiſitam.

Ex altera parte illud obijcitur: *Tanta eſt vis matri-* B *monij, vt qui antea ſunt geniti, poſt contractum matrimonium legitimi habeantur.* c. Tanta, qui filij ſunt legitimi.

At reſpondetur legitimos quidem eſſe, ſed non ex legitimo matrimonio natos. Huic obiectioni occurritur ex c. Cùm in cunctis, de elect. vbi dicitur, Epiſcopum natum eſſe oportere ex legitimo matrimonio, & tamen legitimatum per ſubſequens matrimonium, idoneum eſſe Gloſ. reſpondit in c. Innotuit, eod. tit.

Sed authoritas hęc gloſſæ probabilis eſt, non neceſſaria. Quare argumentum firmum manet.

Ego tñ exiſtimo, hanc ſñiam, quę legitimationi fauet, rõni iuris magis conſentaneã eſſe. Nã cùm filij antea geniti, poſt contractũ matrimoniũ legitimi habeãtur, vt dicit tex. in d. c. Tanta, quæro cauſam huius rei, vnde. ſ. filij antea geniti hoc beneficiũ, & ius cõſequantur: hic rñderi nõ põt, cauſam eſſe, quia Princeps reſcribẽdo ita vult, & declarat, ſed rñdere oportet, id ex matrimonio ꝓuenire. Sed matrimoniũ ſubſequens nõ poteſt efficere legiti- C mos filios antea natos, ſed tm̃ naſcituros, niſi lex ſuccurrat, de filijs antea natis idẽ ſtatuẽdo, qđ de naſcituris; ita, vt & antea nati, & poſtea naſcituri eodẽ iure cenſeãtur. Quod cùm ita ſit (neq; enim id negari poteſt) hinc habemus, filios antea genitos legis interpretatione & auxilio haberi ꝓ natis ex legitimo matrimonio: aut certè eodẽ iure cẽſeri cũ ijs, qui poſt matrimoniũ legitimè cõtractũ procreati ſunt. Cõſequenter niſi quis verborũ proprietatẽ, legũ authoritati præſeferre voluerit, facilè iudicabit, eiuſmodi filios per ſubſequẽs matrimoniũ legitimos effectos, ex legitimo matrimonio, iuris interpretatione (qđ ſufficit) natos videri, atq; adeò feudum obtinere poſſe.

CAPVT LII.

Si vaſallus feudum habens alium ſubinfeudauerit rectè & legitimè, deinde mortuus fuerit, an feudum ita ad domi- D *num reuertatur, vt non teneatur ſubinfeudatum inueſtire, licet ei ſeruire voluerit?*

SCribit author librorum feudalium lib. 2. tit. 9. in hæc verba: *Eſt autem optima conſuetudine interdicta feudi alienatio, ſuper qua multa & diuerſa ſententia dabantur in ſingulis Ciuitatibus, ſeu Curiis, donec Imperator diuæ memoriæ Lotharius tertius promulgauit ſuper hoc nouam conſtitutionem, quæ poſita eſt in titulo de beneficiis. Neceſſitate namque ſuadente poterat olim vaſallus domino inſcio vel inuito, feudi partẽ vendere, retenta videlicet alia parte. Si verò vel totum, vel partem volebat per feudum aliquem inueſtire, hoc licebat ei ſine fraude facere. Si autem diſſentiente domino vendebat, ſiue per feudum inueſtiebat, (quod & ipſum ſyncerè hodie, & ſine fraude licet ei facere) ſi tamen ſine hærede maſculo deſcendente decedebat, vel feudum in manu domini refutabat, aut alia fortè ratione intercedente culpa amittebat, tunc omnis feudi alienatio ad irritum reuocabatur: eo excepto, quòd ille, qui ſecundo loco beneficium acceperat, non amittebat.*

amittebat, ſi priori domino ſeruire, & ab eo feudum recognoſcere volebat.

Ex hoc loco habemus duo. Primum, licere etiam iure hodierno, ei, qui feudũ habet, alium, vt vulgò loquimur, ſubinfeudare, ſine conſenſu domini, ſi bona fide, & ſine fraude id fiat. Alterum mortuo ſubinfeudante ſine deſcendentibus maſculis, factam ſubinfeudationem ad irritum deduci; ſed tamẽ ſi is qui ſubinfeudatus eſt, priori domino ſeruire velit, & feudum ab eo recognoſcere, feudum non amittere, ſed retinere poſſe.

Atque ita ex æquitate, iuris rigorem temperante, quo reſoluto iure datoris reſoluitur ius acceptoris communi doctorum ſententia receptum eſt: Vide interpretes in eum locum, Bal. in c. Cæterùm. de iudicijs, Curtium iuniorem de feudis, parte 4. nu. 85. verſ. Sexta declaratio. Sunsbecium parte 13. nu. 177. Eguinarium Baronem de iure beneficior. lib. 3. cap. 1. Cuiacium lib. 2. tit. 9. in vſus feudor. Duarenum, cap. 12. nu. 14. Franciſcum Burſatum conſ. 163. nu. 32. lib. 2.

Cæterùm, Afflictus in commẽtatijs huius loci, nu. 1. & 9. hodierno iure id quod ſecundo loco adnotaui, negat locum habere poſſe, quia per legem Imperialem dominus non teneatur vaſallum habere eum quem nolit. Scribit etiam Clarus in §. Feudum. q. 32. vix hanc ſentẽtiam in praxi poſſe obtinere; ſed & Hartmannus Piſtorius lib. 2. parte poſteriori, q. 44 nu. 10. apertè ſtatuit, hãc ſententiam recipiendam non eſſe.

Verùm quantum ad Afflictum attinet, niſi de Conſtitutione Imperiali aliter nos doceat, quænam ſit, & an extra fines Regni illius locum habeat, nõ video, cur poſſim ei acquieſcere. Dubitatio autem practica, vt ſic loquar, Clari me nõ deterret, qui de iure, nõ de facto nunc diſſero. Magis mouent argumenta Piſtorij, veruntamen non remouent à communi ſententia, tam præclaro fundamento innixa. Etenim eis reſpondere haud quaquam mihi difficilè videtur.

Primum argumentum eſt, ex regula generali quæ docet, vaſallum nihil omnino de feudo ſtatuere vel diſponere cõtrahendo poſſe, quo, ſe defuncto dominum obliget, c. 1. §. Et ſi clientulus. de alien. feud. c. 1. §. E contrario. de alien. de re alien. fa.

Reſpõdeo, omnis definitio in iure periculoſa eſt. Rarum eſt enim, vt non ſubuerti poſſit: l. Omnis definitio. de reg. iur. Hæc itaq; generalis regula non habet locum in caſu iſto, niſi oſtendatur lex, vel conſtitutio, cõtra tex. in d. tit. 9. lib. 2.

Secundum argumẽtum eſt, quia domino inuito, alius quàm is voluerit, vaſallus obtrudendus non eſt, c. 1. §. Si duo fratres. de fratre de nouo benefic. inueſt.

Reſpondeo, nihil obſtare, quia non dicimus hunc generaliter eſſe receptum, & conſtitutum, vt domino inuito vaſallus, quem nolit, obtrudatur, ſed in eo caſu tãtùm quem propoſuimus. Quare non, ſi non poſſint obtrudi vaſalli defuncti, idcirco ſequitur obtrudi non poſſe eũ, qui ſubinfeudatus eſt.

Tertium argumentum ſumitur ex regula iuris. Reſoluto iure datoris, nempe vaſalli, qui ſubinfeudauit, reſoluitur ius acceptoris, l. lex vectigali. ff. de pign. l. Si ex duob. §. Sed & Marcellus. ff. de in diem addict. §. Rurſus. quib. mod. feud. amittat.

Reſpondeo, rigorem iuris id exigere ſecundum regulam iſtam. verùm æquitatem ſpectãdam eſſe, ſecundum eam ſubinfeudatum, ſi ſeruire velit, & à domino feudũ recognoſcere, ſicut à vaſallo recognoſcebat, admittendum eſſe. Videtur enim quaſi nouus vaſallus conſtitutus, priore vaſallo viuente, cùm bona fide, & abſq; fraude conſtitutus fuerit. Denique lex ita ſpecialiter ſcripta eſt, aut verius conſuetudo introducta, de qua diſputare non licet, ſed ſecundum eam oportet iudicare.

Quartum argumentum eſt, quia ſubinfeudatio non nocet agnatis, ergo nec domino nocere poteſt. Reſpondeo, domino vt noceat, ſpecialiter receptum eſſe in hũc

A modum, vt teneatur ſubinfeudatum admittere, ſi ſeruire velit, & feudum ab eo recognoſcere.

Quintum ſumitur ex c. vlt. Si de inueſtitura feudi contentio ſit, &c. Verba hæc ſunt: *Rurſus ſi quis acceperit inueſtituram feudi, cum omni incremento, quod ei obueniret, & aliquid accreuerit, veniet eo, à quo acceperit, ipſius erit. Et ſi ille, qui inueſtituram fecit, ſine herede deceſſerit, & feudum reuerſum fuerit ad eum, à quo ipſe tenuerit, vel ad alium; & quidquid poſt mortem eius, qui dedit, accreuerit, ad eum pertinebit, ad quem regreſſum fuerit.*

Rñdeo, nos non negare, quin id quod accreuit feudo, ad dominũ pertineat. Feudum enim, vaſallo priore defuncto ad eum reuertitur. Sed dicimus eundem dominum teneri, feudum ipſum ſubinfeudato relinquere, atque concedere, ſi is ſeruire voluerit, & ab eo feudum recognoſcere: quod nõ negatur ibi. Licet enim dñs teneatur ei feudum concedere, ſi ſeruire voluerit, &c. permagni tamen refert hoc, quod dicit textus, nẽpe incremen-

B tum ad dominũ pertinere. Quid enim ſi ille nec ſeruire vellet, nec feudum ab eo recognoſcere, aut ſeruire non amplius poſſet? Tunc enim dominus non teneretur.

Sextum ſumitur ex §. vlt. Apud quem vel quos. Hæc ſunt verba: *Si aliquis de capitaneis, vel maioribus valuaſſoribus, vel de minoribus, ſuum beneficium, ſiue totum, ſiue partem alienauerit, & ipſe vel heres eius ſine herede deceſſerit: quia beneficium ſenioribus aperitur, totum quod fecit reuocari debet.*

Rñdeo, textũ loqui de alienatione facta à vaſallo, nos aũt nunc loquimur de ſubinfeudatione; inter iſta diſcrimen apparet fuiſſe olim, & meritò nunc eſſe dicitur. Ex dicto tit. 9. lib. 2. in illis verbis: *Tunc omnis feudi alienatio ad irritum reuocabatur: Eo excepto, quod ille, qui ſecundo loco beneficium acceperat, non amittebat, ſi priori domino ſeruire, & ab eo feudum recognoſcere volebat.*

Poſtremum argumentum eſt ex §. Rurſus. quib. mod.

C feud. amittatur, vbi ſic habetur: *Rurſus, ſi fidelis minus mediatè libellario nomine feudum dederit, & ſine herede deceſſerit, & feudum ad dominum redierit, vel poſtquam ad libellum dederit, vel pignori obligauerit, & domino refutauerit, tunc ille qui ab eo acceperit, nullo iure aduerſus dominum ſe tueri poterit.*

Rñdeo, nos in ijs terminis nequaquam verſari, ſed in eo caſu, quo feudum alteri vaſallus per inueſtiturã dedit (quam vocamus ſubinfeudationem) de hac facti ſpecie nominatim conſtitutum fuit, & mutatum poſtea eſſe non conſtat, vt dominus teneatur ſecundum vaſallum admittere, ſi ſeruire velit, & feudum ab eo recognoſcere; quare argumentum ex omni alia ſpecie alienationis petitum, non eſt ſatis firmum, quia inter hanc & alias alienationis ſpecies diſcrimen apparet fuiſſe, vt dixi.

Non obſtat reſponſio allata ad tex. quo noſtra nititur communiſque ſententia, nimirum eum eſſe accipien-

D dum, vt locum habeat domino conſentiente, & non repugnante, ſecus autem, ſi ſecundùm vaſallum ſubinfeudatum recipere noluerit.

Nam hæc reſponſio meram continet diuinationem, & repugnat verbis generalibus textus, quibus dicitur, eum, *qui ſecundo loco beneficium acceperat, non amittebat, ſi priori domino ſeruire, & ab eo feudum recognoſcere volebat.* Ergo igitur in electione & arbitrio ipſius ſecundi vaſalli, an vellet beneficium retinere, & non amittere, *domino ſcilicet ſeruiendo, & feudum ab eo recognoſcendo,* nõ autem in domini arbitrio, & voluntate feudum illi auferre, tanquam ad ſe reuerſum ac deuolutum.

Aliam adfert reſponſionem idem Piſtorius magis infirmam, quam & ipſe tutam non eſſe fatetur, nimirum illa verba, *Eo excepto, quod ille, qui ſecundo loco beneficium acceperat, non amittebat, ſi priori domino ſeruire, & ab eo feudum recognoſcere volebat,* referenda eſſe ad eũ caſum, quo feudũ à priore dño culpa amittebatur, nõ autem ad eum caſum, qui prior dñs abſq; hærede decedebat. Non rectè, quia repugnant verba ſuperiora, quibus omnes

casus

caſus exprimuntur ſub eadem determinatione, vt feudũ ad dominum reuertatur, conſtituta differentia inter caſum alienationis & ſubinfeudationis, vt ſignificant illa verba: *Eo excepto, &c.*

CAPVT LIII.

Subuaſallus feudum alienare volens, an conſenſum requirere debeat domini ſui immediati, an verò ſuperioris domini mediati?

QVatuor ſunt Doctorum ſentẽtiæ hac de re. Prima, requirendum eſſe conſenſum domini mediati, exempli gratia. Titius feudum dedit Caio, Caius Sempronio, Sẽpronius ſubuaſallus ſiue infeudatus alienare vult, quæritur, an requirere debeat conſenſum Titij (quem dominum mediatum, ſiue ſuperiorẽ cum alijs interpretibus appello) an verò Caij domini ſui immediati. B Prior igitur ſententia docet, exigendum conſenſum Titij ac Superioris mediati domini. Ita docuerunt Gloſſ. in cap. Imperialem, in §. Illud, de prohib. feudi aliena. per Frider. Bald. ibidem & Aluarotus, Iaſon conſi. 176. lib. 1. Iacopinus à S. Georgio in inueſtit. feud. in verb. & cum pacto de non alienando, num. 21. 22. Clarus, §. Feudum, quæſt. 32. Hanetonius lib. 3. c. 10. Burſatus conſ. 91. nu. 1. & 136. num. 57.

Fundamentum eſt præcipuum, quia is conſentire debet alienationi feudi, qui directum habet dominiũ eius, vt in d. c. Imperialem, ſed directum dominium feudi habet dominus ſuperior ac mediatus, Ergo illius cõſenſus exigendus eſt.

Aſſumptio probatur. Nam ſubinfeudatio fit ſine præiudicio dñi, ergo retinet dominium directũ, quia ſubinfeudãs remanet vaſallus, vt patet: Et cùm penes duos in ſolidum non poſſit eſſe dominiũ. l. Si vt certo. §. Si duob. C ff. commod. ſequitur illud nõ eſſe penes ſubinfeudantẽ, quem immediatum ſubuaſalli dominum appellamus.

Altera eſt ſententia, exigẽdum eſſe conſenſum immediati domini. Ita Io. Faber in §. Adeo, in Inſtit. de locato. Zaſius de feudis par. 9. nu. 34. Hartmãnus Piſtoris q. 45. lib. 2. parte poſteriori.

Fundamentum eſt in d. cap. Imperialem. §. Illud, de prohibit. feudi aliena. per Fridericum, vbi ſic habetur: *Illud quoque præcipimus, vt ſi vaſallus de feudo ſuo alium vaſallum habuerit, & vaſallus vaſalli dominum domini ſui offenderit, niſi pro ſeruitio alterius domini ſui hoc fecerit, quem ſine fraude antè habuerit, feudo ſuo priuetur, & ad dominum ſuum, à quo ipſe tenebat, reuertatur, &c.*

Si feudum reuertitur ad dñm immediatum, cùm vaſallus eo priuatur ob delictũ, ergo ſimiliter ad dominũ immediatum reuertetur, ſi abſque eius conſenſu fuerit alienatum. Videtur enim dominus immediatus tunc cõtemni à vaſallo, Igitur eius conſenſus exigendus eſt.

D Tertia eſt ſententia, requirendũ eſſe cõſenſum vtriuſque domini, ſuperioris nimirum ſiue mediati, & inferioris ſiue immediati. Ita Iacobus ardizon. in ſumma feudali, cap. 103. verſ. Nunquid ſufficiat conſenſus maioris. Andreas Iſernia in d. c. Imperialem, col. 4. verſ. verius putarem, & ibidem Afflictus nu. 45. & 46.

Fundamentum eſt, quia vtriuſque domini intereſt, ſuperioris & inferioris, ne ſine ipſorum conſenſu feudum alienetur. Superioris quidem, ne feudum ab eo conceſſum crebris alienationibus diminuatur: inferioris autẽ, ne illi inuito vaſallus obtrudatur.

Quarta eſt ſententia, diſtinguens inter feuda *quaternata*, & feuda, quæ *de tabula* dicuntur in feudis: de tabula ſufficit cõſenſus dñi inferioris immediati: In feudis autẽ quaternatis requiritur conſenſus vtriuſq; dñi, ita Marinus Frecia in cõmentarijs feudalib. tit. de authoritate & poteſtate Baronis erga ſubfeudatarium, Authoritate prima, in principio. Fundamentum eſt in conſtitutione A Regni Neapoli, quę nõ pertinet ad rẽ noſtrã. Feuda quaternata appellant, quę à ſuperiori dño alicui vaſallo ſimpliciter cõceſſa, ab eo alteri ſubinfeudãtur. De tabula verò dñr, q̃ à ſubuaſſallis poſſideri, & ſubinfeudari ſolent.

Ego exiſtimo, eorũ ſñiam probabiliorem eſſe, qui docent, exigendũ eſſe conſenſum dñi immediati inferioris, & moueor hoc argumento. Nã aut dicimus vaſallũ, qui ſubinfeudauit, & quem dñm immediatũ appellamus, aliquid iuris in feudo hr̃e, qđ ſubuaſallus ab eo accepit, & recognoſcit, aut id negamus: Vt id negemus nulla ratio ſuppetit, cur enim dñs appellaretur? Cur ab eo feudum recognoſceretur? cur vaſallum haberet ſibi obligatum, iuxta naturã feudi? Si fatemur eũ aliquid iuris habere, neceſſe eſt, vt fateamur illud eſſe quoddam dominiũ directum, quod illi cõpetat tanquam vtile dominium (ſic enim vocant) habenti. Nam & dñm vſusfructus appellamus, ſed ſiue directũ dominium, ſiue aliter nuncupetur, nõ eſt in eo vis poſita, modò cõſtet de re, id eſt, eum habe- B re aliquod ius in ſubuaſallũ ſuum, & in ipſum feudum. Ergo ratione huius iuris conſenſus eius exigendus eſt.

Dominus aũt ſuperior habet quidem ius in eodẽ feudo, ſed nõ in ſubuaſallum; nec enim ipſe habere põt idẽ ius, quod habet dñs inferior. Non enim duo poſſint vno & eodẽ reſpectu, eſſe vnius & eiuſdẽ rei dñi in ſolidum. Quid ergo? Habet dñs ſuperior rõne feudi, & tanq̃ dominus illius ſibi vaſallũ ſuum obſtrictũ. Vaſallus idẽ ita obſtrictus, dominus & ipſe eſt eiuſdẽ feudi, & aliũ ſubuaſallum, nempe ſibi obſtrictum tenet. Sic duo ſunt domini inſolidum, diuerſis tamen reſpectibus, & reſpectu diuerſarum perſonarũ. Hæc miris ſed veris modis fiunt, ac proinde contrariæ ſententiæ firmamentum corruit.

CAPVT LIV.

Si plures ſint ſucceſſores in feudo, an & quomodo omnes fidelitatem domino iurare debeant?

C NOnnulla eſt controuerſia hac de re: quia Iacobus Cuiacius lib. 3. tit. 9. exiſtimat, oẽs ſucceſſores fidelitatẽ iurare oportere, quãdo feudum eſt diuiſum, ſecus ſi indiuiſum. Alij cõiter docẽt ſiue feudum diuiſum ſit, ſiue indiuiſum, omnes ad iurandum obſtringi. Multi putant ſufficere, ſi vnus ſolus reliquorum omnium nomine iuret. Zaſius par. 7. nu. 10. & 11. Caſſaneus cõſuetud. Burgund. §. 7. nu. 3. Moder. Pariſien. contra in conſuet. Pariſien. §. 2. Gloſſ. 4. nu. 37. Breuiter res ſic ſe habet: ſi textui acquieſcendũ eſt. Omnes iurare oportet, ſiue feudũ indiuiſum, niſi vni tantùm obuenerit ex diuiſione, quia ille ſolus iurabit: *Omnes filij eius, qui feudũ acquiſierint, fidelitatem facere debent, maximè ſi indiuiſum habent: quod ſi feudum ex diuiſione ad vnum tantùm peruenerit, ille tantùm faciet fidelitatem.* Verba ſunt textus in c. 1. §. Omnes, ſi de feudo fuerit contentio, &c. D Idem probatur in cap. Imperialem. §. Præterea Ducatus, de prohib. feud. alien. per Frideric. ibi: *Ita vt omnes, qui partem feudi habent, tam diuiſi, vel diuidendi, fidelitatem faciant.*

Nihil addo pro declaratione, q̃a verba ſatis ſunt perſpicua. Rurſus poterit vnus cæterorũ noĩe fidelitatẽ facere, ſi mandatũ habuerit in eã rẽ, & procurator fuerit cõſtitutus. Id probo ex c. 1. §. Sed vtrũ, per quos fiat inueſti. ſic. n. ait: *Sed vtrũ ipſe, vel alius pro te inueſtituram faciat, vel ſuſcipiat, nihil intereſſe putamus. Poteſt enim hoc negotium & per procuratorem ab vtraq; parte expediri.* Ergo ẽt fidelitatis iuramentum præſtari poteſt per procuratorem. Id probo ex ſequentibus verbis eiuſdem tex. *Nulla autem inueſtitura debet ei fieri, qui fidelitatem facere recuſat.* Si igitur per procuratorem inueſtitura ſuſcipi poteſt, ẽt per eundem iuramẽtum fidelitatis præſtari poterit, quia is alioqui inueſtituram obtinere non poſſet.

Negotiũ fecit aliquib. tex. in extraord. c. feudor. apud Cuiac. lib. 4. tit. 77. ſic dicẽs: *Cum plures fratres vaſalli paternum*

ternum habent beneficium, donec illud indiuiſum poſſident, vna fidelitas, & vnum ſeruitium domino fieri debet. Si verò partitum fuerit, quot partes erunt, tot erunt fidelitates.

Exiſtimatum eſt, ſnīam hanc eſſe, ſi feudum ſit diuiſum, oẽs iurare debere, ſi indiuiſum ſit, vnum tm̄ iurare debere, & ideo tex. in §. Omnes, ſi de feudo fuerit cõtentio, &c. corrigẽdus eſt in hunc modum, vt loco illorum verborum, *Maximè indiuiſum habent*, reſcribendũ ſit, *maximè ſi diuiſum habent*. Fruſtrà, & non rectè. Fruſtrà, quia illud verbum, *maximè*, argumẽto eſſet, idẽ eſſe ſtatuẽdum, qñ feudum eſſet indiuiſum, licet magis id procederet in feudo diuiſo. Non rectè, quia textus non eſt corrigendus abſq; authoritate, vel neceſſitate. Nulla hic authoritas eſt, nulla neceſſitas, quia textus in c. extraord. non dicit, vnum tm̄ ex fratribus ad iurandã fidelitatem teneri, quando feudum eſt indiuiſum, ſed dicit vnã fidelitatem præſtandam, qđ ſignificat oẽs fratres ac ſucceſſores in feudo ſimul obligatos eſſe ad fidelitatẽ, & ad ſeruitium, non aũt ſeparatim, vti qñ diuiſum eſt feudũ, quo in caſu, *quot ſunt partes feudi, tot ſunt fidelitates*, quia. ſ. ſinguli ſeparatim iurãt, & quilibet pro ſua parte tenetur ad ſeruitium præſtandum; & ideo ſubdit textus ille, qñ feudum eſt diuiſum; *ſeruitia verò non pro partibus, vt vnum primum, videlicet grauiora, ſed pro quantitate beneficij moderanda.* Senſus eſt, qñ feudum eſt diuiſum, non eſſe pręſtanda ſeparatim ſeruitia à ſingulis hæredibus in eũ modum, quo vnũ duntaxat ſeruitiũ præſtabatur antea, cùm feudum eſſet indiuiſum ab oĩbus, vt. ſ. tm̄ quilibet teneatur ſeorſim pręſtare, quantum antea oẽs ſimul, ſed ſeruitia *pro quantitate beneficij moderanda*, id eſt, ſinguli pręſtare debent ſeruitium pro rata, rõne habita eius partis feudi quã poſſidet. Quod verò de ſeruitijs dr̄, intelligitur de grauioribus, ſ. grauiora ſeruitia nõ pro partibus, vt vnum illud primum, pręſtãda eſſe, veluti pręſtabatur tp̄e, quo indiuiſum erat feudũ, ad differentiã leuiorum ſeruitiorum, in quibus talis moderatio neceſſaria nõ eſt. Ita mihi vr̄ tex. explicãdus, quanq̃ paulò ſecus Hartmannus Piſtorius explicet, q. 47. nu. 17. li. 2. parte poſteriore.

CAPVT LV.

Si dominus feudi deceſſerit, relictis pluribus ſucceſſoribus, vtrum vaſallus teneatur omnibus præſtare fidelitatis iuramentum?

CONtrouerſiæ, de qua diſſeruimus in præcedenti capite, affinis eſt altera de plurib. hæredibus & ſucceſſoribus ab eo relictis, qui feudi dominus erat, vtrum ſingulis iuramẽtum fidelitatis pręſtandũ ſit. Etenim affirmãt Accurſius in l. Si vſusfructus legatus, 16. in verſ. oportere. ff. de vſufruct. Bart. in l. cùm vnus. ff. de alim. & cib. legatis, & multi alij, quos refert & ſequitur Iaſ. in l. de pupillo. §. Si plurium, num. 6. de oper. noui nunc.

Sed negant, & vni tm̄ hęredum faciendam eſſe fidelitatem contendunt, Gloſſ. in §. Omnes, in fi. ſi de feudo defuncti cõtentio ſit, &c. Andreas Iſernia, & Baldus ibidẽ, Hoſtienſis in ſumma de Feudis. §. vlt. Aretinus in l. 2. §. Ex his, in 2. not. ff. de verb. oblig. Iacopinus in inueſtitura feudali, in verſ. Qui quidem inueſtiti, num. 28.

Alij dixerunt, vaſallum non teneri ſingulis dominis ſeparatim fidelitatem facere, ſed tãtum vni eorum communi omnium vice & nomine eam recipienti. Ita Martinus Laudẽſis, Aluarotus, & Præpoſitus in d. §. Omnes. Zaſius de feudis, par. 7. nu. 11. 12. Moder. Pariſ. in Conſuet. Pariſ. §. 2. Gloſſ. 4. nu. 53.

Ego puto priorẽ ſn̄īam oĩbus alijs probabiliorẽ eſſe, & iuri magis conſonã, ſed ita tñ accipiendã, vt ſi & vaſallus oĩbus hæredib. ac ſucceſſorib. fidelitatẽ faciat, nõ tñ teneatur plura ſeruitia pręſtare, ſed vnum tñ ſeruitium oĩbus feudum poſſidẽtibus, ſiue diuiſum ſit, ſiue indiuiſum. Quod primò dixi, probo euidenti rõne. Nã certum

A eſt oẽs & ſingulos hæredes ac ſucceſſores dñi defuncti pro rata parte feudũ obtinere: Ergo ſingulis tanquã feudi dominis pro rata, fidelitatis iurm̄ pręſtari debet à vaſallo: Sed quia iurm̄ eſt indiuiduum, neq; enim pro parte præſtari põt, quia non recipit diuiſionẽ, hinc efficitur omnib. & ſingulis hæredib. præſtandum eſſe, arg. l. Hæredes. §. An ea. ff. fam. hercisc. l. 2. §. Ex his, verſ. Ex quo. ff. de verb. oblig. Quod aũt ſecundo loco dixi, probo quia ex perſona hæredum conditio obligationis non immutatur. l. 2. §. Ex his. ff. de verb. obl. Immutaretur autem, ſi vaſallus ad præſtanda plura ſeruitia teneretur, quia domino priori vnum tantùm ſeruitium præſtare tenebatur.

Fundm̄ contrariæ ſn̄iæ poſitum eſt in c. Imperialem. §. Præterea Ducatus, de prohib. feud. alien. per Frider. vbi dicit tex. *Præterea Ducatus Marchia Comitatus de cætero non diuidatur, aliud autem feudum, ſi conſortes voluerint, diuidatur; ita vt oẽs, qui partem feudi habent iam diuiſi, vel diuidendi, fidelitatẽ faciant; ita tamen, vt vaſallus*
B *pro vno feudo plures dominos habere non compellatur: nec dominus feudũ ſine voluntate vaſalli ad alium transferat.*

Reſpõdeo, hãc eſſe huius textus ſnīam. Dominum nõ poſſe partẽ feudi alienãdo, vel diuidẽdo hoc efficere, vt vaſallus duos cogatur hr̄e dominos, loco vnius. Nihil offendit ſnīam noſtrã hoc argm̄, quia & nos fatemur, plura ſeruitia præſtãda nõ eſſe, quãdo ſunt plures ſucceſſores, ſed vnum tm̄: Et conſequenter nõ cogitur vaſallus plures dominos hr̄e, quia oẽs hæredes & ſucceſſores ſimul ita ſunt domini, vt vnum duntaxat ſeruitiũ exigere poſſint à vaſallo. Præclarè Iabolenus in l. cui fundus. c. 5. ff. de cond. & demonſt. *Et omnis numerus eorum, qui in locum eius ſubſtituuntur pro ſingulari perſona eſt habendus.* Videas Clarum in §. Feudum, q. 49. verſ. Quæro nunc, & Hartmannum, q. 47. lib. 2. parte poſteriori, nu. 19.

CAPVT LVI.

C *Si vaſallus cum conſenſu domini feudum creditoribus ſuis obligauerit, deinde nullis deſcendentibus relictis deceſſerit, vtrum dominus, ad quem feudum reuertitur, teneatur ſatisfacere creditoribus.*

ESt hæc magni momẽti quæſtio, an feudo ad dominũ reuerſo ob vaſalli mortẽ abſq; deſcendentibus, reſoluatur hypotheca ipſius feudi, quæ cũ conſenſu domini cõtracta eſt vaſallo, ſ. illud creditorib. ſuis obligante & oppignorãte. Exiſtimo nõ reſolui, ſed manere, donec ipſis creditoribus ſatiſfactũ fuerit: Et moueor Textu, Ratione, Authoritate. Textu; adduco enim c. 1. §. Etſi clientulus, de alien. feudi, cuius hæc ſunt verba: *Etſi cliẽtulus fecerit libellũ, vt aliud de medietate feudi ſine domini voluntate, eo mortuo ſine legitimo hærede maſculo (quod verbũ*
D *ita intelligendum eſt in feudo) id eſt, ſine filio maſculo, reuertitur feudum ad dominũ. Si verò cum domini voluntate totum vel medium alienauerit, ſtabilis permaneat alienatio.*

Hęc eſt ſententia textus, alienationem firmam permanere, factam cum conſenſu domini, nec ideo reſolui, qm̄ vaſallus, qui alienauit, abſque filio maſculo deceſſerit, ac proinde feudum fuerit ad dominum reuerſum. Si alienatio manet firma & ſtabilis, neque reſoluitur, Cur non & obligatio ſeu oppignoratio? licet enim feudum per oppignorationem nõ alienetur, ſicut per venditionem, tamen eadem eſt ratio in oppignoratione, quę in venditione, imò maior. Nam ſi alienatio firma permanet in præiudicium domini conſentientis, multò magis firma debet manere oppignoratio, quæ minus præiudicij domino adfert: ſicut alienatio, cũſentiente domino valet, ſic & oppignoratio: cap. Imperialem, de prohibit. feudi alien. per Frideric. quare nil proponi videtur, cur illa non reſoluatur, imò *ſtabilis permaneat*, vt textus loquitur, hæc verò infirmari, & ad irritum deduci debeat.

Ratione hanc ſententiam probo. Nam ſiue perpendamus,

damus mentem contrahentium, ſiue id quod æquitati conſentaneum eſt, firmam permanere oportet oppignorationẽ hanc. Creditoris, proculdubio, ea fuit opinio ac intentio, vt ſi per ſeudo ſecuritatem haberet, atque hoc inter ipſum & debitorem actum eſt, feudumq; proinde oppignoratum. At quę ſecuritas hæc eſt. ſi reſoluatur hypotheca mortuo debitore, & feudo, quãtum ad vtile dominium ad dominum reuerſo? Non eſt veriſimile, ſi cogitaſſęt perpetuam non fore hypothecã, eum fuiſſe pecuniam mutuaturum, aut eam cautionem tam fragilem accepturum. Nec diuerſa intelligi poteſt domini conſenſum accommodantis intentio fuiſſe, quia ſecundùm naturã actus & contractus pignoris cõſenſiſſe exiſtimari debet; ita nimirũ, vt maneat pignus, donec debita offeratur pecunia, ſoluaturq; ijs modis, quibus iure conſtitutum eſt in tit. quib. mod. pign. vel hypotheca ſoluitur.

Authoritate moueor, quia ita docuit Marinus Frecia lib. 2. de authoritate & poteſtate Regis erga ſubfeudatarium, authoritate 29. nu. 8. verſ. Fallit etiam hæc regula, vbi alios citat & refert, ac ſequitur Hartmannus Piſtorius lib. 2 parte poſterior. quæſt. 48. nu. 22.

Contrarium docuerunt Afflictus in c. 1. num. 31. qui ſucce. tenean. Zaſius de feudis par. 6. num. 27. & par. 9. nu. 8. & 39. qui tamen loquitur, quando dominus cõſenſit adiecta clauſula, ſaluis iuribus ipſius. Idem late reſpõdit in terminis eiuſdem clauſulæ adiectæ conſenſui præſtito in oppignorationẽ, & alios citat latè diſſerens Franciſcus Burſatus in conſi. 171.

Primum argumẽtum eſt, quia omnis promiſſio & conuentio intelligitur rebus ſic ſtantibus. l. quæro. §. Inter locatorẽ. ff. locati. l. ſi fuerit. ff. pro ſocio. l. quod ſeruus. ff. de cond. cau. data. latè Tiraquell. ad l. ſi vnquam. C. de reuoc. dona. in præfatione, nu. 162. Ergo conſenſus domini in oppignorationem factam, locum habere intelligitur, ac domino præiudicare, rebus ſic ſtantibus, id eſt, donec vaſallus, qui oppignorauit feudum, vixerit, ſiue ſucceſſores eius ſeudum obtinuerint, non autem, ſi feudum reuertatur ad ipſum dominum.

Reſpondeo, antecedens ſumptum eſſe ex regula brocardica, vnde ſumptum argumentũ ſæpe infirmum eſſe didici & animaduerti. Licet enim in dictis legibus promiſſio facta propter certas quaſdam & iuſtas cauſas intelligatur, rebus ſic ſtantibus, non tamen inde ſumi poteſt generale quoddam, ac veluti abſolutũ axioma, quãlibet conuentionem ac diſpoſitionem accipiẽdam fore rebus ſic ſtãtibus, ita vt quælibet varietas & mutatio poſtea contingens, ius immutet, infringatq; ipſam promiſſionem & conuentionem. Nam ne longius exempla petamus, ecce tibi caſum alienationis feudi, cum conſenſu domini, à vaſallo factæ. Vaſallus moritur ſine deſcendẽtibus maſculis. Nũquid facta alienatio reuocetur, an verò conſiſtat? Si ſpectes illud generale pronunciatũ. Quęlibet promiſſio & obligatio intelligitur rebus ſic ſtantibus, dices ſeudum ad dñi reuerti, alienationem reſcindi, conſenſumq; non obſtare, quia nõ amplius res eſt in eodem ſtatu. At contrarium deciditur in d. §. Et ſi clientulus, nimirum, alienationem ſtabilem permanere. Cur ita? quia ſecundum ipſam naturã actus, & intentionem contrahentium, & rei æquitatem iudicandũ eſt, non ſecundum generales quaſdam regulas. Omnis enim definitio periculoſa eſt. l. Omnis definitio, de reg. iur.

Secundum argumentum eſt, quia non ſolet conſenſus præiudicare iuri proprio ipſius cõſentientis, quoties interponitur, & adhibetur pro authoritate rei geſtæ, vt valeat. l. Caius. ff. de pig. act. l. Cùm quædam. C. de admi. tutor. Ergo conſenſus dñi non præiudicat ipſi in iure proprio, & cõſequenter nõ impedit, quo minus vaſallo ſine maſculis defuncto, feudum liberè ad eum reuertatur.

Reſpondeo, conſenſum non præiudicare domino, circa ius directi dominij, quod habet, & habuit tempore alienationis ſeudi, neque circa conſolidationem vtilis dominij cum directo, modò pignus firmum maneat,

A quia ſi firma non conſiſteret feudi obligatio à vaſallo facta, domino conſentiente, id creditori præiudicium adferret, & naturæ rei geſtæ repugnaret. Ea quippe natura contractus pignoris eſt, vt maneat ius firmum creditoris, donec ei pecunia fuerit perſoluta.

Tertium argumentum eſt, quia conſenſus dñi, oppignorationi præſtitus, confirmat oppignorationem, quæ aliàs non valeret. Confirmatio autem nõ tribuit nouum ius. Qui enim confirmat, nihil dat. c. Quia diuerſitatem, de conceſſ. præben. l. Et quia. ff. de iuriſd. om. iud.

Reſpondeo, hoc ſufficere, vt propter domini conſenſum ita valeat oppignoratio, vt poſtea non infirmetur, cuius contrarium non probat dictum argumentum.

Quartum argumentum eſt, quia dominus conſentiendo in oppignorationem ſeudi, non cenſetur renunciare iuri ſuo, quod ſcilicet per mortem vaſalli abſque maſculis à lege ei defertur. Neq; enim renunciatio præſumenda eſt. l. Si dominus. ff. de ſer. vrb. præd. l. Si ex pluribus. B ff. de ſolut. l. Cùm de indebito. ff. de probat.

Reſpondeo, non ideo conſiſtere obligationem mortuo vaſallo, quia dominus videatur iuri ſuo renunciaſſe, dum oppignorationi conſenſit; ſed quia oppignoratio ſemel rectè & legitimè facta, non debet irritari propter caſum ſuperuenientem mortis vaſalli. Cur enim mors vaſalli noceret iuri quæſito creditori? Nec dominus amittit vtile dominium, ſed illud obtinet cũ ſua cauſa.

Quintum argumentum eſt, quia plurimum hæc inter ſe differunt, conſentire, & obligari. Dominus ergo qui conſenſit oppignorationi feudi, non eſt obligatus propter hunc conſenſum, ad ſoluendum æs alienum creditori ipſius vaſalli.

Reſpondeo, dominum quidem non obligari ob conſenſum præſtitum ad ſoluendum æs alienum, ſed hoc efficere conſenſum pręſtitum, vt feudi oppignoratio legitimè conſtituta eſſe dicatur, ac proinde ita ſtabilis & fir- C ma permaneat, vt creditor pignori rectè inſiſtat, donec ei debita pecunia perſoluatur, nec aliter pignus & hypotheca eius ſoluatur, quam ſolutione eius quod debetur, vel alijs legitimis modis.

Sextum argumentum eſt, quoniam in generali ſermone non continetur perſona loquentis. l. Inquiſitio. C. de ſolution. l. Qui inſulam. §. vlt. ff. locati. Ergo dominus oppignorationi ſeudi conſentiens, de propria ipſius obligatione ſenſiſſe exiſtimandus non eſt.

Reſpondeo brocardicum eſt quod aſſumitur, & nullius momenti argumentũ, quia non dicimus, dominum vigore conſenſus obligari, ſed per cõſequentiam, ſi vult feudum liberare, & pignus ipſum luere.

Septimum argumentum. Qui conſentit alienationi rei ſibi debitæ in aliquem euentum, non propterea ius ſuum amittit, eueniente caſu quo res ad eum deferatur, vt not. in l. Si à ſubſtituto. de leg. 1. Bart. in l. Qui Romæ. D §. Duo fratres, in 12. quęſt. ff. de verb. oblig. Alex. in conſ. 40 nu. 7. lib. 4. Ergo nec dominus in propoſita ſpecie oppignorationi conſentiendo ius ſuum amittit, feudo ob mortem vaſalli abſque liberis, ad eum deuoluto.

Reſpondeo brocardica eſt propoſitio, ex qua conficitur argumentum, non hoc volunt Alex. non Bart. Contrarium docet Crauetta in conſi. 24. num. 9. alios citans. Sed riuulos non adeamus, fontes ſpectemus. Imperator Gordianus. *Quoties ab omnibus qui alienatione facta ad fideicommiſſi petitionem aſpirare poſſunt, venditio celebratur, aut quibuſdam vendentibus* (arrige aures) *alii conſenſerit, contractus authoritas conuelli nequaquam poteſt.* Idẽ habemus ex l. Nihil. §. 1. de leg. 1. & alibi, ex quo videre licet, quàm arundineo ſcipione nitãtur, qui generalibus iſtis propoſitionibus nituntur.

Poſtremum argumẽtum pertinet ad eum caſum, quo conſenſus à domino interponitur, *ſaluo iure ipſius*. Hæc enim clauſula & proteſtatio efficere debet, vt nullũ conſentienti præiudicium inferatur. arg. l. Si debitor. §. 1. & l. Sicut. §. Non videtur. ff. quib. mod. pign. vel hypot. ſol.

Reſpondeo,

Reſpondeo, duplex ius domini diſtinguendum eſſe, vnũ eſt directi dominij, & illud reſeruatum eſſe intelligitur, quare oppignoratio cõſiſtit, ſaluo tamen iure directi domini, quod in conſenſu præſtiti expreßè reſeruatur, vel tacitè reſeruatũ intelligitur. Alterum eſt ius vtilis dominij conſolidandi cum directo, eueniente caſu mortis vaſalli abſque liberis; Et iſtud quoq; reſeruatum intelligitur, neque.n. impeditur hæc conſolidatio, ſed ſaluo iure creditoris, quod habet in pignore. Neque.n. ius creditoris ex illa reſeruatione tollitur. Et hoc eſt quod Doctores dicũt, clauſulã illã, ſaluo iure dñi, nõ includere ea iura, quę dominus conſentiendo patitur in aliũ transferri. Alioqui reſeruatio illa cõſenſui eſſet contraria, & veluti quædam proteſtatio contraria facto. Sed de hac re ſatis.

CAPVT LVII.

Conſenſus præſtitus à domino feudi oppignorationi à vaſallo facta, vtrum ad vſuras, ſiue ad id quod intereſt extendatur?

VAſallus feudum oppignorauit, conſentiẽte dño, valet oppignoratio creditori facta, & non quoad ſortẽ duntaxat pecuniæ debitę, verùm et quoad vſuras, ſiue intereſſe poſt moram debitas, ſicuti docet Haimanus Piſtorius lib. 2. parte poſteriori, q. 49 nu. 18. Huius rei hãc coniecturam habeo, quod fideiuſſor (cuius obligatio ſtrictè accipiẽda eſt) in omnem cauſam cõductionis obligatus, tardius illatarum per moram coloni, penſionum vſuras præſtare cogitur, l. Quæro. ff. locati. Nam ſicut obligatio fideiuſſoris ad vſuras extẽditur, ita & cõſenſus dñi, quia dum dñs in oppignorationem conſentit feudi, dr in omnem cauſam conſentire. Alia ratio eſt fideiuſſoris, qui cùm taxatione in certam quantitatẽ obligatus eſt, vt in d. l. Quæro, & ſimiliter domini cõſentientis, vt feudum oppignoretur à vaſallo ſub certæ quantitatis taxatione: tunc enim conſenſus pertinet ad ſortem.

Cõtrarium docuit Marinus Frecia, de authoritate & poteſtat. Baronis erga ſubfeudatariũ, q. 20. & ante eum Afflictus ad c. Imperialem, q. 8. nu. 23. de prohib. feud. alien. per Frideric. Negat enim dñm conſentire in oẽm cauſam, dum cõſentit oppignorationi feudi, quod facilè conceſſerim, ſi adiecta certæ quantitatis taxatione, vt dictum eſt, conſentiat, puta conſentio vt pignus oppignoratum ſit pro quantitate centũ aureorum dũtaxat. Cæterùm, ſi conſentiat ſimpliciter, nec ad certã ſummã pecuniæ conſenſus reſtringatur, aliter eſt rñdendum. Quod verò dicit Marinus, nõ extendi cõſenſum ad vſuras, quę ex mora veniũt debitoris, quia culpa debitoris vaſalli domino nocere nõ debet, nihil mouet, quia mora debitoris vaſalli non nocet dño per ſe & principaliter, ſed in conſequentiam contractus pignoris, cui dñs ipſe conſenſit. Nã vſuræ veniũt tacitè, & in conſequentiã cõtractus bonæ fidei poſt morã, ex officio iudicis. l. Lucius. ff. depoſiti. & d. l. Quæro. ff. locati. Quare Dominus conſentiens pignori, qui cõtractus bonę fidei eſt. §. Actionũ. in Inſtit. de act. videtur conſentire in omnem cauſam, quæ *ex ea numeratione naſci poteſt*, vt verbis vtar Pauli in l. Si quis pro eo. §. Si nummos. ff. de fideiuſſor. licet non ignorem ad aliam facti ſpeciem reſponſum illud pertinere.

CAPVT LVIII.

Feudum nouum conceſſum iure antiqui feudi, vtrum naturam aſſumat feudi antiqui.

FEudum nouum iure antiqui feudi à domino datur, nunquid naturam habeat antiqui feudi? Negant Oldradus in conſ. 178. Factum tale eſt, Albericus in Dictionario iuris, in verbo, Nouum non eſt. Alex. in conſi. 10. lib. 3. Iaſon in præludijs

A feudorum, nu. 88, & in conſ. 57. lib. 1. & in conſi. 152. & 180. lib. 2. Zaſius conſi. 13. nu. 14. lib. 1. alios citat. Antonius Gabrielius cõm. concl. li. 1. tit. de Feudis. conclu. 1.

Fundamẽtum eſt, quia verba illa, *iure antiqui feudi*, veritatem nõ immutant, arg. l. Si fortè. ff. de Caſtrenſi peculio. ibi. *Veritatem enim ſpectamus, non quod quis finxit.* Addit Iaſon aliud argumẽtum, contrariorum eadem eſt diſciplina, ſed feudum antiquum conceſſum iure feudi noui, non aſſumit naturam feudi noui, arg. cap. 1. de vaſallo decrepitæ ætatis, ex cap. 1. an agnatus vel filius. Ergo è conuerſo idem dicendum.

Affirmant alij magis communiter Doctores apud Antonium Gabrielium, loco proximè citato. Clarũ. § Feudum, quæſt. 8. Roland. à Valle, conſi. 60. lib. 1. & conſ. 16. lib. 3. Menochium, in cõſi. 260. nu. 25. lib. 3. Ludulphum Schraderum, par. 2. cap. 3. nu. 70.

Fundamẽtum eſt, quia ſicut contractus ex conuentione legẽ accipiunt. l. 1. § Si conuenerit. ff. depoſiti. Sic feu-
B dales cõceſſiones ex tenore inueſtituræ. Tenor enim inueſtituræ ſpectandus eſt, c. 1. de feudo Marchiæ, cap. 1. de fratrib. de nouo benef. inueſt. c. 1. de feudo non habẽte propriam naturam, cap. 1. de natura ſucceſ. feudi. cap. Si cui militi. §. Item ſi quis eo tenore, in capitulis Extraordinarijs.

In hac quæſtione, quo minus cõmuniorem ſniam affirmãtem amplectar, nec Iaſonis, nec Oldradi argumentum remoratur. Nam fateor, verba illa, Iure antiqui feudi, veritatem non immutare: neq; enim hoc efficiunt, vt verè feudum ſit antiquum, ſed vt aſſumat naturam & vim antiqui feudi, ac eodem iure cenſeatur quo antiquum feudum. Hoc verba ſignificant, volũtas partium adeſt, & poteſtas; quid enim prohibet quominus pacto noua natura feudo tribuatur ab ea diuerſa quam habet? lex autem in argumento allata loquitur de eo, quod in poteſtate diſponentis non eſt, vt indicatur.

C Argumentum verò Iaſonis nullius eſt momenti, quia ſubeſt ratio diuerſitatis. Non poteſt pacto effici, vt feudũ antiquũ aſſumat naturã feudi noui, quia id agnatis præiudicat, quibus cõpetit ius ex antiquis inueſtituris. Vaſallus aũt neq; cum dñi conſenſu præiudicare poteſt agnatis, vt in c. 1. de alien. feudi paterni. Quòd autem feudum nouum aſſumat naturam feudi antiqui, non vergit in alicuius præiudicium, niſi domini, quia multi ſuccedunt, qui aliàs non ſuccederent, ſi feudum nouum eſſet.

Magis igitur moueret Alexãdri argũ: illa verba inueſtituræ, Iure antiqui feudi, vel ſecũdũ naturã antiqui feudi, aliũ ſenſum poſſe recipere; vt nimirum dñs ſignificare velit, feudũ antiquitus cõcedi ſolitũ eſſe; Sed qñ ꝓponitur ſub ea facti ſpecie, in qua cõſtat feudum nouũ eſſe, & inueſtituræ tenorẽ ita eſſe cõceptũ, vt ſenſus ſit feudũ, licet nouum, cõceſſum tñ fuiſſe ſecundum naturã antiqui feudi: Ita vt non iure noui feudi, ſed antiqui cenſeatur.

Illud ergo vnum cõmunem ſententiam dubiam reddere videtur, quod ſi in propoſita hypotheſi feudum ſu-
D ſciperet naturam antiqui feudi, ius & actio agnatis quęreretur, iiſque in ſucceſſione poſt vaſalli obitum locus pateret, ſicut in antiquis feudis conſtitutum eſt. At hoc regulis iuris repugnare videtur, quibus cautũ eſt, neminem alteri ſtipulari poſſe niſi ſit in poteſtate: Lege. Stipulatio iſta. §. Alteri. ff. de verb. obligat. l. Si mihi & Titio. ff. de verb. oblig. Sed reſpondendum eſt, hanc iuris regulam non procedere in feudis. Id patet ex cap. 1. de feudo Marchiæ, ibi. *Niſi pactum fuerit in inueſtitura quod fratri frater ſuccederet*, & in c. 1. de duob. fratribus à capitaneo inueſtitis, ibi. *Propter tenorem inueſtituræ inſertum eius pars fratri, non domino eſt quæſita.*

Rationẽ hanc adfero: quia feudum eſt beneficium, & ex amore dñi procedit & acquiritur, c. 1. de feudo dato in vicẽ legis cõmiſſoriæ. Ita verò iure ſpecialiter cõſtitutũ eſt in donatore & liberalitatẽ exercẽte vt pactũ valeat adiectum in fauorẽ alterius. l. Quoties. C. de donat. quæ ſub modo, Ergo & in feudis ac beneficijs, q̃ à donatione

non procul diſtant, idem conſtituendum videtur.

Hæc aũt ſnĩa cõis non procedit in prelatis Eccleſiarũ, abſq; ſolẽnitate requiſita res in feudũ cõcedetibus, quia illi ſicut non pñt res in feudum cõcedere, niſi ſolitæ ſint infeudari, vel niſi ſolennia adhibeantur, ita nouũ feudũ concedere non pñt, ſecundũ formã antiqui feudi, & ita oẽs docẽt: ſolus quẽ viderim Curtius iunior p. 1, q. 8. ad finem, diſſentit ab hac ſnĩa, perperam, vt mihi ſanè vr̃; *Quando prælatus*, inquit, *aliquid confitetur, quod habet iuris præſumptionem pro ſe, talis confeſſio valet, ſed feudum in dubio præſumitur antiquum, Ergo, &c.* Non rectè monet quia quæſtio ſupponit feudum eſſe nouum, & id certum eſſe, non autem dubium; conſequenter præſumptionibus & coniecturis locus non eſt, quas adducit, vt antiquum præſumatur. de qua præſumptione, ſitne iuri conſona, ſequenti capite diſſeremus.

CAPVT LIX.

B *Feudum an in dubio, antiquum vel nouum præſumatur?*

De hac quæſtione tres ſunt doctorum ſententiæ, vna, & magis communis eſt, feudum in dubio antiquum præſumi, Altera, nouum præſumi. Tertia, nec antiquum neque nouum præſumi, ſed aſſerenti antiquum eſſe vel nouum, probationem incumbere. Vide Iacobũ Menochium de Præſumpt. lib. 3. Præſump. 93. & arbit. iud. caſu 191. & Ludolphũ Schraderum de feudis, par. 2. cap. 3. nu. 41. Iſti alios citant diligenter & prolixè.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in c. 1, de ſucceſſ. fratrum, vel gradib. ſuccedent. in feudo, & in c. 1, Si de feudo defuncti contentio ſit inter dom. & agnatos.

Scdæ opinionis fundm̃ eſt, quia cũ res præſumatur libera potius q̃ feudalis. arg. l. Altius. C. de ſerui. & aqua. præſumendum vr̃, rem fuiſſe antea liberam & non feudalẽ: & conſequenter ſi conſtet nunc feudalem eſſe, creden-
C dum eſt, potius feudum eſſe nouum, quam antiquum.

Tertiæ opinionis fundm̃ eſſe põt, quia ei qui dicit incũbit probatio. l. 2. ff. de probat. Et quilibet ꝓbare tenetur id, quod eſt fundamẽtum ſuæ intentionis vel exceptionis. l. Actor. C. de probation. l. Generaliter. ff. de Except.

Ego puto hanc quæſtionẽ decidi ex d. c. 1. de ſucceſſ. fratrũ, vel gradib. ſucced. in feud. & c. 1. Si de feudo defuncti fuerit controuerſ. atque ita decidi, vt neque priori ſententiæ neq; poſteriori ſit locus, nec tertia quoque ſententia recipienda ſit, ſed hanc rem pendere ex probationibus factis quibus deficientibus, ab vtraque parte iureiurando delato, cauſam eſſe decidendam.

Sic. n. authores feudalium librorũ in citatis locis docẽt. *Si verò dominus vel alius beneficium defuncti nouum eſſe dicit, agnatus autem illius proximus paternum eſſe contendat, tunc onus probationis incumbit illi qui nouum dicit.* Hæc verba priori ſnĩæ ſuffragarentur, ſed ita pergit tex-
D tus. *Sed inſcio aliter pronũciatum eſſe. Bonus. n. iudex cauſa cognita diligenter intuebitur, cuius potius iureiurando dirimenda ſit hac q̃ſtio, vtroque ſcilicet in probatione, deficiente.*

Rurſus alibi ſic habetur. *Si de feudo defuncti militis ſit contentio inter dominũ & agnatos defuncti, domino nouum feudum, agnatis verò paternum eſſe contendentibus, agnati in poſſeſſione feudi, de quo quæritur, cõſtituẽdi ſunt. Eo facto, ſuper principali quæſtione cognoſcendum eſt. Vtroque autem deficiente in probatione, electio iuriſiurãdi agnatis dãda eſt.*

Hic vides ab vtraq; parte ꝓbationes exigi: vtraq; verò deficiente, iureiurando litẽ eſſe dirimendã, & agnatis electionẽ dandã, an. ſ. ipſi iurare velint, vel aduerſe parti iuſiurandũ deferre. Non ergo affirmandum, feudũ antiquum præſumi, quia ſi antiquum præſumendum eſſet, nulla ex hac parte probatio exigenda eſſet. Non eſt etiã affirmandũ, nouum præſumi; quia ſic eodẽ modo nõ incumberet probatio, ſed dicẽdum eſt, quod textus tacitè indicat, vtramq; partẽ probare oportere; Et vtraq; par-
A te in probatione deficiente, iudicem æſtimare oportere, cuius potius iureiurando definienda ſit quæſtio. Atq; in dubio, agnatis electionem iuriſiurãdi dandã eſſe: quod ego ſic accipio, ſi aliquid pro agnatis ſit, quod iudicem moueat, ex eo quod habetur in c. 1. § Sacramentum. de Conſuet. recti feudi, vbi *Sacramentũ nõ ſemper eſt dandum poſſidenti, ſed quandoq; poſſidenti, quandoq; petenti, quandoq; neutri datur. & cũ alicui horũ datur, ita demũ datur, ſi aliquid pro eo ſit, quod iudicẽ moueat: vbi nihil eſt, qđ faciat pro aliquo eorum præter poſſeſſionem ſolam: tunc ſecundum quod iudici melius viſum fuerit, aut poſſidenti defertur Sacramentum, aut authore nihil probante, qui conuenitur, etiam ſi nihil præſtiterit, abſoluitur reus vel obtinet.*

CAPVT LX.

Poſſitne vaſallus inuito domino feudum refutare?

B Si quis omnium ſcripta perpenderit, qui de hac quæſtione diſſerunt, vtrum vaſallus renũciare poſſit domino ſuo inuito feudum, inueniet, niſi fallor, quinque diuerſas ſententias. Prima eſt, ſi domini non interſit, quia ſcilicet non ſit intempeſtiua renuntiatio, vaſallum renũciare poſſe feudum in manibus domini, etiam inuiti. Ita Curtius iunior de feudis, par. 4. nu. 135. Zaſius in vlt. par. nu. 13. Fundamentum eſt in c. 1. de vaſallo, qui contra conſtit. Lotharij beneficium alienauit. Sic enim tex. ait: *Quia vaſallus etiam ſine domini voluntate rectè feudum refutare poteſt, poſt refutationem tamen ad ſeruiendum non tenetur, ſed eum quidem tunc offendere non debet.*

Secunda eſt ſententia, refutare poſſe feudum niſi ſit ligium, ita Bald. in c. Cæterùm, in 6. col. de iudic. Ratio eſt, quia graue eſt, Principi fidem fallere. ideo nõ debet vaſallus eum illudere, feudum renunciando.

Tertia eſt ſententia cæteris communior, diſtinguendum eſſe vtrum feudum datum ſit, pro aliquo ſeruitio
C determinato à vaſallo præſtando, an verò pro indeterminato ſeruitio & generali, quod debetur ex natura feudi. Priore caſu feudum refutari non poſſe, poſteriori autem poſſe. Ita omnium primum docuit Gloſ. in cap. 1. §. vlt. de cap. qui curiam vẽdi. Bartolus in l. Is cum quo. ff. de aqua plu. arcen. Alexand. in l. Si quis vi. §. Differentia, num. 14. ff. de acquir. poſſeſſ. Clarus. §. Feudum. quæſtio. 34. alios citat Ludolphus Schraderus de feudis. parte 8. cap. 1. num. 61.

Ratio differentiæ inter vtrumq; caſum, à dicta Gloſſa adfertur his verbis: *Quoniam vaſallus, qui habet feudum conditionale* (id appellamus, ad certum ſeruitium) *eſt obligatus domino ad illud ſeruitium, vel per ſtipulationem, vel ſaltem per pactum in iſto contractu infeudationis appoſitum, & ita inueſtitum: vnde certa actione ad id faciendum poſſet à domino conueniri, puta vel ex ſtipulatu,
D vbi ad factum eſt obligatus per ſtipulationem, vel certi condictione, vbi certum quid promiſerit: vel præſcriptis verbis, vbi ſtipulatio non interuenit; vel etiam conductione ex maioribus informata per pactum, quod eſſet ineptum dicere, vt per eius refutationem actio domino competens tolleretur. At cùm liberè feudum recipit, non appoſita aliqua conditione, ſed ſimpliciter fuerit de eo inueſtitus, nihil eſt præter ſacramentum, de quo Deum habebit vltorem, ſi contrà fecerit, ſi fidelitatem iurauerit: quia & feudum amittit, ſi culpam committit, per quam amittere debeat. Ad nihilum enim eſt obligatus, niſi ex natura feudi, niſi quia ſi domino non ſeruierit, ſecũdum quod ex natura feudi debuerit, ipſum feudum amittit: ſicut enim iure conſuetudinario feudorum permittitur vaſallo feudum refutare, ita eodem iure liberatus eſt, poſtquam feudum refutauit ab illa obligatione naturali, qua tenebatur domino ſeruire: Et hoc eſt, quod ibi dicitur ad ſeruandum poſtquam refutauit non tenetur.* Hactenus Gloſ.

Quarta eſt ſententia, feudum refutari non poſſe, & i

pro determinato ſeruitin datū fuerit, ſi ſeruitiū in faciēdo cōſiſtat, ſecus ſi cōſiſtat in dādo. Ita Fel. in c. Quæ in Eccleſiarū, nu. 78. de cōſtit. Rō eſt, quia is q ad faciendū obſtrictus eſt, nō cōpellitur p̄cisè. l. ſtipulationes nō diuidūtur. verſ. Celſus. ff. de verb. oblig. ſecus autem cùm quis obligatus eſt dare, quia præcisè tenetur, & cōſeqoēter noo poteſt renunciando ſe ab onere dandi eximere.

Quinta eſt ſnīa, licet feudū danī ſit ad ſeruitiū īdeterminatum, tñ nō licere vaſallo illud refutare, quoties vel iureiur. vel ſtipulatione dño cōtractū feudi obſeruare, & ſeruitia feudi præſtare promiſerit. Vide Schraderum vbi ſuprà, nu. 63. & Iacopinum in tract. de Rhovdis ſiue operis, nu. 42. Afflictum in prælud. feudor. nu. 96. & 98. & in cap. 1, nu. 43. de vaſallo, qui contra conſtit. Lotha.

Fundamentum eſt, quia iuramētum obligat præcisè ad factum: & ſtipulatio parit obligationem & vinculū, à quo non poteſt quis ſe liberare, niſi altero conſentiente. l. ſicut. C. de act. & oblig.

Ego priorem ſententiam cæteris probabiliorē eſſe iudico & amplector. Nititur enim firmiori fundamento, quàm aliæ, nēpe textu ſatis diſerto, quod declaratur, licere vaſallo feudū refutare, etiam ſine voluntate dñi; & poſt refutationem ad ſeruitia præſtanda non teneri.

Hęc feudalis regula, niſi fallor, ſumit ex iure cōi. Nā vſufructuarius relinquere poteſt vſumfructū: et cùm paratus eſt eū derelinquere, nō tenet onera p̄ſtare. l. Cùm fructuarius. ff. de vſufr. Ergo & vaſallus cùm paratus eſt feudū refutare, liberatur ab omni onere ſeruitij p̄ſtandi, Vaſallum autem ab vſufructuario parum differre. cōſtat ex feudi definitione, vt in c. 1. §. Beneficiū, in quib; cauſis feudum amittatur. ibi: *Vt proprietas quidem rei immobilis beneficiatæ penes dantem remaneat: Vſusfructus verò illius rei, ita ad accipientem tranſeat, &c.*

His accedit alia ratio, quia vaſallus ad ſeruitia præſtāda domino tenetur propter feudum: Ergo, ſi feudum dērelinquat, non tenetur. argum. l. Etſi fortè. §. Labeo. ff. ſi ſerui. vend.

Neque huc illa pertinent, quæ de contractibus vltro citroq; obligatorijs adferūtur, à quibus recedere nō licet altera parte inuita, quia feudum eſt beneficium, nō autem cōtractus: Et licet aliquam ſimilitudinem habeat cum cōtractu, propter ea, quæ tenetur vaſallus dare vel facere ex natura feudi, vel ex pacto: tamen hæc nō mutant naturam feudi, neque in contractum illud trāsferre poſsūt. Sic & vſufructuarius ad aliqua onera tenet ex natura vſusfructus, vel etiā ex pactis & ſtipulationibus, & tamen vſumfructum derelinquere poteſt & renonciare, quo facto amplius non tenetur.

Secunda opinio nullum habet firmum præſidiū, quia ſi valeret illa ratio, nunquam liceret vaſallo feudum refutare, quod tamen repugnat vſibus feudorum. Nō poteſt igitur vaſallus fidem fallere, & principē decipere, donec vaſallus eſt, cæterùm ſi feodum refutauerit, non debet quidē illum offendere, ſed ei ſeruire amplius non tenetur, nec remanet deceptus à vaſallo Princeps, quia ſi non præſtat ſeruitium, non habet etiam beneficium, niſi intempeſtiuè fiat renūciatio atque domini interſit; tunc non fieri.

Tertiæ opinionis fundamentum conſiſtit in eo, quòd actio competat domino aduerſus vaſallū, qui ſe obligauit ad certum ſeruitium, ac proinde illa tolli non poſſit refutatione feudi. Reſpōderi pōt, imò tolli poſſe actionem illam ob renūciationem feudi à vaſallo factā, quia vaſalli promiſſio & obligatio intelligi debet ſecundùm naturam rei, ſuper qua interponitur. Hæc eſt autem natura feudi, vt refutari poſſit inuito domino. Neq; enim ad contractum reuocanda res eſt, quæ ex beneficio proficiſcitur, quòd ſicut ab initio nō confertur in inuitum. l. inuito. de reg. iur. ita poſtquam collatum eſt, renunciatione tolli debet ſecūdùm antiquam iuris regulā: Vnuſquiſque renunciare poteſt fauori ſuo. l. pen. C. de pactis.

A

CAPVT LXI.

Vtrum feudum præſcribatur longiſſimo tempore, id eſt, 30. vel 40. annorum, quoad dominium directum in præiudicium domini.

ET olim fuit, & nunc eſt ingens controuerſia: vtrum ſpatio longiſſimi temporis triginta vel quadraginta annorum directū dominium feudi à vaſallo alienati ſine conſenſu domini, præſcribatur aduerſus ipſum dñm. Affirmauit. n. Gloſ. in c. 1. §. Præterea, de capitulis Corradi, & poſt eam alij multi, vt patet ex Baldo de præſcrip. in 4. parte, partis princ. q. 12. verſ. Quarto quæro. Curt. ſen. conſi. pen. Andr. Geyll. lib. 2. obſeru. 160. Menochius alios adducens in conſi. 143. n. 20. verſ. Septimo comprobatur, lib. 2.

B Sed negant Andreas Iſernia in d. §. Præterea, nec nō Afflictus ibidem alios citans, nu. 24. Clarus §. Feudum, quæſt. 45. verſ. Si autem quæritur. Zaſius latiſſimè in cōſilio 15. lib. 2.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia tanto tēporis ſpatio tollitur omnis actio. l. Sicut. l. Omnes. C. de præſcrip. longiſſ. tempo. 30. vel 40. Et licet nullam præſcriptionem obſtare dicatur in d. §. Præterea, & in c. Imperialem, de prohibita feudi alien. per Frideric. tamē nō excluditur pręſcriptio 30. vel 40. annorum. Neque enim credendum eſt, Romanum Principem vno verbo totam præſcriptionum obſeruationem tot vigilijs excogitatā voluiſſe euertere. arg. l. Si quādo. C. de inoff. teſta. Huc accedat tex. in c. 1. §. Porrò, qualiter olim poterat feudū alienari, ibi: *Præſcriptione autem 30. annorum ſubmouebatur tam ſciens, quàm ignorans. &c.* & in c. 1. §. ſi quis per triginta, ſi de feudo defuncti fuerit controuerſ. & c. vbi dicit tex. *Si quis p triginta annos rē aliquā, vt feudū poſſederit, & ſeruitiū domino exhibuerit, quāuis de ea re nō ſit inueſtitus præſcriptione triginta annorum ſe tueri poteſt.*

C Fundamentum poſterioris ſententiæ eſt in d. cap. 1. §. Præterea, de capitulis Corradi, vbi ſic dicitur: *Præterea vt liceat dominis omnes alienationes feudi factas, nulla obſtante præſcriptionē, reuocare.* Item in d. c. Imperialē, vbi Fridericus ita ſtatuit: *Nos autem ad pleniorem regni vtilitatem prouidentes, non ſolùm in poſterum, ſed etiam huiuſmodi alienationes illicitas, hactenus perpetratas, hac præſenti ſanctione caſſamus, & in irritum deducimus, nullius temporis præſcriptione impediente: quia quod ab initio de iure non valuit, tractu temporis conualeſcere non debet.*

Ego puto, totā difficultatē conſiſtere in conſiderāda mēte Friderici Imperatoris, an. ſ. voluerit omnē præſcriptionē auferre, etiā lōgiſſimi temporis triginta vel quadraginta annorū: Et licet multa diſputari poſſint, tñ vt putem hanc fuiſſe Friderici mentē, tollendi etiā 30. annorū
D præſcriptionem, magis inclinat animos. Primùm, ex verbis generalibus: *Nullius temporis præſcriptione impediente.* Hęc enim verba ſecundùm naturam ſuam oēm præſcriptionem includunt, & conſequēter etiam triginta vel quadraginta annorum. Nullū. n. eſt maius mentis noſtrę teſtimonium, quàm qualitas inſpecta verborum. Nam quorſum nomina, niſi vt demonſtrent voluntatē dicentis? l. Labeo. ff. de ſupellect. leg. Secundò, ex ratione, quam Fridericus adfert: *Quia quod ab initio de iure non valuit, tractu tēporis conualeſcere non debet.* Hæc enim ratio conuenit etiam præſcriptioni triginta vel quadraginta annorum. Tertiò, quoniam Fridericus ita ſtatuit ad pleniorem regni vtilitatem. Hæc eſt autem plenior vtilitas, ſi nullius etiam longiſſimi temporis præſcriptio impediat, quo minus feuda à dominis vendicari poſſint. Quartò, quia ante Friderici conſtitutionem feuda non poterant alienari ſine conſenſu domini, & alienata reuocari poterāt ex lege Corradi, nulla præſcriptione obſtāte. Ergo Corradi lex accipienda eſt de pręſcriptione longiſſimi tēporis, aut non, ſed tantùm longi tēporis, ſi pri-

A mum concedatur, habemus quod volumus; ſi ſecundũ, tunc ſequitur Friderici conſtitutionem aliquid operari debere, atque adeò impedire præſcriptionem, etiam lõgiſſimi temporis, ne ſit ſuperflua. Quintò, nã Fridericus non ignorabat præſcriptionem duplicẽ extare, vnã longi temporis antiquitus cognitam; alteram lõgiſſimi, poſtea introductam, quæ habetur in l. ſicut, & in l. Omnes. C. de præſcrip. longiſ. tempo. cùm ergo dixit: *Nullius tẽporis præſcriptione impediente*, proculdubio voluit etiam lõgiſſimi temporis præſcriptionem includere, quia ſi id noluiſſet, eam facilè potuiſſet excipere,

Ex his reſponſio patet ad contraria argumenta. Primum enim argumẽtum ſoluitur ex eo, quòd verba Imperatoris vniuerſalia ſint, & complectẽtia omnem præſcriptionẽ; Et ideo cùm in verbis nulla ſit ambiguitas, non eſt facienda volũtatis quæſtio. l. Ille aut ille, §. Cùm in verbis. ff. de leg. 3. Aut ſi de voluntate diſputandũ eſt, illa ex verbis colligi debet, d. l. Labeo. ff. de ſupell. leg.

B Ad ſecundum quod attinet, reſpõdeo, tex. in d. §. Porrò, ad aliam longè diuerſam præſcriptionem pertinere, ad illam ſcilicet, per quã dominus excluditur à iure feudi redimendi eo in caſu, quo alienatio valet,

Ad tertium argumentum, ex §. Si quis per triginta, reſpondeo, textum illũ loqui ſimiliter de alia præſcriptione, cùm ſcilicet aliquis præſcribit rem in feudum, ex eo quod per triginta annos eam vt feudũ poſſideat, & ſeruitia domino exhibuerit. Hæc res procul diſtat à qõne noſtra. Non enim ſubiacet alicui legis prohibitioni, non aufert dominium directum domino feudi, & prorſus differentem habet iuris rationem,

CAPVT LXII,

Filij fratrum an in feudo ſuccedant in ſtirpes, vel in capita?

C DIſſerui lib. 6. controuerſ. c. 3. de cõtrouerſia illa ſucceſſionis filiorum fratrum, an cõſtituẽda ſit in ſtirpes, vel in capita, & ſecutus ſum Azonis ſnſam argumẽtis allatis, q̃ ibi videri poſſunt; Et qm̃ etiam in feudis eadẽ quæſtio controuerſia eſt, vt patet ex Zaſio par. 8. nu. 18. Claro in §. Feudũ. q. 75. Ludolpho Schradero p. 7. c. 7. n. 16. Hippolito Riminaldo conſi. 410. volui paucis verbis eam attingere, vt ſaltem opinionem indicarẽ meã, quę talis eſt. Nullo iuris feudalis textu definitum eſſe cõſtat, an hæc ſucceſſio ſit in ſtirpes, an verò ĩ capita. Ergo iure communi decidenda eſt, cap. 1. de feudi cog. Ergo ſecundum Azonis ſententiam lis eſt danda, cui & Caroli V. deciſio ſuffragatur, & quæ nos attulimus, contrarijs argumentis refutatis io dicto cap. 3. lib. 6.

CAPVT LXIII,

D *Ius accreſcendi an locum habeat in feudo nouo à Principe conceſſo,*

SI duobus feudũ fuerit ab Imperatore cõceſſum, & alter eorũ abſque liberis deceſſerit, vtrum ad principem feudum reuertatur, an autem accreſcat ſocio, ſiue conſorti, non eſt eadem omnium ſententia. Nam accreſcere conſorti, ſiue ſocio, docuit Bald. ad l. vn. §. In primo. C. de cad. toll. quẽ ſecutus eſt Alex. ad l. ſi mihi & Titio, n. 7. ff. de verb. oblig. & in conſi. 30, n. 7. verſ. Secũdo dato, lib. 1. Soc. iu, in conſ. 73. nu. 22. 23. l. 1. Clarus in §. Feudũ, q. 77. Ludolphus Schraderus de feudis, p, 7. c, 1, n. 11. Sed ad Principẽ reuerti docuit Cynus ad l. vn. C. quãdo non petentium partes, Iaſon in d. l. ſi mihi & Titin, n, 6. Corneus in conſi, 196, lib. 2. Zaſius de feudis, par. 8. nu. 32.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in l. vn. C. ſi liberalitatis Imperialis ſocius. lib. 10. licet enim illa lex de

A feudo non loquatur, tamen eius ratio locum habet etiã in feudo, quando ex Principis liberalitate proceſſit. Neque in feudis à Principe conceſſis, contrarium feudali conſuetudine & iure cautum eſt. Ergo ius commune ſeruandum videtur, arg. c. 1. de feudi cognit. Sic autẽ in d. l. vn. conſtituit Imperator Conſtantinus: *Iubemus, vt ſi quis fortè ex his, qu bus communiter à nobis aliquid donatum ſit, nullo hærede relicto deceſſerit: ad conſortẽ potius ſolatium, quàm ad perſonam aliam pars decedentis perueniat.*

Poſterioris ſententiæ fundamentum eſt, quoniã generali feudorum iure ſeu conſuetudine cautum eſt, in feudo nouo ius accreſcendi locum non habere, & ideo vaſallo mortuo eius portionem, nullo hęrede exiſtente ad dñm reuerti: Neq; vlla diſtinctio adhibetur, vtrũ à Principe conceſſum ſit feudum, an ab alio. Sic, inquam, cõſtitutum eſt in c. 1. de feudo Marchiæ: *Si duo fratres ſimul inueſtiti fuerint de beneficio nouo, & non de paterno, ſi vnus eorum ſine deſcendentibus maſculini ſexus mortuus fuerit* B *dominus ſuccedit, non frater, niſi pactum fuerit in inueſtitura, quod frater fratri ſuccedat. Per pactum enim frater ſuccedit, non dominus* Idem habetur in ca. 1. de fratribus de nouo beneſ. inueſtitis, & ĩ c. 1, de duob. fratri. à Ca. iueſt.

Hanc poſteriorem ſententiam iuri magis conſentaneã exiſtimo, quia iura feudalia ſunt expreſſa in hac facti ſpecie, & apertè decidunt, feudum ad dominum reuerti; Et licet nominatim de feudis non loquantur, quæ à Principe conceduntur, tamen generaliter loquuntur, & conſequenter comprehendunt etiam caſum iſtũ, quo feudum à Principe conceſſum eſt. Non ignorabãt iuris feudalis authores, feuda concedi ſolere ac poſſe tam ab Imperatore, quàm ab alijs inferioribus, qui non prohibentur iux. c. 1. de his qui feud. dare poſſ. Ideo cùm generaliter decernunt feudum ad dominum reuerti, nec cõſorti accreſcere, ſine dubio de oĩ feudo id decreuerũt, ſiue ab Imperatore conceſſo, ſiue ab alio.

C Non obſtat text. in d. l. Vn. quia non loquitur de feudo, ſed de alia liberalitate. In feudo enim ſpecialis eſt cõſtitutio, vt non conſorti accreſcat, ſed ad dominũ reuertatur. Nec obſtat, quod non loquantur feudales cõſtitutiones de feudo à Principe conceſſo, ſicut loquitur de liberalitate Imperiali, d. l. vn. quia generaliter diſponẽs ac loquens, omnes caſus comprehendit, qui ſub verbis generalibus continentur. l. Si duo. in fi. ff. de admi. tuto. latè Ripa ad l. 1. nu. 51. ff. de vulg. & pupill.

CAPVT LXIV.

Ius accreſcendi an locum habeat in feudo, quod duobus ſimul conceſſum eſt, & cuiuſlibet eorum deſcendentibus.

D INter omnes cõuenit feudo duobus conceſſo in ſolidum, aut verbis diſtributiuis, puta, *eorum cuilibet*, altero ſine maſculis decedente, alteri portionem eius accreſcere, quaſi ambobus in ſolidum feudum datum ſit: Sed controuerſia eſt, quãdo duobus conceſſum eſt feudum, & cuiuſlibet hęredibus ſeu deſcendentibus, an idem ſit dicendum: Etenim idem hoc in caſu ſtatuendum eſſe, reſpõdit Soc. ſen. in conſ. 66. nu. 14. lib. 3. Alex. in conſ. 30. col. 4. verſ. Tertiò cõſidero. lib. 1. Ludolphus Schraderus de feudis, par. 7. cap. 1. nu. 16. 17. & ſeq.

Sed contrarium docuerunt Petrus Ancharanus in conſi. 245. Alex. in conſ. 13. & 17. lib. 5. Curt. iun. de feudis 2. parte 2. partis, nu. 79. Ronchegallus ad l. Eandem. nu. 132. ff. de duob. reis. Bellonus conſ. 20. nu. 4. Cur. ſen. conſ. 55. Hieron. Gabriel. conſi. 87. nu. 3. Dom. meus Cephalus in conſi. 345. nu. 19. lib. 3. Aurelius Corbulus de iure emphyteutico, c. 12. nu. 88.

Fundamentum prioris ſniæ eſt in eo poſitũ, quod per illa verba: *Et cuiuſlibet eorũ hæredibus, ſiue deſcendentib.* videatur hæredibus vtriuſque in ſolidum facta cõceſſio

feudi:

feudi: Ex quo ſumi poteſt argumentũ, multò magis conceſſum videri ipſis principalibus in ſolidum ipſum feudum, quia ipſi magis dilecti ſunt, & chari domino cõcedenti, quàm hæredes eorum, ideoq; magis eis conſulere dominus voluiſſe exiſtimandus eſt, quàm alijs.

Fundamentum autem poſterioris ſententiæ in hoc eſt poſitum, quod verba illa; *Et cuiuſlibet eorum*, ad hęredes tantùm referantur, & cõſequenter non ad ipſos, quibus feudum conceditur, Ideo in illis regula iuris obtinet, ſit locus non vt iuri accreſcendi.

Sed hanc ſnĩam magis mihi perſuadet argumentum, quo vſus eſt D. Cephalus pceptor meus. Cùm feudũ conceditur duobus puta Titio & Sẽpronio, conceſſum videri pro rata & virili portione. arg. l. Reos. §. Cũ in tabulis. ff. de duob. reis. l. 1. C ſi plures vna ſenten. l. ſi mihi, & Titio. ff. de verb. obli. Cõſequenter illa verba *Et cuiuſlibet eorum hæredibus*, hunc ſenſum inducere, vt & hæredibus eorum pro rata eadem ac virili portione feudũ acquiratur, quia ex perſona hæredis non mutatur cauſa obligationis, ſed eadem manet, l. 2. § Ex his. ff. de verb. oblig.

Argumentum contrariæ ſnĩæ locum haberet, ſi conſtaret, per illa verba, quemlibet hęredum in ſolidum vocari ad feudum, ſed hoc valdè dubiũ eſt. Nam verba illa, *Cuiuſlibet eorum*, non attribuuntur vnicuiq; in ſolidum, ſed ſecundùm naturã ipſius cõceſſionis factæ, vt videlicet, quilibet hæres obtineat partẽ authoris ſui in feudo.

CAPVT LXV.

De meliorationibus & ſumptibus in rem feudalem factis à vaſallo, quomodo, feudo ad dominum reuerſo, eorum ratio habenda ſit.

AIt tex. in cap. 1. §. Si vaſallus. tit. Hic finitur lex, & conſuetudines Regni incipiunt: *Si vaſallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipſum ſua pecunia meliorauerit: & contigerit poſteà vt vaſallus ſine filio maſculo decedat: dominus aut patiatur ædificium auferri, aut ſoluat precium meliorationis.* Iam controuerſia eſt circa preciũ meliorationis, an taxari debeat ſecũdùm æſtimationem ædificij & meliorationis (*eo ſcilicet vſque duntaxat, quo fundus precioſior factus eſt, et ſi plus precij fundo acceſſit, ſolum quod impenſum*, iuxta l. In fundo 39. ff. de rei vend.) an verò ſecundùm æſtimationem ipſorum ruderum, & materiæ ita ablatæ, vt videre licet ex Baldo in d. §. Si vaſallus, & in c. 1. §. Si quis de manſo, de cõtrouerſ. inueſt. Berono quęſtione famil. 96. Claro. §. Feudum. q. 88. verſ. Sed quæro. Rolandus à Valle in cõſi. 28. nu. 10. lib. 1. Tiraquell. de retract. Conuent. Gloſ. 7. §. 1. nu. 6. Ludolphó Schradero de feudis, par. 2. 9. partis, ſectione 2. num. 93. Hartmanno Piſtoris q. 42. lib. 2. parte poſteriori.

Fundamentum eorum, qui putant æſtimanda eſſe rudera, poſitum eſt in l. In fundo. ff. de rei vend. in illis verbis: *Conſtituimus verò, vt ſi paratus ſit dominus tantũ dare, quantum habiturus eſſet poſſeſſor, ijs rebus ablatis, fiat ei poteſtas.* Et ratio eſt, quia non plus intereſt poſſeſſoris; alioquin dominus permittet ędificiũ auferri: quo ablatò nil amplius obtinebit: Et videtur eſſe optima proportio inter hæc duo, quæ ſunt in electione domini, vt nimirũ vel patiatur ædificium tolli, vel ſoluat æſtimationem ruderum, hoc eſt materiæ ædificij ſeorſim conſideratæ. Talis proportio non eſt inter ſumptum ipſum meliorationis ſiue ædificij, & patientiam illam, vt tollatur ędificiũ: quia maior ſine dubio eſt ſumptus ædificij, quàm æſtimatio ruderum, quæ ſublato ædificio vendi poſſunt.

Contrariæ autem ſnĩæ fundamentum eſt in verbis dicti §. Si vaſallus, quib. disertè cauetur vel dñm pati debere, vt ædificium tollatur, vel preciũ meliorationis ſoluere. Non enim text. dicit, ſoluendum eſſe pretium ruderum, ſed meliorationis: Eſt autem melioratio, ipſum ædificium, vti nunc eſt, conſideratũ, non vt deſtructum

A in ruderibus apparet. Ad l. In fundo, reſpondent, illã loqui in bonę fidei poſſeſſore, non autem in eo, qui ab ipſo rei domino cauſam habet, ſicuti vaſallus: is enim videtur plus iuris habere conſequendi eiuſmodi expenſas.

Ego verò hanc cõtrouerſiam dirimendã eſſe puto ex reſponſo d. l. In fundo, ſeruata. Celſi illius diſtinctione, vt ſi tale ſit ædificium, qđ dñs eſſet facturus, quia diues erat, & facilè illud facere poterat, & veriſimiliter feciſſet: tũc ſoluendum ſit precium meliorationis, non ruderum, vt in d. l. In fundo. Cæterùm, ſi dñs ſit pauper, ac proinde tantùm impendere nõ potuiſſet, tũc pati debeat ędificiũ tolli, vel ſoluere precium ipſorum ruderum, ſed Celſum audiamus: *In fundo alieno, quem imprudens emeras, ſi ædificaſti aut conſeuiſti, deinde euincitur; bonus iudex variè ex perſonis, cauſiſq; conſtituet. Finge & dominum eadem facturum fuiſſe: reddat impẽſam, vt fundum recipiat, eo vſq; duntaxat, quo pretior factus eſt, & ſi plus fundi precio acB ceſſit ſolum quod impenſum eſt. Finge pauperẽ, qui ſi reddere id cogatur, laribus, ſepulchris auitis carendũ habeat, ſufficiet tibi permitti tollere ex his rebus, quæ poſſis: dum ita ne deterior ſit fundus, quàm ſi initio non foret ædificatũ: Conſtituimus verò, vt ſi paratus ſit dominus tantũ dare, quantum habiturus eſſet poſſeſſor, ijs rebus ablatis, fiat illi poteſtas.*

Nil moror differentiam illam inter vaſallum & bonę fidei poſſeſſorem, quia in vtroq; eadem æquitatis ratio viget: licet enim vaſallus à domino cauſam habeat, & bonæ fidei poſſeſſor non item; quid hoc ad ſumptuum rationem facit? cùm abſq; omni dubitatione ſumptuum deductio bonæ fidei poſſeſſori cõcedatur, quia ſe dominum putat, & in percipiẽdis fructibus idem iuris, quod dominus habet. l. Qui ſcit. §. Porrò. ff. de vſuris?

Magis mouet quod textus feudiſticus non adhibuit hanc diſtinctionem: ſed quid vetat eam adhibere, cùm res ſit dubia, nec verba in feudis ita ſint generalia ac pręciſa, vt interpretationem excludant quæ ex legibus fit, C ex bono & æquo? quod enim omiſſum eſt in feudis, ſupplendum eſt ex iure noſtro, c. 1. de feudi cogni.

CAPVT LXVI.

Poſſitne Epiſcopus ſolus, abſq; cõſenſu Capituli, in feudum dare rem ad ſe reuerſam, infeudari ſolitam?

REm ſolitam infeudari ad Epiſcopum reuerſam, vtrum à ſolo Epiſcopo in feudum dari poſſit, abſque conſenſu Capituli, non eſt eadem omnium ſententia. Diſtinguendum multi putant; vtrum res communis ſit Epiſcopo & Capitulo, & conſequenter eius conceſſio ſimul ad Epiſcopum & Capitulum pertineat, an verò ad Epiſcopum ſolum. Priore caſu non poſſe Epiſcopum ſolum infeudare arbitrantur: Poſteriore autẽ caſu poſſe. Alij diD cũt indiſtinctè ſubinfeudari poſſe ab Epiſcopo ſolo, abſque cõſenſu Capituli. Vide Baldum, Afflictũ, & alios interpretes in c. 1. de his qui feudũ dare poſſunt, Curtium iuniorem de feudis, in 2. parte in princ. in 2. quęſt. Ludolphum Schraderum de feudis, par. 2. c. 4. nu. 17.

Prioris ſententiæ ratio eſt manifeſta, quia ſi res communis eſt Epiſcopo & Capitulo, iuris rationi non eſt conſentaneum, vt Epiſcopus ſolus de ea aliquid decernat abſque conſenſu Capituli. Neq; enim de re aliena quiſquam rectè diſponit, abſque domini conſenſu.

Fundamentum contrariæ ſententiæ eſt in cap. ſecundo de feudis, ibi. *Feudum decedentis liberè, ſi videris expedire, concedas.* Sed hoc non eſt ita accipiendum, vt proinde liceat Epiſcopo, rem ſibi & Capitulo communem, liberè concedere, abſque conſenſu Capituli: Non enim ſummus Pontifex ibi de hac facti ſpecie loquitur; in qua ſcilicet res communis eſt Capitulo, & rectè intelligi id poteſt, *liberè concedas*, ſcilicet vel ſolus, ſi conceſſio ad ſe ſolum ſpectat, vel adhibito conſenſu Capituli, ſi res ad Capitulum quoque ſpectat. Denique ex

vno verbo generali non licet Summi Pontificis reſponſum ita exaudire, vt rationi repugnet & legi. Concludo igitur, eorum ſniam, qui diſtinguunt an res communis ſit Epiſcopi & Capituli, necne, vt priore caſu etiã Capituli conſenſus requiratur, poſteriori autem ſolus Epiſcopus eam in feudum dare poſſit, probabiliorem videri.

CAPVT LXVII.

Quid requiratur, vt res dicatur ſolida in feudum dari, & primò circa tempus.

VAriatum quoq; ſententijs eſt, qñ res Eccleſiaſtica dicatur ſolida in feudũ dari. Prima opinio fuit, requiri tp̃s, cuius initij memoria non extet, vt refert Gloſ. in c.1. in verſ. Antiquitus. de his qui feu. dare poſſ. Argm̃ eſt illud quod tex. ibi dicit: *Feudum dare poſſunt Archiepiſcopus, Epiſcopus, Abbas, Abbatiſſa, Prepoſitus, ſi antiquitus conſuetudo eorum fuerit feudum dare*. Et idẽ verbum B *antiquitus* repetitũ eſt in c.1. Epiſcopum vel Abbat. &c.

Secũda eſt opinio, requiri tempus triginta annorum, vt refert Glo. loco proximè citato. Adſtipulatur hic ſententiæ, quod hoc videtur tempus longiſſimum, & ſufficiens ad preſcriptionem cuiuſcunque iuris. l. Sicut. C. de Præſcrip. 30. vel 40. annor.

Tertia eſt opinio Iacobi Beluiſij. And. Iſer. & Iacopi. in verb. in feudũ. nu. 37. Zaſij par. 5. nu. 52. requiri ſpatiũ annorũ quadraginta, qm̃ ad præſcribendas res Eccleſiaſticas idem tempus requiritur, vt in d. c. de Quart. de Preſcript. & in Nouell. Hæc conſtitutio innouat conſt. 1 1 1. ex qua ſumitur auth. Quas actiones. C. de ſacroſ. Eccleſ.

Quarta fuit ſnia Baldi, ita diſtinguentis. Aut talis conſuetudo feudum dandi damnoſa eſt Eccleſię, & tunc requiritur ſpatiũ tp̃is, cuius initij memoria non extet. Aut Eccleſiæ vtilis eſt, & triginta anni ſufficient. Aut nõ conC ſtat an ſit vtilis vel damnoſa, & tunc requirũtur quadraginta anni. Ita Bal. in d. c. 1. nu. 8. de his qui feu. dare poſ.

Priori membro ſuffragatur, quòd vulgò dr̃, tanti temporis præſcriptionẽ vim, habere priuilegij. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff de aqua quot. & æſtiua. l. 1. §. vlt. & in l. In ſumma. §. Varus. ff. de aqua plu. arcen. c. Super quibuſdam. §. Preterea. de verb. ſign. c. 1. de Præſcript. lib. 6.

Alteri ſuffragatur, quod hic nõ agitur de Præſcriptione rerum Eccleſiaſticarum, ſed de conſuetudine inducenda, ex cõſenſu quodam Eccleſiæ, quod triginta annis optimè colligitur.

Poſtremo denique membro diſtinctionis Baldi fauet regula iuris, quæ annorum quadraginta ſpatium in reb. Eccleſiæ præſcribendis requirit, d. cap. De quarta. & d. Auth. quas actiones.

Quinta fuit aliorum ſententia, decem annos ſufficere, quia longa cõſuetudo inducitur decennio. argum. l. vlt. D C. de emancip. libero.

Sexta fuit ſnia Curtij iunioris de feudis, parte 2. poſt nu. 7. verſ. *Idcirco omnibus rectè penſatis*, diſtinguendũ eſſe, vtrũ ab initio res Eccleſiaſtica in feudũ data ſit abſque iuris ſolennibus, & tunc requiratur tempus hoĩum memoriam excedens, arg. c. 1. de Præſcript. lib. 6. An verò ab initio data ſit adhibitis ſolennibus, & tunc abſque vlle tp̃is curſu res dicatur ſolida in feudum dari, ac proinde ſi ad Eccleſiã reuertatur, Prælatus eam liberè, ſi viderit expedire, in feudũ dare poterit, arg. c. 2. de feudis.

Poſtrema eſt ſententia Ludolphi Schraderi de feudis, parte 4. cap. 2. num. 25. is amplectitur ſententiam Curtij iunioris, in dictis duobus caſibus, quando videlicet rem ab initio ſolenniter in feudum datam fuiſſe, vel minus ſolenniter conſtat, vt priore caſu nullus temporis curſus requiratur, poſteriore verò tempus hoĩum memoriam excedens neceſſarium ſit, eiſdem argumentis quæ attulit Curtius iunior: Cęterùm ſi non conſtet, vtrum ab initio res fuerit in feudum data, ſolennibus adhibitis neç A ue, putat ille requiri ſpatium quadraginta annorum.

In tanto opinionũ conflictu ipſe opinor, non erraturum eum, qui hãc rem nullo iure deciſam, arbitrio prudentis iudicis cõmittendam exiſtimauerit. arg. l. 1. ff de iure delib. l. 1. ff. de effractorib. Nã & cũ quæritur, quanto tp̃e conſuetudo introducta obfirmetur, eorũ ſnia valet, qui nullum certum tempus præfiniunt, & id iudicantis arbitrio committunt, vt declarat Menoch. de arbitr. iud. caſu 38. nu. 6. Si tñ aliquid certi ſtatuendum ſit, eorum ſniam iuri magis proximè accedere iudico, qui annorũ quadraginta curriculum exigunt, argumento ſumpto ex c. 5. de præbend. lib. 6 vbi ſum. Pontif. *Cùm de beneficio Eccleſiaſtico*, inquit, *conſueto clericis ſecularibus aſſignari, prouideri mandatur, de illo debet intelligi, quod tanto tempore ab vno, vel pluribus ſecularibus clericis inſtitutis in eo rectoribus extitit continuè ac pacificè gubernatum, vt præſcriptio legitima ſit completa*. Præſcriptio aũt legitima rerum Eccleſiaſticarum eſt quadraginta annorum, B c. De quarta. de Præſcript. d. Auth. Quas actiones. Et licet res in feudũ præſcribatur annis triginta, vt habetur in c. 1. §. Si quis per triginta, ſi de feudo fuerit cõtrouerſ. tñ id locum habere intelligitur in priuatis, nõ autem in Eccleſia, pp iuris regulam generalem, in Eccleſia requirẽtem ſpatium annorũ quadraginta, vt declarat optimè Bald. de Præſcript. 4. parte 4. partis princ. quæſt. 12. verſ. Primò igitur quæro, nu. 4. & Zaſius parte 6. nu. 31.

Reliquæ aliæ opiniones nullo firmo nituntur fundamento. Prima enim fruſtrà requirit ſpatium temporis memoriam excedentis, cùm ſufficiãt quadraginta anni ad conſuetudinem & præſcriptionem inducendam.

Secunda opinio, non rectè moderatur tempus ad triginta annorum ſpatiũ, ex l. ſicut, quia maius tempus nimirum 40. annorum ad res Eccleſiarum præſcribendas conſtitutum eſt.

Tertia opinio non rectè docet in primo & ſecundo C membro, quia ſi modò res antiquitus conſueta ſit in feudum dari ab Eccleſiæ prælato, poterit Epiſcopus in feudum dare, vt in d. c. 1. de his qui feud. dare poſſ. vbi illud non diſcutitur, an Eccleſię ſit illa conceſſio vtilis vel dãnoſa. Nec enim ſi minus expedierit Eccleſiæ, prælatus dabit rem ad ſe reuerſam in feudum, memor eius quod ſum. Pontif. monet in d. c. 2. de feudis, *ſi videris expedire*, quare fruſtrà illius temporis, quod memoriã hominum excedat, in priori membro præſidium imploratur. In ſecundo autem membro, nec vlla temporis præſcriptio neceſſaria eſt, cùm in vtilitatem Eccleſiæ res cedat. arg. d. c. 2. de feudis, & dato quod neceſſaria eſſet, illa nõ trigennalis, ſed quadraginta annorum neceſſaria foret.

Quinta ſententia malo nititur fundamento in l. vlt. C. de emanci. liber. quia text. ille non loquitur de longa conſuetudine, circa res Eccleſiaſticas. Noſtra quæſtio de re Eccleſiaſtica, antiquitus in feudum dari ſolita, quare nihil obſtat.

D Sexta & ſeptima opinio fruſtrà requirit tempus memoriam hominum excedens. fruſtra diſtinguit, vbi lex nullam diſtinctionem requirit. Nam nil aliud lex requirit, quàm vt *conſuetudo antiquitus fuerit feudum dare*. d. c. 2. de his qui feud. dare p̃nt: Sicut aũt tp̃e quadragenario inducitur preſcriptio contra Eccleſiam, ita meritò conſuetudo induci poterit feudum dandi, ſi Eccleſiarũ prelati per annos quadraginta feudum dederint.

CAPVT LXVIII.

Quot requirantur actus, ad inducendam infeudandi conſuetudinem.

ALtera eſt controuerſia, quot requirantur actus ad conſuetudinem inducendam in propoſita quæſtione, vt Epiſcopus ſiue Prælatus Eccleſiæ rem in feudũ dare poſſit. Binum actum requiri ac ſufficere authores ſunt multi, Zaſius de feudis

parte

parte 5.nu.52.Iacopin.in ver.in feudum.nu.37.Afflic.in c.1.nu.17.de bis qui feu.dare poſ.Nullam verò legẽ habent hoc dicentem;Nam l.3.C.de Epiſc.aud. opponit quidem delictum ſemel commiſſum, conſuetudini delinquendi, ſed non docet conſuetudinem ex bino actu generaliter induci. Obſtarent enim fortaſſe leges, quæ frequentiam actuum requirunt.l.1.C.quæ ſit longa conſuetu.l.3.C.de ædif.priua.

Alij igitur dixerunt,ſufficere vnum actum ſolennem, videlicet rẽ in feudum ſemel datam eſſe ab Eccleſię prelato ſolennibus adhibitis,ita Cur.iun.in 2.par.feud.q.3. Ludolphus Schraderus de feudis,par.4.c.2.nu.25.Fundamentum eſt in c.2.de feudis,vbi Summus Põtifex Epiſcopo licere ſcribit,rem ad Eccleſiam reuerſam, alij in feudum dare: Non requirit Summus Pontifex multos actus,ſed vnum tantùm,qui ſolennis pręſumitur.Quod ſi non conſtet, vtrum prima conceſſio in feudum ab Eccleſia facta fuerit ſolenniter;tunc nihilominus conſuetudinem ad hunc effectum induci Ludolphus ſcribit, ſi lapſi fuerint anni quadraginta:quia ex huius temporis lõgiſſimi lapſu,ſolennia iuris præſumenda ſunt.

B Cæterum Iacob.Menoch.de arbit.iud.caſu 81.nu.5. non putat vnum actum ſufficere,quantumuis ſolẽnem, quia tex.in c.2.de feudis,etſi nihil de actuum pluralitate dicat,nõ concludit tamen vnum ſufficere: Exiſtimat ergo totum hoc arbitrio iudicis eſſe relinquendum.

Ego in hac quæſtione ſic ſtatuo.Quandoquidem iure definita non eſt, iudicis arbitrio committẽdam eſſe arg. l.1.C.quæ ſit lon.cõſue.ibi: *Præſes prouinciæ probatis his, quæ in oppido frequenter in eodem controuerſiarum genere ſeruata ſunt, cauſa cognita ſtatuet*. Sed ſi ſemel fuerit in feudum res data ſolenniter, non video cur Prælatus Eccleſiæ nõ poſſit rem ad Eccleſiam reuerſam in feudum rurſus dare,ſi viderit expedire,vt loquitur Summus Põtifex in d.c.2.de feudis.Etſi enim non declaret ibi Pontifex maximus,vnum actũ ſolennem ſufficere; id tamen ipſius menti valde cõgruit,& iuris cõſonat rationi,quia C cùm ſolẽnitates iuris in ea conceſſione ſemel adhibitæ ſunt, ex eo manifeſtum eſt,& vtilẽ Eccleſiæ fuiſſe & neceſſariam:Quare ſi iterum expediat,nil proponi video, cur Prælatus nequeat eam rem in feudum concedere.

Si verò non conſtet primum actum ſolennem fuiſſe, non parum momẽti habebit tempus longiſſimum,cum eo coniunctum 40.annorum:licet nõ negauerim ex iteratione rem clariorem reddi.

CAPVT LXIX.

Princeps caſtrũ cum iuriſdictione in feudum concedens, an videatur etiam cum mero & mixto imperio cõcedere.

GRauis eſt cõtrouerſia inter doct.vtrum ſi caſtrũ cum iuriſdictione in feudũ à Principe concedatur,etiã merum & mixtum imperiũ conceſſum videatur.Aliqui affirmãt:Aliqui D negant.Alij aliis atq; aliis diſtinctionib.vtũtur.Vide Io.And.ad Spec.tit.de Iuriſd.om.iud.Oldrad. conſ.252.Caſtr.conſ.187.nu.4.lib.2.Alex.conſ.35.lib.4. Pariſ.conſ.8.nu.5.& conſ.9.nu.12.lib.1. Felyn.& Alcia. in c.Quod ſedem,nu.27. de off.ord.Iaſonem,Cagnolũ, Deci.Curt.iuni.Longouallium, & alios ad l.Imperium, ff.de iuriſd.om.iud.Couar.pract.quæſt.c.1.nu.10. Menochium de Præſumpt.lib.3.præſum.97.nu.15.& ſeq. Rolan.conſ.42.48.lib.2.

Ego ne diu ſuſpenſum teneam lectorem in hac facti ſpecie, merum & mixtum imperium in vaſallum tranſire non dubito.Fundamentum meum eſt,quia beneficiũ principis latiſſimè interpretandum eſt.l.pen.ff.de conſt. princ.Sed iuriſdictio latiſſimè ſumpta,comprehendit & merum & mixtum imperium. Ergo merum & mixtum imperium,conceſſa iuriſdictione, videtur conceſſum.

Aſſumptio probatur ex l.1.ff.de off.eius cui mand.eſt A iuriſd.ibi: *Iuriſdictionem ſuam mand.* Illa enim verba de mero imperio accipienda ſunt,& in §.Iuſiurandum, in Auth.de defenſ.ciuit.ibi: *Præter illa ſola quæ iuriſdictione egent, & ex ipſa iudicum authoritate pendent*. Vbi Glo. *Iuriſdictione*, inquit, *ſcilicet maiori, vt merum imperium vel mixtum*.

Primũ argm̃ contrariæ ſñiæ eſt ex l.1. ff.de off.eius. l. Solet,ff.de off.proconſ.& lega.l.Nemo poteſt gladij, de reg.iur.cum ſimil.quibus declaratur merum imperium delegari non poſſe: Reſpondeo,eas leges loqui de magiſtratib.non aũt de principe, quem certum eſt cauſas meri imperij delegare poſſe:magiſtratus autẽ non poſſunt, quibus ſpecialiter legibus,vel ſenatuſconſultis, vel Principum conſtitutionibus demandatur,vt in d.l.1.

Secundum argumentum eſt ex l.Si in aliquam,7.ff.de off.procõſ.& leg. *Cùm pleniſſimam autem iuriſdictionem proconſul habeat omnium partes,qui Romæ quaſi magiſtratus,vel extra ordinem ius dicunt,ad ipſum pertinent*. Ergo aliter dicendum videtur,ſi non pleniſſima iuriſdictio ſit B conceſſa. Reſpondeo.negando conſequentiã:Etſi.n.pleniſſima iuriſdictio plus contineat, & vbi illa cõceditur, res ſit magis perſpicua,nihil tñ prohibet,quominus idẽ reſpondendũ ſit, vbi iuriſdictio conceditur ſimpliciter.

Tertium arg.ſumi põt ex l.vlt.ff.de off.eius,cui mãd. eſt iuriſ. *Mandata iuriſdictione priuato etiam imperium, quod non eſt merum,videtur mandari, &c.* Reſpondeo, non loqui de iuriſdictione à principe mãdata, quia illa cùm latiſſimè interpretãda ſit,etiam merum imperium continebit:vt.ſ.in eum ſit tranſlatum;cui iuriſdictio cõceſſa eſt,non etiam vt ipſe delegare alteri queat.

Quartum arg.merum imperium eſt ex regalib.cap.1, Quæ ſint rega. ibi: *Mulctarum pœnarumq; compendia*. Ergo in vaſallum non tranſit,niſi nominatim fuerit conceſſum,arg.c.Quod ſedem,de off.lega. Reſpondeo,hic nominatim conceſſum videri cùm iuriſdictio ſit cõceſſa,vt patet ex d.c.1. ibi: *Poteſtas creandorum magiſtratuum ad iuſtitiam expediendam*, ponitur inter regalia. C Iuriſdictionem autem habens, videtur in conſequentiã habere poteſtatem conſtituendorum magiſtratuum, l. Imperium,in fine,ff.de iuriſd.om.iud.

CAPVT LXX.

Si vaſallus de caſtro inueſtitus ſit à Principe, cum iuriſdictione meroq; et mixto imperio, an habeat ius confiſcandi,ideſt, compendium & emolumentum pœnæ confiſcationis?

CAſtro in feudum dato, cum iuriſdictione meroq; & mixto imperio, etiam ius confiſcandi conceſſum videri plurimi quidẽ affirmant, ſed nulli rectè probant. Affirmant enim Iacopin.in verſ.Cum mero & D mixto imperio,nu.8.9.Egidius Boſſius tit. de regal.nu. 15.Guido Papæ deciſ.76.Brun.conſ.31.in 2.Natta conſ. 240.nu.5.Rolan.à Valle,conſ.78.lib.2. Martin.Garatus Laudenſis conſ.37.& ibi latè in additionibus:nouiſſimè alios citans M.Ant.Peregri.de iure fiſci, lib.1.tit.de his, qui habent iura fiſcalia,nu.89.cum ſeq.Ludolph.Schrader.de feud. ſectio.3.par.10.nu.92.

Probare aũt id conantur duobus potiſſimum argumẽtis.Primum eſt,quia merum imperium latè patet ex ſententia Bart.& aliorum,in l.imperium.ff. de iuriſ.om.iu. Nam aliquot gradus ij conſtituunt, & docent confiſcationes ad primũ eius gradum pertinere: ergo vaſallus, qui merum & mixtum imperium habet, ius confiſcandi habere videtur,tanquam pertinens ad merum imperium,& præcipua illius pars atq; poteſtas.

Alterum eſt argm̃, quoniam vaſallus ita de caſtro inueſtitus conſequi debet emolumenta omnia, & fructus qui ex caſtro & ex iuriſdictione,ac merò mixtoque imperio percipi poſſunt.Habet enim vtile dominium feudi.

di. Pęnæ autem, mulctæ, confiſcationes, videtur eſſe fructus, qui ex iuriſdictione & imperio proficiſcuntur: Ergo ad ipſum vaſallum pertinere videntur.

Sed quod attinet ad primum argumentum, illud ſolidum ac firmũ eſſet, ſi conſtaret confiſcandi ius ita pertinere ad merũ imperium, vt omnis qui merum imperiũ habet, ius confiſcandi habere diceretur: quaſi ius confiſcandi mero imperio annexum ſit, vel pars eius ſiue gradus dici poſſit. Sed non eſt ita: quia ius confiſcandi eſt vnum ex regalib. & iurib. fiſcalibus, quæ principi reſeruata ſunt; & ideo non tranſit in vaſallum, niſi ſpecialiter ei concedatur, arg. c. Quod ſedem, de off. leg.

Et hic eſt error, mea ſnīa, confundere iura fiſcalia, quę & regalia ſiue regaliæ dicuntur, cum mero imperio: cũ hæc ſoli principi cõpetant, illud autem etiam magiſtratibus competat. Hinc manifeſtum eſt, magiſtratus merũ imperium habere, non tamen ius confiſcandi, hoc eſt, ſibi attribuendi bona confiſcata, vt poſt Cumanum declarat Boſſius, & nemo dubitat, in tit. de regaliis, nu. 15. Ergo & in vaſallis idem reſponderi poteſt, niſi doceant ſibi fiſcalia conceſſa fuiſſe. B

Nec ridiculum eſt (quicquid contra exiſtimet Boſſius loco annotato) affirmare, vaſallum exercitiũ habere iuriſdictionis, meriq; & mixti imperij, veruntamen pęnas & confiſcationes non habere: licet enim inueſtitura illũ conſtituat procuratorem in rem ſuam, vt ipſe loquitur, non tamen ei tribuit fiſcalia iura. Quare tanquam vaſallus ac iure proprio iuriſdictionem exercebit, non etiam regalia iura ſibi vendicabit.

At inquit Rolan. à Valle, d. conſ. 78. nu. 9. Cõceſſo mero imperio, videtur etiam conceſſa bonorum publicatio, arg. l. 2. C. de bonis vac. lib. 10.

Sed nullũ præſtat arg. illa lex. Impetator Conſtant. *Si quando annotationes noſtræ contineãt poſſeſſionẽ ſiue domũ, quam donauerimus integro ſtatu donatã, hoc verbo ea vis continebitur, quã ante conſcribebamus cũ adiacentib. & mãcipiis. & pecorib. & fructib. & omni iure ſuo, vt ea quæ ad inſtructum poſſeſſionis vel domus pertinent, tradenda ſint.* C

Quid hæc quæſo cum re noſtra?

Subdit idẽ Rolan. *vaſallus æquiparatur habenti iuriſdictionẽ in dominio & adminiſtratione, c. 1. §. Si miniſteriales, de pace te. Sed trãſlato mero imperio, ĩ adminiſtratione intelligitur ẽi tranſlata confiſcatio. l. 1. C. ne ſine iuſſu, &c.*

Si miniſteriales, inquit lex, *alicuius domini inter ſe guerram habuerint, comes ſiue iudex in cuius regimine eam fecerint, per leges & iudicia ex ratione perſequatur*. Quid hæc ad Rhombum?

Imperator Theodoſ. *Nulli iudicum liceat (exceptis iis, quos in ſumma adminiſtrationis poſiti ſunt poteſtate) proſcriptionis tempeſtate totius ſubſtantiæ aliquem percellere, niſi ad noſtras aures hoc ipſum referatur.* Hic nullum verbum vide pro argumento Rolandi.

Sed is ita pergit, *quia caſtrum eſt donatarii, Ergo et emolumentum confiſcationis, quod ex eo procedit. l. Solum. §. Meum. ff. de rei vend. Et quia ſibi data eſt poteſtas in perſonis, fortius in rebus. l. 2. §. 2. C. de agentib. in reb. lib. 12.* D

Ad primum, nego cõſequentiam, & ratio negationis eſt quia vaſallus habet quidem vtile dominium caſtri, merum mixtumq; imperium, ſed non habet regalia & fiſcalia iura: illa enim principi reſeruata eſſe videntur, niſi in vaſallũ nominatim transferantur, quia pertinent ad principem, nec ſunt annexa mero imperio.

Ad ſecundum, iterum conſequentiam nego, ratio negationis eſt, quia poteſtas animaduertendi in facinoroſos mero imperio continetur, l. Imperium, ff. de Iuriſdi. Poteſtas verò confiſcandi non continetur, quia pertinet ad principẽ. Vaſallus quidem pęnam confiſcationis ſtatuere poteſt, cùm punire delinquentes poſſit, nõ autem ſibi bona confiſcata applicare, eaq; occupare: quia compendia confiſcationum, inter regalia numerantur.

Illa verò lex malè citatur à Rolando: Voluit citare. l. 4. Vbi Impera. Zeno: *Abſurdum eſt n.* inquit, *vt in eius*

A *ſalutem vel exiſtimationem valeat quiſquam proferre ſententiam cuius de nullare poſſit pecuniaria iudicare* Hoc argumentum vaſallo in quæſtione noſtra obiici non põt, quia & de re pecuniaria, & de pęna ſanguinis & confiſcationis iudicare poterit, ſed non ſibi poterit pęnam, fiſcalia iura non habens, arrogare.

Alterũ arg. eſt, ꝙ pęnæ & confiſcationes bonorũ fructus ſint iuriſdõnis. Rñdeo, hãc propoſitionem eſſe Bar. in l. vlt. ff. ſol. mat. & multorũ aliorũ, quos Tiraq. cõmemorat de retract. conuen. §. 5. Glo. 4. nu. 21. ſed abſolutè verã non eſſe, nulla lege, nulla rõne probari, quia confiſcationis pęnã, & alias pęnas irrogat quidem is, qui merum habet imperium, ſed eius cõpendia & emolumenta ad principem ſpectant, quia ſunt regalia & principi reſeruata, vt in d. c. 1. quæ ſint regaliæ. Ergo ad alios non ſpectant, iis exceptis, quibus ipſe ſpecialiter conceſſerit.

Cõtrariam igitur ſententiam, quam poſt alios, quos adducit (licet pauci eorum fideliter citentur) ſecutus eſt B Afflict. in d. c. 1. verſ. Condemnatorum, num. 39. quæ ſint regalia, & ipſe amplector, eo argumento vſus, quod iura fiſcalia diſtinguenda ſint à iuriſdictione, & mero imperio, non autem ita temerè, & abſq; vlla veterum legũ authoritate confundenda. Si quis verò communem ſententiam, vſu fortè receptam ſequi maluerit, lata erit via vt verbis vtar Phocylidis apud Plutarchum.

CAPVT LXXI.

Quando res Eccleſiaſtica in feudum dari ſolita, efficiatur de menſa Eccleſiæ, & proinde non poſſit amplius infeudari, niſi ſolennibus adhibitis.

SEd rurſus controuertitur; ſi res eccleſiaſtica in feudum dari ſolita ſit, & ad Eccleſiam reuertatur, quid requiratur, vt de menſa Eccleſiæ efficiatur, vt proinde in feudum amplius dari non C poſſit. Hanc quæſtionem latè Curt. iunior exequitur de feudis, p. 2. q. 5. & latiùs diligentiusq; Menoch. de arbi. iud. caſu 433. & in conſ. 79. lib. 1. & de præſumpt. lib. 6. præſumpt. 87. Zaſius p. 5. nu. 49. Ludolph. Schrader. p. 4. c. 2. nu. 24. Intellexi ex his cõem eſſe ſnĩam ex tacita vel expreſſa declaratione prælati rem cenſeri applicatam menſæ Eccleſiæ, ex doctrina Bar. in l. vlt. C. de bon. vac. lib. 10. Sed contrarium docuiſſe Io. Imol. in c. Vt ſuper, poſt nu. 7. de reb. eccl. non alie. eo argumento, quod nõ ſit in poteſtate Prælati mutare ſtatum rei Eccleſiaſticæ: cui argumento ſatisfactum hactenus non eſt, licet nõ negauerim, textum, quem citat Imolenſis, ad rem non pertinere, in c. Cùm de beneficio, de præben. lib. 6.

Res, mea ſententia, ſic ſe habet. Ex l. vlt. C. de bo. vac. lib. 10. in qua fundm̃ habeat Bar. ſnĩa, vnum illud colligi poteſt, quo pacto res applicari menſę Epiſcopi poſſit, quia formam illa lex continet, quã res fiſco applicãtur. & l. 3. eod. tit. Cæterùm, an Prælatus poſſit ita declarãdo D efficere, vt res mutet ſtatum ſuum, ne amplius in feudũ dari poſſit, non rectè quis dixerit, illis legibus declarari aut colligi poſſe. Non rectè etiam adfertur pro eadem ſententia tex. in d. c. Vt ſuper, de reb. eccl. non alien. quia ſummus Pontifex non declarat ibi, an res effecta ſit de menſa, ſed ait, *Siue intelligantur de menſa, ſiue non, vt non alienentur conſultius exiſtimamus.*

Non puto Epiſcopi declarationem tacitè vel expreſſam impedire, ne res in feudum dari poſſit, ſecundum antiquam conſuetudinem, ſi Prælatus viderit expedire, vt loquitur tex. in c. 2. de feud. *Quia nemo poteſt ſibi eam legem imponere, vt à priore voluntate ei recedere non liceat.* l. Si quis in princ. de legat. 3. Et multò minus ſucceſſori ſuo legem eiuſmodi poteſt imponere. arg. cap. Innotuit, de elect. ibi: *Qui ſucceſſoribus ſuis nullum potuit in hac parte præiudicium generare par poſt eum, imò eadem poteſtate functuris, cùm non habeat imperium par in parem, &c.* & Gloſſ. ibi adducit concordantes textus.

Quid

Quid ergo? Nihil eſt tam naturale, q̃ vnumquodque ſolui eo vinculo quo ligatũ eſt. l. Nihil tam naturale. de reg. iur. c. 1. eod. tit. Cùm itaque Eccleſię conſuetudo eſt in feudum dandi res alienas, contraria conſuetudine ad eam tollendam opus erit, quæ requirit longum tempus, nec ſufficit ſemel vel bis contrarium actum eſſe. Et hoc eſt, quod dicitur: *Temporaria permutatio ius prouinciæ nõ innouat.* l. Nemo. 164. §. Temporaria. de reg. iur. Et ita doctores tradunt. Conſuetudinem tolli eo modo quo inducta fuit, nimirum per contrariam conſuetudinem. Vide Decium & Cagnol. in d. §. Temporaria. Quare in propoſita quæſtione ſic concludo, rem in feudum antiquitus dari ſolitã, ad Eccleſiam reuerſam, tunc cenſeri de menſa Eccleſiæ effectam, ad hunc effectum, vt deinceps dari non poſſit, niſi ſolennibus adhibitis; cùm per cõtrariam conſuetudinem in feudum dari deſierit, & ſolita longo tempore fuerit à Prælato retineri.

CAPVT LXXII.

Vtrum Prælatus Eccleſię laicis in feudum concedere poſſit decimas ad Eccleſiam reuerſas, ante Concilium Lateranenſe concedi ſolitas?

VEra & cõis ſniã eſt, non licere Epõ laicis in feudum concedere decimas ad Eccleſiam reuerſas ante Concilium Lateranenſe ſolitas cõcedi, quia Cõcilij Lateranenſis prohibitio generalis eſt, ne laicis decimæ concedãtur. c. Prohibemus. c. Quãuis. de decimis. c. ad Apoſtolicã. de his quæ fiunt à Prælatis ſine conſenſu Capituli. c. 2. §. Sanè. de decim. lib. 6. & alibi. Ita docuerunt Io. And. in d. c. Prohibemus, & ibidẽ quoq; Panor. Calder. conſ. 1. tit. de feudis. Curtius iunior de feudis, par. 2. q. 8. Zaſius de feudis, par. 3. nu. 25. Couar. lib. 1. variar. reſol. cap. 17. nu. 5. verſ. Pręter hæc. alios citat Menochius de Præſumpt. lib. 6. Præſump. 86. poſt nu. 3.

Cõtrarium docuit Cardinalis Florẽt. in c. 2. de feudis, Gloſſ. in c. Prohibemus, & alij quos commemorant Curtius iunior, Couar. & Menoch. locis proximè citatis.

Fundamentum eſt in c. 2. de feudis, vbi res ad Eccleſiam reuerſa poteſt in feudum dari. Reſpondetur, excipiẽdas eſſe decimas: quia decimæ ſpecialiter in feudum prohibentur dari poſt Concilium Lateranenſe.

Secundò, quia Lateranenſe Concilium prohibet decimas laicis dari in feudum de nouo, antea enim conceſſas non aufert. Non videntur aũt nouiter dari decimæ, quæ olim datæ ſunt ante Concilium Lateranenſe, ſed potius continuari. Reſpondetur, cùm decimæ proponãtur ad Eccleſiam reuerſæ, & conſequenter Prælatus eas retinere poſſit, & nemini dare; ſi alijs dederit, noua potius conceſſio videri poteſt, quàm antiqua. Argumentum autem procedit, cùm dãtur decimæ alijs ſucceſſoribus eorum, quibus competebant, ante Concilium Lateranenſe, ibi cõtinuatio eſt: in hac noſtra facti ſpecie noua, eaque voluntaria conceſſio, ideo irritanda ac reprobãda, quæ reprobatur & prohibetur Concilio ſupradicto.

CAPVT LXXIII.

Feudo ad dominum reuerſo propter lineam finitam, vtrum dominus teneatur proximioribus agnatis illud concedere.

DOminum teneri proximioribus agnatis feudum ad ſe reuerſum ob lineam finitam ex æquitate concedere, non pauci, neq; obſcuri nominis dixerunt. Vide Clarum, §. Feudum. q. 87. D. meum Cephalum conſi. 173. num. 18. & 197. num. 19. lib. 1. Andr. Geyll. lib. 2. obſeru. 148. Argumenta huius ſententiæ eadem ſunt, quæ retuli ac refutaui de emphyteuſi loquens lib. 1. Cõtrouerſiarum iuris, cap. C. Ea igitur huc adferre ſuperſedeo; illud A monens, me contrariam ſententiam ſequi, quam & multi habuerunt apud Andr. Geyll. loco annot. commemorati, & fundamentum meum eſt, quoniam nullus textus proferri poteſt pro contrariæ ſententiæ confirmatione. Nulla iuris ratio illi ſuffragatur, imò refragatur multũ. Nam dominus quiſquis eſt rei ſuæ, moderator & arbiter. Nemo tenetur beneficium alteri conferre: Nemo conijcere ſe in aliquam obligationem & contractum. Nemo cogitur rem ſuam vendere, multò minus donare vel gratis conferre. Res eſt ſatis perſpicua.

Authoritas Doctorum multum valet, ſed non contra iuris rationem: Et iam ſtudium noſtrum eſt, iuris fontes inquirere, non opinionum riuulos ſectari: ex legum fundamentis, non ex authorum numero controuerſias definire ac explicare.

B

CAPVT LXXIV.

Feudum dare, an cuilibet rerum ſuarum domino ſit permiſſum?

NOn tam diſcenda, quàm non eſt omittenda cõtrouerſia illa, an quilibet, ẽt ruſticus res ſuas in feudum dare poſſit. Affirmat enim Baldus in c. 1. in verbo Marchio, poſt nu. 8. de his qui feud. dare poſſint. Zaſius de feudis, par. 5. nu. 31. Schraderus par. 4. c. 1. nu. 57. Ab ijs non auſus eſt recedere Curtius iunior de feudis, par. 2. q. 4. licet contrariam ſniãm iuri magis conſonam cognouerit, q̃ antiquorũ aliqui ſecuti fuere. Ego verò an ſim eam ſequi; Hoc. n. mihi in his controuerſijs tractandis propoſitum eſt, vt iuri magis cõſentaneas ſnĩas amplectar. Alioqui fruſtrà diſſeritur, fruſtra in quæſtionẽ hęc vocantur.

Fundamentum eſt in eo ſatis firmum, quod ſi omnes C etiam ignobiles & ruſtici poſſent res in feudũ dare, non ita diligenter tractandum fuerat, de his qui feudum dare poſſunt, in c. 1. de his qui feu. dare poſſunt. Inter quos præter eccleſiaſticas pſonas, Marchiones, Comites, Regni valuaſores, ſiue Capitanei numerantur. Sed & minimi valuaſores, qui videlicet ab iſtis feuda accipiunt, dare poſſunt, vt in c. 1. de Natura feudi. Ruſticis aũt & omnibus alijs priuatis hominibus, indifferenter idem ius competere nõ inuenio, niſi quis proponat minimos valuaſores, quos diximus feuda dare poſſe, ruſticos eſſe.

Fundamentum autem communis ſententiæ poſitum eſt in c. 1. Per quos fiat inueſtitura. Ait textus: *Non verò inueſtitura feudi non ab alio rectè fit, niſi ab eo qui legitimè ſuorum bonorum adminiſtrationem habet.*

Concedo hoc requiri, vt qui feudum dare vult, legitimam bonorum ſuorum adminiſtrationem habeat, nõ enim minor 25. annis poſſet dare, vel ſimiles, ſed non inD de efficitur, omnes qui legitimè bonorum ſuorum adminiſtrationem habent, feudum dare poſſe: Poteſt enim aliunde impedimentum eſſe, nimirum ſi is, qui dare feudum velit, habilis non ſit, ac idoneus ad dandum.

CAPVT LXXV.

Filiorum appellatione in feudis, an contineantur nepotes?

COntrouerſia eſt, Cuidam feudum conceſſum eſt pro ſe & filijs ſuis, vtrum ẽt nepotib. videatur cõceſſum? Negant Salicet. in l. 2. C. de iure emphyt. 21. q. & Io. Imolenſis ad l. Quod dicitur. ff. de verb. obl. quos refert & ſequitur Alex. in cõſ. 204. nu. 7. & 8. lib. 2. alios citat Gabrielius lib. 6. tit. de verb. ſig. cõcl. 1. nu. 17.

Fundamentũ eſt, quia in cõtractibus verba ſunt propriè accipiẽda. l. Ex ea. §. In Inſulam. l. Quicquid adſtringendæ. ff. de verb. oblig. ſed propriè nepotes differunt à

filijs

filijs. Aliter enim filij, aliter nepotes appellantur.6.ff.de teſtam.tutela.

Contrarium docent alij Doctores communiter. Vide Curtium iuniorem, de feudis, par.2.poſt 7.q. verſ.Circa hãc materiam, Gabrielium loco annotato, nu.16. Hipp. Riminal.conſ.18.nu.45.& 38.nu.5.lib.1. & hãc ſequor: & omiſſis friuolis argumentis, moueor ex l.penul. ff.de conſtit.Princip.vbi dicitur, beneficia quàm latiſſimè interpretanda eſſe: ſed feudum eſt beneficium.c.1.§.vlt.in quib.cauſ.feu.amittatur, vbi ponitur definitio feudi, & dicitur eſſe beneficium, &c. Ergo latiſſimè interpretari debet. Hæc eſt autem iuſta interpretatio, vt filiorum appellatione nepotes contineantur. l.Iuſta. l.Filij appellatione. l.Liberorum.ff.de verb.ſigni.vbi Calliſtratus: *Neque enim dulciore nomine poſſumus nepotes noſtros, quàm filij appellare, &c.*

Ad argumentum contrariæ ſententiæ reſponderi poteſt, negando feudum eſſe contractum: etſi enim multi id affirment, pauci tamen, imò nulli probãt, vt ſuprà diſſerui, c.1. Decepti fortè eam ob cauſam, quod feudum licet beneficium ſit, videtur tamen quandam ſpeciem cõtractus cõtinere, propter obligationem vaſalli & domini; Non rectè, quia hæc ſunt à contractibus diſtinguẽda: ſicut & non rectè inter contractus quandoque donatio numeratur: Si enim vim obligationis reſpiciamus, etiam beneficia, priuilegia, mandata Principum, gratięque inter contractus referenda ſunt, quia obligant: Debet ſpectari id quod eſt præcipuũ in actu, & ex eo denominatio ſumi. Eſt aũt in feudis, in donationibus & ſimilib. pręcipua liberalitas, gratia, beneficẽtia: Igitur hæc ſpectãda ſunt, non id quod exigitur ab eo, in quem confertur.

CAPVT LXXVI.

Vtrum in feudis poſſit alter alteri ſtipulari.

Video etiam controuerſiam inter Doctores eſſe, vtrum in feudis poſſit alter alteri ſtipulari. Etenim cõmunior ſnĩa docet, poſſe fratrem fratri ſuo ſtipulari, authoritate tex.in cap.1.§.Et quia vidimus.de his qui feud.dare poſ. & in c.1.de beneſ.fratris, in c.1.de duob.fratrib. de nouo beneſ.inueſtit.c.de duob. fratrib.à capitaneo inueſti.in c.2. de feudo Marchiæ, in c.1.§.vlt.de ſucceſ.feu.Ita docent Bald. & Salic.ad l.vlt. C.res inter alios actas, & multi alij, quos refert Antonius Gabrielius lib.3.cõmu.cõcl.tit.de ver.obl.cõcl.1.nu.22.

Sed contrariũ Iaſon docuit in l.Si mihi, & Titio.nu.3. de verb.obl.Curtius iunior in tract.feud.par.2.§.Secunda cadit. alios citat Antonius Gabrielius loco proximè citato. quorum fundamentum eſt, quia nullo textu feudali contraria ſentẽtia comprobetur, & iuris regula ſit, neminem alteri ſtipulari poſſe.l.Stipulatio iſta. §.Alteri, ff. de verb.obl. Iuris autem communis regula etiam in feudis obſeruari debet, quoties diuerſum iure feudali conſtitutum non eſt, c.1.de feudi cognit.

Ad textus pro cõi allegatos rñdent non ſatis probare, quia non dicunt fratrem fratri ſuo feudum ſtipulari poſſe: ſed fratrem fratri in feudo ſuccedere ex pacto inueſtituræ, cùm ſcilicet dominus feudum ſub ea conditione ac forma conceſſit; quare id non procedere aiunt ex fratris ſtipulatione, ſed ex dñi conceſſione ac ordinatione; Omnes enim fratres præſentes erant in caſibus, de quibus loquũtur dicti textus, nec vnus alteri ſtipulatus eſt.

Ego puto, hanc controuerſiam ſedari poſſe & cõponi hac adhibita diſtinctione: Aut quæritur, an frater fratri ſuo ſtipulari poſſit purè ac ſimpliciter, & nõ poteſt propter iuris regulam, quæ docet, alteri neminem poſſe ſtipulari, quam in feudis ſublatam eſſe non conſtat: Nec enim eam ceſſare in feudis demonſtrant teſtimonia pro communiori ſententia relata. Aut quæſtio eſt, an poſſit frater ita paciſci cum domino in fauorem fratris ſui,

A atque adeò fratri ſuo ſtipulari, vt poſt mortem ſuam frater ſuccedat in feudo, & puto nihil proponi, cur non poſſit. Id enim manifeſtè probat tex.in cap.1. de beneſ.fratris, &c. illis verbis: *Frater nõ ſuccedat fratri, ſed dominus habeat, niſi per inueſtituram à domino ordinatum fuerit, vt frater ſuccedat fratri, ſi mortuus fuerit ſine hærede maſculo, vel ſuccedat frater fratri morienti ſine filio, &c.*

Nec dici poteſt, textum loqui qñ fratribus feudum eſt conceſſum præſentibus & ſtipulantibus, quia ſubijcit text. alios caſus, in quibus frater ſuccedit fratri, & inter alios illum caſum, quãdo feudum vtriuſque nomine acquiſitum eſt: ex quo ſumitur argumẽtum, ſuperiora verba pertinere etiam ad illum caſum, quo frater ita feudũ acquiſiuit, vt poſt mortem ſuam frater ſuccederet.

Confirmatur hæc ſnĩa, quia valet conceſſio feudi alicui facta per ſe, & quibus dederit c.1.de feudo non habẽte propriã naturã feudi. Ergo multò magis valere debet, eo modo facta, vt poſt mortẽ fratris frater ſuccedat.

B Et licet negari nõ poſſit, quin fratri poſt mortem fratris, ius acquiratur ex domini conceſſione, & ordinatione, id tamen non impedit, quo minus etiã acquiri ex fratris ſtipulatione videatur. Cõcurrit enim in cõmodum fratris ſtipulatio & domini conceſſio, & quamuis ex ſola dñi voluntate ius fratri acquiri poſt mortẽ fratris poſſit, ſi videlicet ita feudum concederet alicui, vt in eo ſuccederet frater, non tamen aliter eſt reſpondendum, cùm etiam frater ita conſentit, & paciſcitur, vt velit poſt mortem ſuam fratri quoque ſuo proſpectum eſſe.

Denique poteſt hæc ſententia confirmari ex l.Publica.ff.depoſiti, ibi. *Cæterum, ſi aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex altero marito meo ſuſcepi,* ſcilicet reſtitues, & ex l.3.C.de donat.quæ ſub modo.

CAPVT LXXVII.

C *Vtrum pater vſumfructum bonorum feudalium filij, quem in poteſtate habet, ſibi vendicare poſſit.*

ETiam bonorum feudalium vſumfructũ, filij in poteſtate exiſtentis, ad patrẽ ſpectare docet Bal.ad l.Cùm oportet.C.de bonis, quæ liberis.Curtius iun.de feud.p.3.§ Expedito.poſt num.46.D.Fridericus Schenck. de feud.par.7.nu.8. Quorũ illud eſt fundm̃, quia in cæteris bonis aduentitijs ita iure cõſtitutũ eſt, vt pr̃ vſumfructũ, filius habeat proprietatẽ.l.1.C.de bonis mater.d.l.Cùm oportet.C.de bonis quę lib. Idẽ igit̃ & in feudis recipiẽdum; qm̃ ẽt in feudis iure cõi vtimur: præterquã in illis caſibus, in quibus aliter feudali iure cõſtitutum eſt. Nullibi verò conſtitutum eſt contrarium, nimirum vſumfructum bonorum feudalium patri non deberi.

Huc accedat, quod fructus à ſolo ſeparati allodiales ſunt, non tamen feudales, ita probat tex. in c.1: An agna-

D tus vel filius, &c. ibi: *Sed in fructibus, ſi quos reliquit, &c.* Ergo idem eſt de illis ſtatuendum, quod de rebus allodialibus; in quibus vt dictum eſt, abſque controuerſia pater vſumfructum habet regulariter.

Sed contrariũ docuerunt Bald. in c Si duo. de duob. fratrib.de nouo beneſ.inueſt.& ibid. Martinus Laudenſis & Præpoſitus, nec non Afflictus num.16. Iſernia in c.1.Qui feud.dare poſſ. Idem Afflict.in c.1.de alien.feudi pater.Roland. à Valle in conſ.71.nu.65.lib.2.Ludolphus Schraderus de feudis, par.7.c.6.num.6.Borgninus Caualcanus de vſufructu mulieris relicto. poſt num.79. verſ.Hinc eſt, quod pater, &c. & iſti alios citant, ex quibus colligitur, hanc eſſe communiorem ſententiam.

Primũ argm̃ eſt, quia feudũ vr̃ eſſe quãdã ſpecies ſeruitutis. Quamobrẽ, ſi patri vſusfructus acquireretur, ſeruitus ſeruitutis cõſtitueret̃ contra l. 1. ff.de vſufr. legato

Scdm̃ argm̃ eſt, qm̃ pater filio non ſuccedit in feudo. c.1.de ſucceſſ.feudi. Ergo nec vſumfructũ habet. ex reg. l.Quæ legata.de reg.iur. *Quæ legata mortuis nobis ad hæredita-*

reditatem noſtram tranſeũt, eorum commodum per nos iis, in quorum poteſtate ſumus, eodem caſu acquirimus, &c. A

Tertium argumẽtum eſt, quia feudum datur ad hoc; vt vaſallus fideliter domino ſeruiat, c. 1. in fine, in quib. cauſis feudum amittatur. Ergo vſusfructus apud ipſum vaſallum manere debet; non autẽ patri acquiri, qui nullum præſtare ſeruitium tenetur.

Hæc profectò non eſt parui momenti difficultas, ego ſic ſtatuo, ſi feudũ à Principe donatũ ſit filiofam., nullũ dubiũ eſſe, quin pater ab vſufructu arceatur, ex l. Cùm multa. C. de bonis quæ liberis, & idem prorſus qñ feudũ ex caſtrenſi, vel quaſi caſtrẽſi peculio procedit: quia in his filiusfam. pro patrefamilias habet, & nihil patri acquiritur d. l. Cùm oportet. Ceterùm, in alijs caſibus non parũ ſollicitus ſum, quomodo communis ſentẽtia rectè defendi poſſit, quia *feudum eſt beneficiũ, quod ex beneuolentia ita datur alicui, vt proprietas quidem, &c. penes dantem remaneat. vſusfructus verò illius rei ad accipiẽtẽ tranſeat, &c.* B Sed ſi vſusfructus filiofam. relinquatur, certũ eſt patri adquiri, §. vlt. C. de vſufr. Cur igitur nõ acquiratur & feudi cõmoditas atq; adeò vſusfructus? Tãdem quia vrgent argumẽta cõmunioris ſentẽtiæ, ego ſic cõcludo, non acquiri vſumfructũ feudi patri, ſi nõ cõmodè vaſallus poſſet dño ĩſeruire, carẽs eiuſmodi cõmoditate vſusfructus; Verũ ſi poſſet, nihil proponi video, cur ius patriæ poteſtatis ſuum effectum ſortiri nõ debeat, etiam in feudis. Nam quod dicitur, ſeruitutis ſeruitutem nõ eſſe, aliter accipiẽdum eſt, & quod attinet ad vſumfructum, iam conſtat ex d. l. vlt. C. de vſufr. illud axioma nõ rectè applicari, ſiquidẽ filiofam. relictus vſusfructus acquiratur patri. Feudum verò quid aliud tribuit vaſallo, quàm vſumfructum proprietate penes dominum manente? vt in d. c. 1. ad finem, in quib. cauſ. feu. amittatur.

Quod verò attinet ad reg. l. Quæ legata. de reg. iur. illa nihil facit ad rem noſtram, non. n. hũc habet ſenſum, vt in illis bonis, in quibus pater filio non ſuccedit, nec ẽt C vſumfructũ habere poſſit, ſed hic eſt ſenſus, legata pura, vel in diẽ certum, quia ad hæredẽ tranſmittuntur, patri etiam eorum commodum acquiri. Ceterùm, legata conditionalia, quia ad hæredẽ non tranſmittuntur, patri nõ acquiri, ſed ipſi ſeruo, ſi tempore purificatæ conditionis iuris ſui fuerit. *Aliter*, inquit tex. *atque cùm ſtipulati ſumus: Nã & ſub conditione ſtipulantes omnino eis acquirimus, etiãſi libertate nobis præſtita à dominis conditio exiſtat.* Non igitur ad rem noſtrã pertinet, præſertim cùm non verſemur in legatis, ſed potius in ſtipulationibus.

Ad poſtremum argumẽtum quod attinet, illud nihil obeſt ſententię noſtrę. Iam enim diximus, ſi grauetur in ea re filiusfam. vt non poſſit commodè ſeruire domino, ſecundum feudi leges & conditiones, nõ debere vſufructu carere, quia hoc tacitè, vel inter partes actũ vr, vel vt actũ fuiſſe intelligatur, æquũ profectò mihi videtur, nec dantis & accipientis feudum intentio defraudetur. D

CAPVT LXXVIII.

An in dotem feudum dari poſſit, ſine conſenſu domini?

De duobus video inter omnes cõuenire, & de tribus cõtrouerſiã eſſe. Primò conuenit, feudũ à patre nomine filię, vel ab alio in feudũ dari nõ poſſe: ſic enim expreſsè cõſtitutum eſt in c. 1. §. Donare. qualiter olim feudũ poterat alien. *Donare autẽ, aut iudicare pro anima, aut in dotẽ pro filia dare nullius curiæ poterat cõſuetudine, &c.* Secũdò, inter oẽs cõſtat, filiã poſſe feudũ inæſtimatum, & ſine pacto de lucrãdo viro ſuo in feudũ dare pro tẽpore vitæ ſuæ, ex c. 1. de inueſtitura, q̃ Titius accepit à Sẽpronio, ib. *Ipſa à domino inueſtita fuit, & feudũ in dotẽ dedit, q̃rebatur ſi ad maritũ ſucceſſio feudi pertineat, reſpõſum eſt, nõ pertinere.* Et ex c. 1. de eo q̃ ſibi & hæredib. ſuis maſculis & fœmin. ibi. *Hæc marito paternũ feudũ in dotẽ dedit, &c.*

A Controuerſia eſt autem primò, an etiã pater pro filia in dotem dare poſſit feudum pro tẽpore vitæ ſuæ inæſtimatum, & ſine pacto de lucrando. Nam Rota Romana reſpondit poſſe, deciſ. 199. Pater poteſt in nouis. Curtius iunior de feudis, nu. 93. verſ. Quarto principaliter ꝙ. Felinus in c. Quæ in Eccleſiarum, nu. 75. de cõſtit. Iaſon in Auth. Res quæ, nu. 26. C. cõmu. de legatis. Hieronym. Schurff. conſ. 23. nu. 5. lib. 1.

Fundamẽtũ eſt in c. Nuper, de don. inter vir. & vxor. & quia vr eadem ratio in patre quæ in filia, cùm detur duntaxat pro tẽpore vitæ, & vaſallo mortuo ad alios feudum pertineat, & ita tex. accipiendus eſt in d. §. donare.

Sed cõtrarium docuit Ludolphus Schraderus de feudis par. 8. c. 1. nu. 33. verſ. Similiter vera non eſt, vbi malè citat Zaſium, par. 9. nu. 8. Sed non malè Iacopinum in verbo, ita etiam quod ipſi vaſalli, nu. 17.

Mouetur primò, qm̃ tex. in d. §. Donare. generaliter B negat patri licere feudũ pro filia ĩ dotẽ dare. Deinde, q̃a ſi contraria ſententia vera eſſet, deberet intelligi, quãdo pater feudũ in dotẽ daret in perpetuũ & abſolutè, vt etiã poſt mortem ſuam maneret in dote; quod prorſus indubitatum eſſet. Cui enim dubium eſſe poteſt, patri id permiſſum non fore? Cùm plus iuris in alium nemo tranſferre poſſit, quàm ipſe habeat. l. Traditio. ff. de acq. rer. dom. Tertiò, quia ſi cõtraria ſẽtẽtia recipiatur, nõ erit hoc ſpecialiter conſtitutum in fauorem mulieris, vt feudum pro ſe dare in dotẽ poſſit: quia etiam pater poterit.

Ego video textum, quo prior ſententia nititur, in d. c. Nuper, loqui de patre dante pro ſe vxori ſuæ feudũ, ex cauſa donationis propter nuptias: & conſequenter nullum textum video, qui priori ſententiæ adſtipuletur. Verumtamen ei calculum non ſubtraho meum, qui eadem prorſus ratio eſt in patre dãte feudũ in dotem pro filia, quæ in ipſomet dante feudũ vxori ſuę donationis cauſa, vel in filia pro ſe dante. Obſeruandum enim eſt, hũc C caſum, de quo nunc diſputamus, omiſſum eſſe à iuris conditoribus: & ideò ex regulis ac pręceptis iuris decidendũ.

Cautũ eſt, patrẽ nõ poſſe feudũ in dotẽ dare pro filia, quia dos datur, vt deſeruiat oneribus matrimonij. l. Pro onerib. C. de iure dotiũ. Fieri autẽ põt, vt pater moriatur antę obitũ filiæ vel generi ſui, quamobrẽ feudũ ad dñm reuerteretur, vel ad agnatos, & filia et gener excluſi eſſent, & dote carerẽt. Cùm verò filia pro ſe feudũ dat in dotẽ, nõ procedit hæc ratio: quia ſi ipſa moriatur, matrimoniũ ceſſat; & dos à marito reſtituenda eſt, itaq; nullũ abſurdũ ſequitur. Ideo nihil prohibet, filiã dare poſſe pro ſe feudũ ĩ dotẽ. Illud poſſet tũc obſtare, q̃d prohibita ſit alienatio feudi, ſine cõſenſu dñi: ſed non vr alienari feudum à muliere. l. In reb. C. de iure dotium, ibi. *Cũ & eadem res, & ab initio vxoris fuerint, & naturaliter in eius permanſerint dominio, &c.* Eadem ratio eſt cùm pater dat feudũ vxori ſuæ, de qua ſpecie text. loquitur in d. c. Nuper.

D Cæterùm ſi proponatur, generũ accepiſſe feudum à ſocero filiæ nomine in dotẽ, ea lege, vt cõmoditatem tãtùm fructuum, vſq; ad mortem ſoceri perciperet, nihil proponi video, cur id fieri nõ poſſit. Neq; enim eſt hæc alienatio feudi, quia nullum ius reale in generum trãſfertur, ſed pſonale ius, quod ſocer habet, fructus percipiẽdi ex feudo, donec vixerit. l. Si vſusfructus. ff. de iure doti. vbi *Res ipſa quidem vt remaneat penes maritum, perceptio autem fructuum ad mulierem pertineat.*

Secundò controuerſia eſt, an pater feudum in dotem pro filia dare poſſit, etiã vltra tempus vitæ ſuæ, quando non eſt temporale feudum, ſed perpetuum. Etenim Alexander in conſ. 28. ad finẽ lib. 5. exiſtimat poſſe & ſequitur Afflictus in d. § Donare, poſt nu. 26. Fundamentum eſt, in tex. à contrario ſenſu, d. cap. Nuper, de dona. inter vir. & vxor. ibi enim dicit, tex. mortuo patre feudum datum in dotem non manere, *quia nullus plus iuris in alium transferre poteſt, quàm conſtet eum habere.* Ergo ſi ius patris morte non extinguatur, aliter reſpondendum erit.

Cõtrariũ docet Ludolphus, loco proximè citato poſt nu. 33.

nu.33.argumento,d.§.Donare. vbi text.generaliter negat,patrem poſſe feudum in dotem pro filia dare,conſequenter accipiendus eſt de omni feudo,tam perpetuo, quàm temporali.

Huic ſententiæ & ipſe aſſentior,ſed alia ratione,quia ſcilicet alienatio feudi prohibita eſt in c.Imperialem.de prohib.feudi,aliena,per Frideric,& alibi. Qui ergo poterit pater feudum in dotem dando alienare?

Nec mouet argumentum ex d.c. Nuper, quia locum habet quantum ad hunc effectum, vt pater poſſit in dotem abſolutè dare, atque adeo in perpetuum alienare feudum, ſcilicet ſi aliunde non ſit impedimentum, & conſequenter ſi dominus conſentiat.

Tertiò controuertitur, an ſi pater alia bona non habeat,quàm feudalia, ea poſſit in dotem dare pro filia? Negat Iaſon, Baldum ſecutus in Auth. Res quæ,nu.26. C.commu.de legatis.& cum ijs Schraderus loco proximè citato,nu.34. verſ.Eodem modo. Fundamentum eſt in d.§.Donare,ex quo colligitur,nec pro anima feudum poſſe relinqui, nec pro neceſſitate famis, & generaliter non poſſe etiam in dotem dari à patre.

Contrarium docet Afflictus in d.§.Donare.nu.19. Pariſius conſ.16.nu.32.lib.4.& alij apud Schraderum vbi ſuprà,moti ex fauore dotis.l.1.ff.ſol.mat,propter quam aliàs alienari prohibita, poſſunt alienari, vt in d. Auth. Res quæ,C.comm.de leg. Sic & res pupillorum alienari non poſſunt, tamen in dotem dari poſſunt.l. Lex quæ tutores, C.de admin.tutor.

Sed nihil mouet hoc argumentum. Fateri enim oportet,ſi nulla ſint alia bona patris,dotē ex feudo conſtituendam eſſe, quam rem luculenter explicat Hartmannus Piſtorius,q.37.lib.2,par,poſteriori,ſed nō abſq; dñi conſenſu, quem in hoc in caſu conſentire oportet, ne mulier maneat indotata, niſi aliunde congruam ei dotem aſſignari,vel ex fructibus feudi, vel aliter proſpexerit.

CAPVT LXXIX.

Poſſitne vaſallus, abſque conſenſu domini, feudi vſumfructum alij cedere?

COmmunis eſt & vera Doctorum ſñia, vaſallum abſq; cōſenſu dñi feudi vſumfructum nō poſſe alienare, ita Glo.in c.1.§. Præterea.de capitulis Corradi.Clarus §. Feodum.q.37.in fine. Curt.iun.communem dicit,par.4.q.15.Iaſ.in l.3.§.Ex contrario.nu.66.ff.de acq.poſſ.Auguſt.Berous q.93.Fundamentum eſt firmiſſimū,quia lege prohibetur feudi alienatio,abſque conſenſu domini,c.Imperialem.de proh. feudi alien.per Fridericum.Prohibita verò alienatione rei,prohibetur etiam vſusfructus datio.Iuſtinianus.*Sancimus ſiue lex alienationem inhibuerit,ſiue teſtator hoc fecerit,&c. non ſolum dominij alienationem,& mancipiorum manumiſſionem eſſe prohibendam, ſed & vſusfructus dationem,&c.* l.vlt. C.de reb.alienis non alienan.

Difficultatem facit tex.in c.1.§. Quid ergo.de inueſt. de re aliena facta,vbi text. *Quid ergo,* inquit, *ſi precio vel dolo, aut incuria ſeruitutem rei beneficiariæ imponi patiatur,&c. an ex eo præiudicium domino generetur, quæſitum fuit:& reſponſum eſt,vt vaſallo quidem donec feudum tenet, poſſit obeſſe domino autem,&c. minimè noceat.*

Si poteſt ſeruitutem cōſtituere in ſui præiudicium vaſallus,miratur Curtius iunior, loco ſuprà annotato, cur non & vſumfructum alienare poſſit? præſertim cùm alienare prohibitus,nec ſeruitutem imponere poſſit, vt in d.l.vlt. C.de reb.alien. non alienan. Suſpicatur ergo textum in d.§. Quid ergo, corrigi ex d.c. Imperialem.

Cæterùm,Afflictus in cap.1.§.Præterea.num.5. & 6. de capitulis Corradi, in eam ſententiam inclinare videtur, quod vaſallus etiam in vſuſfructu præiudicare ſibi poſſit, donec viuet.

A Pinellus denique ad l.1.C.de bonis mater. par.3. poſt nu.71,exiſtimat, vaſallum alienare poſſe vſumfructum, ſicut & aliam ſeruitutem in feudo conſtituere poteſt, ita vt maneat donec durauerit ius conſtituentis, & non incurrat pœnam conſtitutam in d.c.Imperialem.

Ego verò ſic ſtatuo, illos omnes rectè forſitan ſentire,ſed nō ſatis rectè loqui. Nam ſciendum eſt,vaſallum alienare poſſe commoditatem,& vſum feudi,abſq; conſenſu domini,hoc eſt, alij cedere fructus & commoda, ita vt nullum ius in rem transferatur,ſed perſonalis duntaxat actio. Iſta enim non eſt alienatio rei, ſed longè ab ea differt;quamobrem nihil proponitur,cur valere non poſſit,licet alienatio feudi non valeat.arg.l. In ædibus.§. 1.ff.de donatio,l.Codicillis.§.Inſtituto.de leg.2.Alex.in conſ.18.nu.6.7.8.lib.7. Soc. ſenior de regalijs verba faciens in conſ.7.lib.3.Boſſius de regalijs,num.55. Schraderus parte 8.cap.1.nu.12.Clarus §.Feudum.quæſt.31. verſ.ſucceſſiuè quæro.

B Ergo quod dicitur, vaſallum poſſe in ſui præiudicium, & donec vixerit, & durauerit ius illius, alienare vſumfructum, rectè dicitur, ſi nihil aliud intelligatur, quàm perſonalis illa commoditas fructuum,quam vaſallus habet; ſecus ſi ius in rem intelligatur à vaſallo transferri, quia ea eſt alienatio,conſequenter lege prohibita abſq; domini conſenſu.

Sed dubium reſtat, cur ſeruitutem conſtituere poteſt,vt in d.§. Quid ergo? Reſpondeo,non eſt conſtitutio vera ſeruitutis,ſed perſonalis quædā patientia, quam præſtat vaſallus, per quam nullum ius in rem propriè acquiritur alieni, ſed hoc ius tantùm acquiritur, vt inuito vaſallo vti poſſit ſeruitute, quaſi ille obligatus ſit ad præſtandam patientiam, quamobrem illud ius reſoluitur, reſoluto iure vaſalli. Ex quo apparet non eſſe ius reale,ſed perſonale, quod cū perſona extinguitur, quale ius etiam quantum ad vſusfructus commoditatem

C conſtitui rectè poteſt.

CAPVT LXXX.

Conſenſus Domini,qui requiritur in alienatione feudi, debeatne expreſſus eſſe, vel tacitus ſufficiat.

SI Dominus ſit præſens alienationi feudi,& taceat,nec contradicat,vtrum conſentire videatur, quæſtio controuerſa eſt. Ludouicus Romanus ſing.720. *De ſolemnitate*, negat,adducta Glo.quæ tamen citari ſolet pro contraria ſententia in c. 1 in verſ.Permiſſione, de prohib.feu. alien.poſt Lotharium,& hanc ſententiam veriorem dixit in ſtricta diſputatione Iacopin. à S.Georgio, in verſ. Et cum pacto. de non alienan.nu.20. Eandē ſecutus eſt Afflic.in d.c.1.nu. 45.& multi alij apud Tiraquell.de legib.connubialibus.

D Glo.7.nu.11.& de retractu conſang. §.1. Glo.9.nu.151. vbi tū Felinum allegat,quem non inuenio id dicentem.

Fundamentum huius ſententiæ duplex eſt. Primum, quia conſenſus ex præſentia & patientia,non infertur in ijs,quæ ad obligandum tendunt. l.Qui vas. §.Vetare,ff. de furtis.l.Filiusfam. §.Inuitum. ff.de Procurat. Alterū, quia conſenſus requiritur ad inſtar cuiuſdam authoritatis & licentiæ ad ſolennitatem alienationis, ſiue vt cum noſtris loquar,ad integrādam perſonam vaſalli alienantis, quo caſu non ſufficit tacitus, ſed expreſſus requiritur,vt docet Glo.in clem.1.in verſ. Licentia. de teſtam. & probatur in l.3. ff.de auth.tutor.

Sed contraria ſententia longè communior eſt, nimirum tacitum domini conſenſum ſufficere, ex ſcientia & præſentia alienationi factæ. Vide Curtium iuniorem in 4. parte,nu.137. Zaſius parte 9 nu.31. Iacobum Leonardum inter conſilia Bruni, conſ.114. num. 344.& alios à Tiraquello citatos de retractu conſang.§.1.Glo.9.num. 157. & Ludolphum Schraderum par.8.cap.4.nu.2.

Fundamentum eſt,quia is qui præſens eſt pro conſentiente

tiente habetur quoties contradicendo actum impedire A poteſt, vt docet Glo. in l. Caius. ff. de pig. actio. & hic adferuntur aliquæ leges, quæ ad rem parum faciunt.

Ad argumentum contrariæ opinionis reſpondent, negando cooſeoſum domini requiri pro aothoritate ac ſolennitate, nam dicunt neceſſarium eſſe propter præiudicium domini, ne videlicet directo dominio fiat præiudicium.

Ego didici quæſtionem hanc definiri non poſſe ex ijs legibus, quibus præſens & tacens pro conſentiente habetur, quia hac in re ius varium eſt. Aliquando præſens ac tacens pro conſentiente habetur, vt in l. In Sponſalibus. ff. de Sponſalibus. io l. 5. C. de nupt. Aliquando non habetur. l. Caius. ff. de pig. act. l. Sicut. §. Non videtur. ff. qui. mo. pi. ſol. Contra habetur in l. 1. & in l. 8. C. de remiſſ. pig. Non habetur in l. Tina. 34. de legatis 2. Habetur in l. Sabinus. 28. ff. Communi diui. in l. 4. §. vlt. ff. de fideiuſſ. tut. in l. 2. ff. ad Munic. in l. Honores. 7. §. vlt. ff. de B Decurio. in l. Si tantùm. ff. ad Maced. io l. Quidam. 12. ff. de Euiction. in l. Si fundum. 82. de legatis 1. in l. Impuberis. 13. ff. de author. tut. in l. Labeo. 19. ff. de aq. plu. arcen. Ex quibus patet nullam hac in re tradi poſſe certam regulam ac definitionem.

Quamobrem in quæſtione propoſita, ex ratione legis prohibentis feuda alienari, abſque permiſſu domini petenda definitio eſt. Prohibuit Imperator Lotharius beneficia diſtrahi, ſine permiſſione dominorum, quia comperijt milites beneficia paſſim diſtrahere, *ac ita omnibus exhauſtis ſuorum ſeniorum ſeruitia ſubterfugere, per quod vires imperij maximè attenuatas cognouit, dum proceres, milites ſuos omnibus beneficijs exutos ad feliciſſimam expeditionem nullo modo traducere valebant*, vt in cap. 1. de proh. feud. alien. per Lothar. Idem ſtatuit Fridericus Imperator ob eaſdem querelas, quòd propter alienationem domini, *debita ſeruitia amittebant, & honor Imperij & felicis expeditionis complementum minueretur*, vt in c. C 1. de prohib. feud. alien. per Frider.

Hæc eſt ratio legis: Ergo ſi vaſallus feudum præſente domino, & non contradicente alienauerit, omnia ceſſant incommoda. Primum querela domino nulla eſſe poteſt, qui ſcit & non contradicit. Nec dicere poteſt ſe cõtemptum à vaſallo, quod perpendi ſolet, quando feudum contra Lotharij conſtitutionem alienatur, vt in c. 1. §. Vaſallus. Quæ fuit prima cauſa benef. amitt. Deinde, nullum damnum ſentit: ſcit enim ſe nouum vaſallum habere, & illius opera vti poteſt. Denique, ſeruitia Imperij non diminuuntur, quia præſtari à nouo vaſallo poſſunt ſicut & ab antiquo. Nihil igitur proponi video, cur alienatio valere non debeat, ne contrahentes, qui in bona fide ſunt, & preſente domino celebrant contractum, aſtuto quodam domini ſilentio decipiantur. Simplicitas quippe legibus amica eſt, odio ſubtilitates nimias habent. D

CAPVT LXXXI.

Poſſitne vaſallus, cui dominus dedit poteſtatem feudum alienandi, partem eius alienare?

SI vaſallus à domino licentiam habuerit alienandi feudum, intelligitur habere licentiam totum feudum alienandi. arg. l. Si defenſor. §. Qui interrogatus. ff. de ioterrog. act. Glo. communiter recepta in l. 6. ff. de rei vend. cui adſtipulatur. l. Pupillus. §. vlt. ff. de verb. ſig. Conſequenter etiam partẽ feudi alienare poteſt, quia in toto pars ineſt. l. In toto. de reg. iur. & ex toto rectè ad partem argumentamur. l. Si quis cùm totum. ff. de except. rei iud. Non enim debet cui quod plus eſt licet, quod minus eſt, non licere. l. Non debet. de reg. iuris. Atque ita docuerunt Andreas Iſernia, Aluarotus & Præpoſitus in c. Imperialem. de proh. feudi alien. per Fridericum.

Sed contrarium ſenſit Curtius iunior de feudis, par. 4. nu. 143. & apertè docuit Ludolphus Schraderus, parte 8. cap. 4. num. 15. Marinus Freccia de ſubfeudis, lib. 2. quæſt. 6. Aurelius Corbulus de iure emphy. cap. 12. Ampliatione 3. nom. 6. quibus & ipſe aſſentior. Fundamentum eſt illud, quia domini intereſſe poteſt, vt feudum non diſtrahatur, ac diuidatur inter plures vaſallos: ſicut enim vaſallus nõ cogitur plures dominos agnoſcere. d. cap. Imperialem. §. Præterea ducatus. ita etiam domini intereſſe poteſt, ne plures habeat vaſallos eiuſdem feudi oomine deuinctos, quibus & ipſa contrà obligatus etiam ſit.

Nec obijciat quis, imò iſtud eſſe domino vtilius, quod pro eodem feudo duos vaſallos habeat, namque ſeruitia non ſunt præſtanda ſeparatim à ſingulis vaſallis, eo modo quo ab vno præſtantur, cùm vnum eſt feudum, ſed pro quantitate beneficij moderanda ſunt, Ita vt quilibet vaſallus pro rata, ſeruitia præſtet, vt habetur in extraordinarijs capitulis, apud Cuiacium lib. 4. tit. 77. quẽ locum explicaui ſuprà hoc eodem lib. cap. 54. Quare domini ſæpe intereſſe poteſt, vt vnum ac plenum ſeruitium potius ab vno exigat vaſallo, quàm vt partem exigat ab vno, partem ab altero vaſallo. Et ideo, ſi conſenſum præſtet alienationi totius feudi, non videtur conſentire alienationi partis. Ita ſentio.

CAPVT LXXXII.

Vaſallus an poſſit alienare feudum abſque domini licentia, cùm ei conceſſum eſt pro ſe, & quibus dederit?

EXiſtimo feudum ea forma conceſſum vaſallo, alienari poſſe abſque conſenſu domini, authoritate tex. in cap. 1. de feudo non habente propriam naturam feudi. Sic enim habet: *Si quis ea lege alicui feudum dederit, vt ipſe & ſui heredes; & cui ipſe dederit, habeant. Reſpondeo, iſte qui ſic accepit, poterit id vendere vel donare, vel aliter, ſi ſibi placuerit, etiam ſine voluntate domini alienare, &c.* Et hæc eſt communis Doctorum ſententia. Vide Curtium iuniorem in 4. parte, nu. 141. Decium conſ. 390. nu. 8. Ludolphum Schraderum par. 8. cap. 2. nu. 58.

Contrariom Speculator docuit de emphyteuſi loquens in tit. de locato. §. Nunc de emphyteoſi, quæſt. 94. Alex. conſil. 106. ou. 4. lib. 4. Laurentius Calcaneus latè in conſil. 51. incip. Non eſt dubitandum.

Fundamentum eſt, quoniam illa verba; *Et quibus dederit*, ſecuodùm naturam feudalis conuentionis & obligationis exaudienda ſunt, nimirum, vt feudum nemini detur diſtrahaturve ſine licentia domini. Sic enim iure conſtitutum eſt, vt in c. 1. de prohib. feudi alien. per Lotharium, & in cap. 1. de prohib. feudi alien. per Frider. argum. l. ſi ſtipulatus. ff. de vſur. l. ſi vno. ff. loca. & aliarum legum, quibus probatur verba intelligenda eſſe ſecundùm materiam ſubiectam.

Sed quid opus eſt reſpondere ad illud argumentum, cùm textus, quo communis ſententia nititur, iam apertus ſit? Dic ad illud brocardicum, non debere locum ſibi vendicare, cùm deſertis verbis à natura contractus receſſum eſt. In claris enim non eſt opus coniecturis. Cùm in verbis nulla eſt ambiguitas, non eſt facienda voluntatis quæſtio: Recedendum à verbis non eſt, niſi appareat de contraria mente contrahentium. Contractus, & maximè feudalis, ex conuentione legem accipiunt. Et conuentionis ſiue inueſtituræ tenor naturæ præfertur ipſius feudi. Habes pro confutatione vnius generalis axiomatis, multa alia ad rem noſtram pertinentia, ſed magis inhæreas ſingularibus legum deciſionibus cùm inueniri poſſunt. Sermones enim generales faciliores ſunt: particulares autem ſunt veriores, Ariſtotele teſte.

Rr CAPVT

CAPVT LXXXIII.

Si dominus alienationi feudi ſimpliciter conſentiat, an ſibi, quoad dominium directum, præiudicium faciat,

SI domious ſimpliciter conſentiat alienationi feudi, id eſt, abſque proteſtatione illa, *Saluo iure directi dominii*, ſibi quoad directum dominium, quod habet, præiudicare, nõ obſcuri nominis Doctores ſcriptum reliquerunt. Baldus in l. Dotalem. ff. ſolu, matr, Alexander in conſ. 189. lib. 2. Andr, Iſern, in c. 1, num. 7, qui ſucce, teneant. & ibidem Afflict. nu. 20. Afflictus deciſ. 112. nu. 8. & ibi etiam Vrſil, in add, In eandem ſententiam inclinat Curtius iunior in 4. par, nu. 139.

Sed contrarium docuerunt Zaſius part. 9. nu. 35, Iacopinus in verb. & cum pacto. 1. nu. 19. & multi alij, quos refert & ſequitur Ludolphus Schraderus par. 8, cap. 4. numero 28,

Fundamentum prioris ſententiæ eſt in l. 4. §. 1. ff. quib, mod, pign. vel hypot. ſol, Vlpianus: *Si in venditione pignoris conſenſerit creditor, vel vt debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari, niſi ſalua cauſa pignoris ſui conſenſit, vel venditioni, vel cæteris,*

Fundamentum poſterioris eſt, quia nemo præſumitur iactare ſuum. l. Cùm de indebito. ff. de Probatio. & quia conſenſus domini in alienatione feudi requiritur, vt valeat alienatio, quantum ad ipſum ius, quod vaſallus habet. c. 1. de proh. feudi alien, per Lothar. & c. 1, de proh. feu. alie. per Frider. Ergo non debet in alio nocere domino, nimirum in amiſſione directi dominij. argum, l, Si vnus. §. Ante omnia. ff. de Pactis,

Mihi magis probatur hæc poſterior ſententia, quæ etiam communior eſt, pro cuius confirmatione perpendo, maximum eſſe diſcrimen inter cõſenſum creditoris præſtitum debitori, vt rem oppignoratã vendat, & conſenſum domini vaſallo præſtitũ, vt feudum alienet. Nam feudi alienatio à vaſallo fit ea intentione & mẽte, vt dominium vtile duntaxat in aliũ trãsferat; illud enim duntaxat habet, non autem dominium directum, & eadem eſt intentio alterius contrahentis. Ergo non poteſt videri dominium directum alienatum, quod vaſallus nõ habet, ſed ſolũ vtile quod habet. l. Traditio. ff. de acq. rer. dom. & nota iuris regula eſt, ſemper eſſe ſpectãdũ quod eſt actum inter contrahentes. l. Semper. de regulis iuris. At rei oppignoratæ alienatio à debitore fit, vt omne dominium, quod ipſe habet, in eũ transferatur, cui res alienatur, & quia res trãſit cum ſua cauſa, ideo valet alienatio, & creditori ius hypothecæ ſaluum manet, niſi conſentiat, abſque iuris ſui reſeruatione: Nam ſi ſimpliciter cõſentiat, videtur ius pignoris remittere; ideo, quia nullam aliam ob cauſam conſenſus requirebatur, niſi vt res libera tranſiret ad emptorem, eumve, in quẽ fit alienatio; ſed domini cõſenſus requiritur in feudi alienatione, vt valeat alienatio, quæ alioqui non valet, Ad hæc, ſi creditor conſentiens alienationi rei pignoratæ, renunciare hypothecæ videatur, non tamen amittit ius ſuum; quia ſalua ei manet actio perſonalis aduerſus debitorem, At ſi dominus alienationi feudi cõſentiens, videatur iuri ſuo renunciare, amittet ius ſuũ, nec enim vaſallum amplius habebit, neque feudum. Ergo lata differentia eſt. Denique & Lotharius & Fridericus prohibentes feudum alienari ſine domini licentia, malè domiois conſuluiſſent licentiam dantibus, ſi deberent ius ſuum amittere, niſi cautela illa adhibita, de qua adhibenda nihil ipſi ſtatuerunt, ſtudioſè tamen intenti in eam curam, vt dominis feudorum magis conſultum eſſet ob publicam vtilitatem, & ipſorum Cæſarum ſeruitia & neceſſitates bellicas.

A

CAPVT LXXXIV.

Si vaſallus feudum abſque conſenſu domini alienauerit, & incontinenti recuperauerit, an euadat caducitatis ſiue priuationis pœnam?

VAſallus feudum alienauit abſque conſenſu domini, poſtea ex continenti recuperauit, vtrum incidat in pœnam iure conſtitutam amiſſionis feudi, in controuerſiam vocatur. Nam pœnam eum euadere authores ſunt Afflictus in cap, 1, num. 22. cum ſequentibus. Quid iuris, ſi poſt alienationem factam vaſall. feud. recup. Specul. de emphyteuſi loquens in tit. de locato, quæſtio. 96. Curtius iunior in 4. parte, num. 104. verſ. Secundò limitatur. Zaſius parte 10. num. 4.

Sed contrarium docuerunt Bar. in l. Sequitur. §. Item

B Labeo, ff. de vſucap. Bald. in cap. 1. nu. 3. de prohib. feud. alie. per Frider, Alex. ad l, Si à me. 29. ff. ad leg. Falcid. Iaſ. ad l. vlt. nu. 135. C, de iure emphyt. Ludolph. Schrader. par. 9. cap. 1. nu. 17.

Ego poſteriorem hanc ſententiam amplector authoritate tex. in c. 1. Quid iuris, ſi poſt alie. fact. vaſall. feud. recup. vbi ſic habetur: *Hodie autem, ſi ipſum alienauerit, ſiquidem illicite, licet poſtea recuperauerit, tamen penes ipſum non remanebit, vtpote domino ad quemcunque peruenerit apertum.*

Hic textus ex profeſſo argumẽtum tractat propoſitæ quæſtionis, & clarè decidit, feudum penes vaſallum nõ manere, licet poſtea recuperauerit, Recuperari aũt põt vel incõtinenti, vel ex interuallo, nõ diſtinguit inter recuperationẽ incontinenti, vel ex interuallo factam: quã tñ in re, ſi diuerſum ius erat, æquum fuiſſet diſtinguere.

Sed præſtat argumenta perpendere, quibus contraria nititur ſententia. Primum eſt, ex c. Potuit. de locato, ibi:

C *Niſi celeri ſatisfactione poſtmodum ſibi cõſulere ſtuduiſſet.*

Reſpondeo, illa verba referri ac pertinere ad moram commiſſam in ſolutione canonis emphyteutici, de qua nunc nõ loquimur. Ex qua non rectè ſumitur argumentum contra textum iuris feudalis.

Secundũ eſt ex l. Qui poſſeſſionẽ. 17. ff, de vi & vi arm. Iulianus: *Qui poſſeſſionẽ vi ereptã in ipſo congreſſu recipit, in priſtinã cauſam reuerti potius, quã vi poſſidere intelligendus eſt.* Reſpõdeo, latum eſſe diſcrimen, longè diuerſam rem eſſe, Quid enim peccat ille, qui poſſeſſionem vi ereptam in ipſo congreſſu recipit? Certè nihil, At noſter illicitè facit alienando feudum abſque licentia domini.

Tertium eſt ex l. vlt. §. vlt. C. de bonis quæ liberis. ibi: *Qualis enim vſusfructus poteat ei acquiri, qui momentarius eſſe oſtenditur, &c.* Reſpondeo, vſumfructum quidem, ſiue dominium vtile non acquiri per talem alienationem, quæ momentaria dici poteſt, ſed pœnam ex illicito

D facto non euadere vaſallum, Semel enim commiſſa eſt: quare non poteſt domino auferri ius quæſitum,

Quartum eſt ex l. 3 ff. de diuor. ibi: *Si breui reuerſa eſt vxor, nec diuertiſſe videtur.* Reſpondeo, & hic quoq; nõ videri alienatam rem feudalẽ, quæ breui recuperata eſt, ſed tamen, quia culpa iam cõmiſſa eſt, & feudum domino apertum, non poſſe ius domino quæſitum auferri.

Quintũ eſt ex l. Si in lege, §. Colonus. ff. locati. ibi: *Quòd ſi paucis diebus prohibuit: deinde pœnitentiam egit, omniaq; colono integra ſunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet.* Rñdeo, nihil quidem iuris nunqui domino feudi, ſi feudum alienatum ſtatim recuperetur. Verùm, quia ex priori culpa pœna eſt cõmiſſa, ius domino quæſitum ex ſequenti recuperatione auferri non poterit.

Sextum argumentum eſt ex l. 4. §. Idem Labeo. ff. de vſucap. *Idem Labeo ait, ſi rem quã apud te depoſuerant lucri faciendi cauſa vendideris, deinde ex pœnitentia redemeris, & eodem ſtatu habeas, ſiue ignorante me ſiue ſciente ea geſta ſint, videri in poteſtatem meam rediiſſe, ſecundũ Proculi ſententiam, quæ & vera eſt.* Reſpondeo, rem quidem in po-

n poteſtatem dñi videri reuerſam ex eo, ꝙ redẽpta ſit, A ſed tamen dolum in alienatione commiſſum, rectè coerceri amiſſione rei, arg. l. 1. §. Si rem. ff. depoſiti. ibi: *Quia ſemel dolum feciſti cùm venderes.*

Septimum eſt ex l. Ex hoc edicto. §. Si quis alienauerit. ff. de alie. iud. mu. cau. fa. Paulus: *Si quis alienauerit, deinde receperit, non tenebitur hoc edicto* Reſpondeo, ideo non teneri, quia nõ efficitur durior aduerſarij cauſa. Poteſt enim poſſeſſorem cõuenire, itaque ratio edicti, quæ adfertur in l. 1. ff. eod. tit. penitus ceſſat.

Octauum eſt ex c. Si quis presbyterorum. de reb. Eccle. non alienan. ibi: *Niſi fortè alienator, & qui acceperit, celeri reſtitutione ſibi proſpexerint.* Rñdeo, non ſi ex æquitate ſacrorum canonum anathematis remittitur pœna alienanti res Eccleſiaſticas, idcirco pœnam temporalem amiſſionis feudi, vaſallo contra leges alienanti feudum remittendam eſſe. Mitius agunt canones quàm leges, & mitius agendum in pœnis, quę animã percutiunt, quàm quæ bona temporalia. Sanè textus feudalis duritiem ac B ſeruitatem alienam non eſſe à iure noſtro intelligi poteſt ex l. Qui ea mente. ff. de fur. ex l. Quid ſit fugitiuus. ff. de ædil. edicto, & alijs legibus, quibus continetur, ex pœnitentia delicti iam commiſſi, non deſinere quempiam nocentem eſſe, & pœna dignum, licet ea pœnitentia & Deo grata ſit & Reipublicæ.

CAPVT LXXXV.

Alienans feudum abſque licentia domini cum clauſula, Saluo iure domini, *vel alia cautela, an euadat pœnam iure conſtitutam?*

NOn aſſentior illis qui docent, vaſallum pœnam priuationis euadere, cùm feudũ alienauit abſq; domini permiſſu, ea clauſula adiecta, *Saluo iure domini.* imò nec ſi adijciatur, *Nec aliter, nec alio modo.* Nec enim C verborum artes valent ad eludendas legum ſanctiones. In primis verba legum, quibus feudi prohibetur alienatio abſque domini licẽtia, locum & in hac ſpecie ſibi vendicant: Sunt enim generalia valde & pręciſa. vt in c. 1. de proh. feu. alie. per Loth. & per Frid. Deinde ratio illa, propter quam vaſallus feudo priuatur, locum etiã obtinet, quia. ſ. dominũ cõtẽnere vſ. c. 1. §. Vaſallus, quæ fuer. pri. cau. benef. amit. Tertiò, quia etiam abſq; clauſula illa, *ſaluo iure domini,* ius domini ſaluũ eſt. Nec. n. põt vaſallus feudũ alienando, auferre dño ius ſuũ, aut plus transferre in alium, quàm ipſe habeat. Tacitè ergo ineſt illa proteſtatio, Ergo nihil operatur. l. 3. ff. de leg. j. Denique ratio, quæ continetur in lege prohibente alienationes feudi, *ne imperij vel dominorum minuatur vtilitas.* vt in d. c. 1. de prohibit. feud. alien. per Loth. & per Frid. ad hanc noſtram ſpeciem extendit ſe; quia minuitur imperij & dominorum vtilitas; hoc modo. Imperatori neceſſaria eſt opera vaſalli atque ſeruitiũ. Feudum ille non D habet: Alienauit enim. Nouus vaſallus vel nõ adeſt, vel neſcitur, vel idoneus non eſt: Minuitur vtilitas imperij, quia nemo præſtat ſeruitium.

Quod ſi alienetur feudum ſub iſta conditione, ſi dominus conſenſerit, ſi ratam alienationem habuerit, ita vt ſit conditionalis alienatio, non autem quæ ſub conditione reſoluatur, quod & alibi Iuriſconſultus diſtinguit in l. 2. ff. de in diem addict. hoc in caſu, ſi dominus non interſit, aliud ſtatuo: Tunc enim eſt perinde ac ſi ab initio conſenſus domini adhibeatur. Retrotrahitur enim arg. l. vlt. C. ad Maced. Et ſi non conſentiat dominus, nihil valet alienatio: Itaque nõ impugno hanc cautelam, ſed priorem. Si non ijs erit contentus lector, aliorum ſentẽtias exquirat. Legat Curtium iuniorem in quarta parte, nu. 112. Rolandum à Valle conſ. 51. lib. 2. Thom. Gram. dec. 49. Fel. in c. Quæ in Eccleſiarum. nu. 84. de conſtit. Iſti alios indicabunt, ex quibus ſitim explere poterit.

CAPVT LXXXVI.

Vaſallus alienans feudum ſine licentia domini, & conſtituens ſe nomine emptoris illud poſſidere, nõ facta reali traditione, an in pœnam incidat amiſſionis feudi?

COmmunis eſt & vera ſententia, feudum cadere in commiſſum, ſi fuerit à vaſallo alienatũ abſque domini permiſſu, licet poſſeſſio realis tradita non ſit, ſed tm̃ vaſallus cõſtituerit ſe eius nomine poſſidere, ĩ quẽ feudum alienatum eſt. Vide Zaſium par. 10. nu. 8. Tiraquellum de iure conſtituti, par. 3. limit. 26. num. 5. Rolãdum à Valle in conſ. 51. lib. 2.

Fundm̃ eſt firmiſſimum, quia is dicitur poſſidere, cuius nomine poſſidetur. l. Quod meo. ff. de acq. poſſeſ. c. Si diligenti. de præſcript. c. Cùm veniſſet. de reſtit. ſpol. Quare res non manet in dñio venditoris vaſalli, ſed in eum transfertur, qui emit, vel alio titulo feudũ accipit, & poſſidere intelligitur. Nihil ergo proponitur, cur vaſallus feudum non amittat, ex lege tam Lotharij, quàm Friderici, tit. de prohib. feud. alien. Fecit. n. vaſallus contra legem. Ergo incidet in pœnam legis: Nec eam poteſt euadere, ſicut qñ rem non tradidit, quaſi nunc alienata fuiſſe non videatur. l. alienatum. de verb. ſign. quæ communis & iuſta quædam interpretatio eſt. Hoc, inquam, velamento defendi non poteſt, quia dum conſtituit ſe alterius nomine poſſidere feudum, tradere videtur. Is enim poſſidet, cuius nomine poſſidetur, vt dixi.

Contrarium docuerunt Afflict. in cap. 1. num. 9. Quid iuris ſi vaſall. poſt alien. fact. feud. recup. Curtius iunior in 4. par. nu. 104. Guido Papæ deciſ. 101. Ripa in c. Cùm M. num. 80. de conſtit. & alibi. Ludolphus Schraderus alios adferens, par. 9. cap. 1. nu. 34.

Primum argumentum ſumitur ex nõnullis textibus, quia traditionem verè factam ſupponere videntur. c. 1. ibi: *Ad quemcunque peruenerit.* tit. Quid iuris. ſi poſt alienation. factam vaſallus feudum recup. c. 1. §. Pręterea. de capitulis Corradi. ibi: *Alienationes factas nulla obſtante præſcriptione reuocare.* c. 1. ibi: *Omnibus beneficiis ſuis exutos, &c.* de prohib. feudi alie. per Lothar. c. 1. §. Callidis. de proh. feudi alie. per Frid. ibi: *In alios transferant, &c.* Reſpondeo, etiam in propoſita facti ſpecie verba iſta verificari poſſe, quia vt dictum eſt, is dicitur poſſidere, cuius nomine poſſidetur. Ergo feudum verè alienatũ eſt, & in alium tranſlatum, quantum ad ipſius vaſalli voluntatem & conatum: licet incidat in commiſſum, & dominus, ſi voluerit, feudum vendicare poſſit.

Secundum argumentum eſt, quia nullius momenti eſt alienatio, lege prohibente facta. l. Non dubium. C. de legib. Ergo per conſtitutũ adiectum vera poſſeſſio trãſferi non poteſt, etenim nullius momenti eſt, cùm principalis cõtractus non ſubſiſtat. l. Cùm principalis. de regulis iuris.

Reſpondeo, nullius quidem momenti alienationem factam eſſe, neque conſtitutum, ſed non propterea pęnam commiſſi, ſiue amiſſionis feudi euitari poſſe. Vtrunque enim lex ſtatuit, vt nec valeat alienatio, & feudum amittatur, libereque ad dominum reuertatur, vt patet ex d. c. de prohib. feud. alie. per Lothar. & per Frider.

Tertium argumentum eſt, quia actus nullus & inutilis pœnam non meretur. l. 1. §. vlt. ff. quod quiſque iuris. l. Non putauit. §. Non quæuis. ff. de bono. poſſeſſ. contra tab. l. 5. §. Si quis cõtra. ff. de leg. præſtan. l. 6. ff. ad legem Cornel. de falſis. Reſpõdeo, fruſtrà hoc inculcatur brocardicũ, cùm lex apertè alienationem feudi ſine cõſenſu domini factam infirmet, & ſimul pęnam ſtatuat amiſſionis feudi. Dixi brocardicum eſſe, quia & alias contrarium reſponderi ſolet, nimirum ex actu nullo pęnam infligi poſſe. Vide Bald. ad l. Non dubium, col. 3. C. de legibus. Tiraquell. de retractu cõſang. §. 26. Gloſ. a n. 8. &

 de legi-

de legibus Cõnub, Gloſ. 8. verſ. De Son Nary, num. 207. A

Poſtremum argumẽtum eſt à ſimili. Si quis rem alienam ſcienter alteri vendit & tradit, furtum committit, & in pœnam incidit. ſecus ſi alterius nomine conſtituat ſe poſſidere, vt tradit Aretinus in l. 3. §. Si rẽ apud te. ff. de acq. poſſeſſ. & alibi. Reſpondeo, hanc doctrinam iure non probari, contrarium docere Salicetum ad l. Si ſeruum veſtrum. C. de Furtis. & ad rem noſtram non pertinere, in qua certo iure vtimur, quo conſtitutum eſt, vaſallum abſq; permiſſu domini feudum alienantem illud amittere. Hic verò alienat, & quantum in ſe poſitum eſt etiam tradit poſſeſſionem. Ergo pœnæ locus eſt.

CAPVT LXXXVII.

Vtrum vaſallus feudi amiſſione ſeu priuatione dignus ſit, ſi annuum cenſum domino præſtare ceſſauerit?

SVnt quædam feuda, pro quibus ex conuen- B
tione domino præſtari ſolet cenſus annuus. Vnde quæritur, ſi vaſallus in ſolutione ceſſauerit, an cadat iure ſuo? Variæ ac diuerſæ ſunt interpretum ſententiæ. Prima, cadere à iure ſuo vaſallum in ſolutione ceſſantem, cuius hæc ferè argumenta ſunt, Primum ex cap. 1. §. Sed non eſt alia, quæ fuerit prima cau. beneſ. amitten. *Sed non eſt alia*, inquit text. *iuſtior cauſa beneficij auferendi, quàm ſi id propter quod beneficium datum fuerit, hoc ſeruitium facere recuſauerit, quia beneficium amittit*, loquitur text. generaliter, *de ſeruitio propter quod feudum datum eſt*, quam ob rem tam de perſonali, quàm de reali ſeruitio accipi poteſt.

Secundum, quia donatio reuocari poteſt, ſi pacta non ſeruẽtur. l. vlt. C. de reuoc. dona. Ex eademque cauſa feudũ auferri poſſe videtur ex §. Prædictis modis, quæ fuerit prima cau. beneſ. amitten. Ergo, ſi hoc pactum nõ ſer C
uetur, quo cenſus annuus præſtari debet, feudum meritò auferri poterit.

Tertium, quia ſummus Pontifex hac inter alias culpas Imperatoris Friderici cõmemorat, ob quas eum feudo priuauit, in c. Ad Apoſtolicæ, de re iud. li. 6. ibi: *Poſſet etiam meritò reprehendi, quod annuam penſionem, in qua pro eodem regno ipſi Eccleſia Romana tenetur per nouem annos & amplius ſoluere prætermiſit.*

Quartum, quia cùm ita in emphyteuta ſit conſtitutũ, vt patet ex l. 2. C. de iure emphy. & in c. Potuit. de locato nec nõ in conductore. l. Quæro. §. Inter locatorem. ff. locati. Nec contrarium libris feudorum ſit cõſtitutum, videtur iure communi vtendum etiam in feudis, cap. 1. de feudi cognit.

Atque ita docuerunt Innocen. in dicto cap. Ad Apoſtolicæ, Baldus in cap. Quæ in Eccleſiarum. de conſtit. Curtius iunior in 4. parte, nume. 78. 79. Alexander conſ. D
11. libro 5. Laurentius Siluanus in conſ. 42. nume. 9. verſ. Tertius caſus eſt.

Contrarium docuerunt Speculator tit. de Locato. §. Nunc de emphyteuſi, quæſt. 85. Alexander alios citans in conſ. 9. nume. 2. 3. lib. 3. alios multos citat Siluanus in conſ. 42. numero 1. & poſt eum Ludolphus Schraderus, parte 9. cap. 5. nu. 75.

Argumenta ſunt iſta, Primum, quia nulla feudali lege cautum eſt, vaſallum cadere ſuo iure, ob nõ ſolutionem cenſus; cùm tamen aliæ cauſæ diligenter enumerentur priuationis feudi, in titu. quæ fuerit prima cauſa beneſ. amitten. Ergo nec à nobis ſtatuenda eſt. §. Cùm igitur. in Auth. De non eligendo ſecundo nuben.

Secundum eſt ex cap. Licet, ſi de feudo cõtrouerſ. fuerit inter dom. & agnat. vbi. *Licet vaſallus ſeruitium domino non offerat quantocunque tempore ſteterit, dummodo domino petenti ſeruire paratus ſit, beneficium non amittit.* Igitur & idem reſpõdendum eſt de annuo cenſu, ſi non fuerit ad ſoluendum interpellatus vaſallus, eũ nõ amittere feudum, licet in ſolutione ceſſauerit.

Tertium, quia licet ita cautum in emphyteuſi ſit, vt non ſoluens per triennium, iure ſuo cadat, vel per biennium, ſi Eccleſiæ canon debeatur, cap. Potuit. de locato. l. 2. C. de iure emphyt. tamen id cùm pœnam contineat, extendi non debet ad feudum. argum. cap. Statutum. de elect. lib. 6.

Quartum, quia in cenſuario receptum eſt, vt non cadat à iure ſuo, licet per longiſſimum tempus cenſum ſoluere neglexerit, vt not. in c. Cõſtitutus. de relig. domib. Ergo idem ſtatuendum de vaſallo, qui feudum tenet, & non ſoluit cenſum annuum.

Quintum, nam contractus non reſcinditur iam conſummatus & perfectus ex eo, quod alter nõ adimpleat, ſed cogi poteſt ad implendum. l. In ciuile. C. de rei vẽd. l. Non idcirco. C. de reſcin. vend.

Tertia eſt ſententia ſic diſtinguẽs. Aut pro feudò præſtari debet penſio, id eſt, annuus cenſus duntaxat, aut ſimul cum penſione etiam fidelitas præſtanda eſt. Priore caſu vaſallus ob non ſolutum cenſum feudum amittit. Poſteriori non item, ita Aluarot. in cap. 1. §. Sed nec alia. quæ fuerit prima cauſa beneſ. amitt. Ratio eſt, quia hoc poſteriori caſu feudum principaliter nõ datur propter penſionem, ſed propter fidelitatem. Ergo & ſi penſio nõ præſtetur, nõ eſt vaſallus feudo priuãdus. Priori autem caſu datur principaliter propter pẽſionem ſiue cẽſum, ideo ſi non ſoluatur feudum, amitti debet. Hanc diſtinctionem Afflict. ſequitur, moderatione tamen hac adhibita, ſi vaſallus requiſitus fuerit in c. 1. §. Sed nec alia. n. 109. Quæ fuerit prima cau. beneſ. amitten.

Quarta eſt ſententia Martini Laudenſis in cap. 1. De his qui feudum dare poſſ. aliter diſtinguens. Aut cenſus annuus promittitur ac debetur à vaſallo in ſignũ honoris & ſubiectionis, vt puta ſi præſtetur enſis, vna libra piperis, accipiter, & ſimile quid exiguum, & tunc ob ceſſationem vaſallus feudum nõ amittit. Aut cenſus magnus præſtari debet, qui videtur quodammodo reſpondere fructibus feudi, & tunc feudum amittitur, quia tunc apparet feudum eſſe conceſſum propter cenſum, ſequitur hanc diſtinctionem Curtius iunior parte 4. numero 79. verſ. Limitanda. nec non Albertus Brunus in conſil. 41. in 2. dubio.

Quinta eſt ſententia Iaſonis in præludijs feudorum, numero 64. is (omitto primum membrum diſtinctionis illius, quia non eſt ad rem,) diſtinguit, inter penſionem minimam, quæ datur in ſignum honoris & ſubiectionis vaſalli, & magnam. Priore caſu putat vaſallum non eſſe feudo priuandum, licet non ſoluat etiam interpellatus. Poſteriori caſu iterum diſtinguit, aut pẽſio eſt maior perſonali ſeruitio; & tunc quia videtur propter eam principaliter conceſſum feudum, ſi non ſoluat, cadit feudo. Aut minor eſt ſeruitio perſonali, & tunc aliter eſt ſtatuendum, quia videtur principaliter conſideratum fuiſſe ſeruitium; ac proinde non debet feudum amitti, licet penſio non ſoluatur.

Ego ex his omnibus ſententijs eligo ſecũdam opinionem, tanquam iuri magis conſentaneam. Nam reuera magni ponderis eſt argumentum illud, quod cùm iure feudorũ multæ ſint cauſæ expreſſæ, quibus vaſallus feudo priuetur, nullibi tamen expreſſa eſt hæc cauſa, vt priuandus ſit vaſallus feudo propter non ſolutam pẽſionẽ ſiue cenſum. Sed nec cauſa iſta ceſſationis in ſoluendo cenſu ſimilis eſt expreſſis cauſis, vel illis maior. & quod maximè perpendo, non eſt cauſa ob quam feudum dari ſolet: niſi quis feudũ impropriè accipiat pro emphyteuſi; ſed fidelitas eſt illa, quæ vaſallo incumbit ex conceſſione beneficij, ac feudi; vt nõ parum miratus ſim, diſtinctionem illam tertiæ opinionis in illo membro, quo nõ fidelitas præſtanda eſt, ſed tantùm cẽſus: quia fidelitas eſt ita feudò ſubſtantialis, vt remitti non poſſit, quin contractus meritò aliud nomen, aliamq; induat naturã. Obſeruandum eſt igitur nullius momenti eſſe priori

ſententiæ

ſententiæ argumenta. Nam tex. in d. §. Sed nec alia. non A de ſolutione cēſus annui loquitur, ſed de prçſtatione ſeruitij, quam vaſallus recuſat. Nuſquam aūt toto iure feudiſtico cenſum & penſionem *ſeruitium* appellatum animaduerti. Nec ſimplex negligentia vaſalli punitur eo in loco feudi amiſſione, ſed denegatio ac recuſatio ſeruitij; conuenienter textui, c. licet. ſi de ſeudo defuncti con ten. ſit inter dom. & agn. defuncti. Quamobrem nullius momenti illud argumentum eſſe videtur.

Ad argumentum illud, quod dicitur, donationem reuocari poſſe, ſi pacta non ſeruētur, reſpondeo, non rectè ad rem noſtram induci, quia pacta quæ conceſſioni feudi adijciuntur in fidelitate conſiſtunt, quam ſi non præſtet vaſallus, meritò priuandus eſt feudo. Pactum autem annui cenſus non eſt cauſa conceſſionis feudi, nec facit vt feudum videatur ſub modo quodam ſiue cōditione datum & conceſſum, ſicut in donatione: nam is cui donatur, nullum præſtare aliàs ſeruitium fidelitatis tenetur: ideo ſi pacta nō obſeruet, quibus ſe obſtrinxit, reuo- B catur donatio: ſumma rōne, ne donatas res accipere, & libertatem irridere donatoris videatur. At vaſallus dicet ſe paratū eſſe ad ſeruitia præſtanda, ſi fuerit à domino requiſitus, in qua re principaliter cōſiſtit eius obligatio & onus. Nec tex. in d. §. Prædictis modis, dicit feudū amitti ex illis cauſis, ob quas donatio reuocari pōt: ſed hoc dicit, prædictos modos qui ſuperius enarrati ſunt amiſſionis feudi, iuri, & rationi cōſentaneos eſſe: idque ex cauſis, ob quas filijs exhæredari poſſūt, & donatiões reuocari perſpicuè oſtēdi poſſe: ſunt enim multæ cauſæ exhæredationis liberorum, & reuocādæ donationis, vel eçdem, vel ſimiles ijs, ob quas feudum amittatur: ſed nō idcirco infertur ex omnibus cauſis, ob quas donatio reuocari poteſt, etiam feudum amitti.

Tertium autem argumentū potius confirmat noſtrā hanc ſententiam quàm contrariam. Nam ſummus Pōtifex in d. c. Ad Apoſtolicæ, dicit reprehenſione dignum fuiſſe Fridericum, qui tanquam vaſallus, cenſum nō præ C ſtiterat per annos nouem, non autem priuatione feudi ob eam cauſam dignum, ſed ob alias iuſtas cauſas, quas ibi commemorat: inter quas iſtam quoque adnumeraſſet, ſi non potiùs ad reprehenſionem, quàm ad priuationem pertinuiſſet.

Ad quartum argumentum notandum eſt, in his quæ iure feudali deciſa non ſunt, vtendum eſſe iure communi: quando ſunt penitus omiſſa, nec tacitè vel expreſſè deciſa. Cæterùm in materia noſtra non eſt opus ad ius commune refugere: quoniā cauſæ, ob quas feudū amittitur, expreſſæ conſtitutæ ſunt, & declaratæ in libris feudorum, quamobrem tacitè cautum, ac per cōſequentiā videtur ex alijs cauſis, non ſimilibus, nec maioribus expreſſis feudum nō amitti. Sed hæc cauſa, qua de agitur, nec expreſſa eſt inter alias, nec alijs expreſſis aut maior eſt, aut ijs comparanda. Ergo iuſta cauſa amiſſionis feudi non eſt.

De tertia opinione iam dixi, illud membrum diſtin- D ctionis peccare, quo ſupponitur feudum eſſe ſine fidelitatis onere, & obligatione. Quarta autē ſentētia in priori articulo, diſtinctioni noſtræ conformis eſt. In poſteriori autem ideo peccat, quod vix tale feudū reperias, quod & ſeruitium exigat perſonale, & magnam penſionem annuam. Si tamen reperiatur, eò magis vaſallo ſuccurrēdum puto, quò maiori preſſus eſt onere: nec puto ſi fidelitatis ſeruitia præſtare non recuſet, feudum illi auferendum, licet negligens fuerit in ſolutione cēſus: quia illa eſt minus principalis, quàm perſonale ſeruitium: ſicut perſona rebus antecellit.

Quæ reſponſio ſufficit ad confutandum quoque Iaſonis diſtinctionem, quæ malè proponit nobis feudum, in quo maior ſit ratio habenda cenſus annui, quàm ſeruitij perſonalis: Id enim rarò accidere poteſt, & naturæ feudi maximè repugnat, in quo præcipuè fidelitas ſpectari ſolet.

CAPVT LXXXVIII.

Si vaſallus vltra fines dati feudi, per errorem facti, aliquid præſcripſerit, poſtea feudo ad dominum reuerſo, an etiā pars alterius præſcripta, ad dominū pertineat?

Negat Baldus ad dūm pertinere in cap. Rurſus, nu. 6. cōtrouer. inueſtiturę, refert & ſequitur Curtius iunior, p. 4. n. 90. Baldus de præſcript. 4. p. 4. partis princ. q. 12. princip. q. 5. nu. 14. Fundamentū eſt, quia vaſallus nō p̄ſcripſit illud, quod vltra cōfines erat vigore tituli, quē à dn̄o ſuo habuit, tūc. n. in cōſequētiā tituli, ad dn̄m res prçſcripta pertineret, ſed p̄ſcripſit ex errore facti; & adſeritur pro argumento textus in l. Debitor. §. vlt. ff. ad Treb. ĩ illis verbis: *Quia nō quaſi hæres, ſed quaſi mater acceperit: nec occaſione hæreditatis, ſed errore ex pacto habuit.*

Contrarium docuerunt Martinus Laudenſis, in d. §. Rurſus. de cōtrouerſia inueſt. & alij quos refert & ſequitur Ludolphus Schraderus, 2. p. 9. partis princip. ſectione 2. nu. 6. 7. Et hçc ſententia mihi placet.

Probatur, qm̄ p̄ſcriptio eſt acceſſoria tituli, & ideo eū ſequitur, ad quē titulus reuertitur. l. Si alienā, l. Qui alienā. ff. de don. cauſa mortis. l. Iure ſuccurſum. §. Si pater. ff. de iure dotiū. l. Indebiti. §. Sed & ſi nummi. ff. de cōd. ĩdeb. l. Is qui alienū. ff. de ſolution, notat ſpeculator ti. de Emphyteuſi, q. 53. Iaſon ad l. 2. nu. 159. C. de iure Emphyt.

Non obſtat argumentum contrariæ ſentētię, quia negari poteſt id quod aſſumitur in eo, nimirū præſcriptionē hoc in caſu, non ex titulo proficiſci, ſed ex errore vaſalli præſcribētis: Nam licet nō immediatè procedat ex titulo, procedit tn̄ occaſione tituli; Si enim vaſallus nullum titulum haberet, error facti non ei prodeſſet ad vſucapionē longi tēporis: quia requiritur bona fides, & iuſtus titulus verus vel putatiuus, originem habēs ex errore facti iuſto. l. Celſus. ff. de vſucap. Illud argumentū nihil mouet, quod ſumebatur ex l. Debitor. §. vlt. ff. ad Trebel. Quia ibi mater dotem conſequitur ex pacto tanquā mater, non aūt tanquam hæres, licet pactū non valeret, quia filius matri nō poterat paciſci dotem reddi. Sed error adiudicationis factæ per arbitrum familiæ herciſcūdę matrem defendit. Erat autem rogata hæreditatem reſtituere: quare id quod non occaſione hæreditatis, nec tanquam hæres habuit, reſtituere non cogitur. In facti ſpecie à nobis p̄poſita vaſallus occaſione tituli vſucepit rem alienam vltra confines, eidem ſuffragante iuſto errore facti. Arbitrabatur enim eo vſque feudum pertinere, quo vſque poſſidere cepit. Quod ſi proponatur vaſallum aliquid vltra feudi terminos præſcribere, nō vt vaſallum, ſed vt extraneum ex alia cauſa vel titulo, quàm feudali, quia tunc non occaſione tituli præſcriptio inducitur, priori ſententiæ facilè aſſentior.

CAPVT LXXXIX.

Si vaſallus, cui datum eſt caſtrum in feudum, abſque iuriſdictione, acquiſiuerit iuriſdictionem ſuis ſumptibus & induſtria, an extincto iure ipſius feudi, ad dominum reuertatur caſtrum, cum iuriſdictione acquiſita?

Caſtrum abſque Iuriſdictione datum eſt in feudum, vaſallus emit Iuriſdictionem. Feudū ad dominum reuertitur generatione finita, verū etiam cum iuriſdictione reuertatur, Baldus & Aluarotus reſponderunt, nō reuerti cum iuriſdictione, in cap. 1. §. E contrariu. de inueſtitura de re aliena facta, Ruinus in conſ. 14. lib. 1. Clarus §. Feudum. q. 88. in fine. Sed contrarium docuit Præpoſitus in d. §. E contrario, quem ſecutus eſt Auguſtinus Berous, q. 96.

Omnis difficultas pendet ex d. §. E contrario, cuius verba hæc ſunt: *E cōtrario autem ſi quid feudo à vaſallo additum ſit, ſi quidē tale adiectum ſit, quod per ſe ſubſiſtere*

poſſit, id eſt, vt per ſe cenſeatur, vt prædium, ad non accreſcit feudo. Si verò per ſe non poſſit ſubſiſtere, vt ſeruitus pleriſq; placeat feudo accedere, & ſicut partem feudi diſponendam eſſe. Me[…]em namq; conditionem feudi facere poteſt, deteriorem […]ò ſine domini voluntate, vel eorum agnatorũ, ad quos per ſucceſſionem feudum pertinet, facere non poteſt.

Qui negant iuriſdictionem ad dñm reuerti, hoc perpendunt, Iuriſdictionem per ſe cõſiſtere poſſe, ac per ſe cenſeri, vt prædium, quia fieri poteſt, vt alius iuriſdictionem habeat in caſtro, alius autem dñs ſit caſtri, vt mœnia caſtri, atq; adeò ipſius dominiũ ad alium pertineat, ad alium verò Iuriſdictio ipſius caſtri, & in ipſo caſtro. & hoc ipſum quæſtio ſupponit, dum proponitur datum in feudum caſtrum abſque iuriſdictione, & poſtea vaſallũ ab eo, cui cõpetebat emiſſe, aut alio titulo accepiſſe.

Qui verò affirmant, caſtrum ſimul cum iuriſdictione ad dominum redire, iuriſdictionem ſeruituti æquiparant: ſicut enim ſeruitus ineſt caſtro, ita & iuriſdictio, nam ſine caſtro intelligi non poteſt, quempiam in caſtro iuriſdictionem habere.

Sed verior vt iſta comparatio ſeruitutis & iuriſdictionis bona ſit. Seruitus.n. per ſe conſiſtere non poteſt; hoc eſt, nemo põt ſeruitutis ius habere in caſtro, niſi etiã caſtrum habeat: Realis enim ſeruitus ſine prædio conſtitui non poteſt. At quempiam iuriſdictionem in caſtro alterius habere id & fieri, & facilè intelligi poteſt. Ineſt ergo iuriſdictio caſtro, ſeu territorio *paſſiuè*, vt loquuntur Doctores quos refert Hierony. à Monte de finib. c. 10. nu. 16. quia niſi caſtrum ſit, iuriſdictio non eſt, quia in caſtro exercetur, ſed non per omnia ineſt, cùm alius caſtrũ obtinere, alius iuriſdictionem in caſtro poſſit. quare neganti ſententiæ me ſocium haud grauatum adiungo.

CAPVT XC.

Si vaſallus propter culpam feudum amittat, & ad dominum reuertatur, an quaſcunque meliorationes amittat, quæ per ſe conſiſtere non poſſunt?

NOn puto dñm lucrari poſſe, cùm vaſalli iactura grandes meliorationes feudo adiectas, ex quib. eius pretiũ auctũ eſt, quæq; extraordinariæ dñr, quia nõ tenetur eas facere vaſallus, ex lege feudalis cõuentionis ordinaria. Neque.n. iuſtum eſt, quemquã locupletari cũ aliena iactura. l. Nã hoc natura. ff. de cond. indeb. l. Iure naturæ. de reg. iur. Sic videmus colonũ culpa ſua expulſũ, ſumptus vtiliter factos in vineis inſtituẽdis repetere poſſe, ꝓꝑ quas denis amplius aureis annuis locari ager poterat, cum lege locationis comprehenſum non eſſet, vt vineas poneret. l. pen. §. Dñs. §. 1. ff. locati. Quid pluribus opus eſt? Etiam malæ fidei poſſeſſor huiuſmodi ſumptus repetit. l. Planè. ff. de pet. hæred. Sic docent Bald. in §. Adeò, inſt. de locato. Arius Pineſ. ad l. 2. parte 2. cap. 3. num. 9. C. de reſcind. vend. Menoch. de recup. rem. 15. nu. 504.

Sed cõtrarium voluit Guido Papæ deciſ. 169. & 438. Berous, q. 96. poſt nu. 4. Ludolphus Schraderus alios citans, quorum tamen multi nõ loquuntur in terminis noſtris, in 2. parte 9. partis princ. ſect. 2. nu. 16. 17. Horum fundamentum eſt in l. 2. C. de iure emphy. vbi emphyteuta amittit meliorationis ſumptus, quando ob canonem non ſolutum cadit iure ſuo. *Nulla ei*, inquit textus, *in poſterum allegatione nomine meliorationis, vel eorum quæ emponemata dicuntur, vel pœna opponenda.*

Et inter alios Schraderus perpendit his verbis, emphyteutam repelli à petitione quarumcunque meliorationum, quia textus dicit, *meliorationis vel eorum, &c.* Quare non ſolùm emponemata non repetit, ſed nec etiã alias quaſcunque meliorationes, ſiue magnas, ſiue paruas, quia verba legis generalia ſunt, omneq; meliorationum genus comprehendunt: Et ideo ob culpam commiſſam iure permiſſum videtur, alium cum alterius

A iactura locupletari. Nam quod quis ex culpa ſua damnum ſentit, non intelligitur damnum ſentire: l. Quod quis. 203. ff. de reg. iuris.

Verùm iſta nõ me remouent à priore ſententia. Nam quod attinet ad l. 2. C. de iure emphyt. nõ ille ſenſus eſt, minimè audiendum emphyteutam allegantem eiuſmodi meliorationes magnas, quib. fundus pluris efficitur, & quas ex lege contractus facere non tenetur, ſed allegantem meliorationes, quę emponemata dñr: illa enim dictio, *vel*, non ſignificat emponemata à meliorationib. differre, ſed vnam & eãdem rem eſſe in ea lege, & quaſi ſynonyma, ac ſi diceret nulla allegatione in poſterũ opponenda nomine meliorationis, ſiue eorum, quæ emponemata dicuntur, quaſi meliorationis verbum generale, explicetur ex adiuncto verbo emponematis. Sunt.n. emponemata meliorationes, quibus ſcilicet res ſterilis excolitur, conſeritur, & melior efficitur, ſecundum na-

B turam contractus emphyteutici, quarum meliorationũ ius acquirit ipſe emphyteuta, vt declarat tex. in l. 3. C. de iure emphy. ibi. *Cum dubitabatur, vtrum emphyteuta debeat cum domini voluntate ſuas meliorationes, quæ Græco vocabulo emponemata dicuntur alienare, &c:* Dictionem autem, *vel*, aliquandò expoſitiuè accipi demonſtrat. l. Si familia. & ibi Duarenus notat. ff. de iuriſd. omn. iud.

Quod verò dr, vaſallũ in culpa eſſe, & ideo damnum ſua culpa ſentire, verùm eſt eatenus, vt domino feudum aperiatur, non etiam vt ædificia, & alias magnas meliorationes vtiles, quas facere tenebatur, amittat. Eſt enim in culpa etiam poſſeſſor malæ fidei, & nihilominus vtiles ſumptus repetit. d. l. Planè. In culpa etiam colonus eſt, qui debitam mercedem & penſionem non ſoluit, & nihilominus ſumptus iſtiuſmodi repetit, vt in d. l. pen. & d. l. Dominus. §. 1. ff. locati. Benignius ergo & æquius eſt, vt vaſallus cõſequatur ſumptus meliorationis. iuxta text. in §. Si vaſallus. Hic finitur lex, &c. Quanquam nõ

C ibi agatur de feudo ob culpam ad dominum reuerſo: quia eadem eſt æquitatis ratio, quod erat à contrariæ ſententiæ fautoribus diligentius penſitandum, quia hęc eſt iuſtitia, vt ſuum, cuique tribuatur, non id quod eſt alterius, vt pęnæ interpretatione moliantur, æquitas poſtulat, vt nemo ex aliena iactura locupletetur, naturalis ratio docet.

CAPVT XCI.

Si meliorationis ſumptus à vaſallo factus liquidus nõ ſit, & dominus fideiuſſorem dare paratus ſit de ſumptibus ei facta liquidatione ſoluẽdis, poſſitne feudũ vindicare.

SEd rurſus cõtrouertitur. Feudo ad dñm deuoluto, vaſallus vel hæredes illius illud retinere volũt, donec ſumptus meliorationis à dño ſoluatur: Dñs fideiuſſoré offert de ſoluẽdo facta

D liquidatione, an feudũ vendicare poſſit? Nõ põt hæc cõtrouerſia iuribus feudalibus definiri, ſed cõfugiendũ ad ius cõmune Paulus Caſtrenſis in conſ. 270. lib. 2. non tñ de feudo verba faciens, reſpõdit, prius eſſe reſtituendos ſumptus, licet liquidi nõ ſint, nec fideiuſſorem oblatum prodeſſe, idem reſpondit Ruin. in conſ. 84. circa finem. lib. 1. Tiraq. de retractu conuent. §. 7. Glo. 1. nu. 13. Menochius de recuper. poſſeſſ. remedio 15. nu. 568. & ſeq.

Sed contrarium docuerunt Andreas Siculus conſ. 36. nu. 32. lib. 2. Neguzant. de Pignorib. 4. p. 5. partis princi. concluſ. 3. Socinus iun. conſ. 62. nu. 6. 7. lib. 1. Gozadinus conſ. 100. nu. 21. Benintendus deciſ. 77. Marzarius de fideicommiſſis par. 3. q. 66. & in terminis vaſalli alios citans Schraderus par. 2. partis 9. princip. ſect. 2. nu. 31.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in l. Item liberatur. §. 1. ff. quibus mod. pign. vel hypoth. ſol. in l. 10. ff. de pigno. act. in l. Promiſſor. §. vlt. ff. de conſtit. pecun. in l. 4. §. ait Prætor. ff. de re iud. l. 5. in fine. ff. de ſtatu lib. quibus legib. hoc conſtitutum eſt, eum qui ſoluere tenetur, non

eſſe

eſſe audiendum ſi velit fideiuſſorem dare.

His accedit quod leges concedunt retentionẽ rei pro ſumptibus factis. l. Si in area. ff. de cond. indeb. l. In fundo. ff. de rei vend. l. pen. ff. locati. neque excipiunt eum caſum quo quantitas ſumptuum liquida non ſit.

Poſterioris autem ſententiæ, quam veriſſimam puto, præclarum eſt fundamentũ in l. 5. ff. de ſtatu liberis. Pomponius: *Statu liber rationem reddere iuſſus, reliquum, quod apparet ſoluit; de eo quod obſcurius eſt, ſatis dare paratus eſt. Neratius & Ariſto rectè putant liberum fore.* Idem docet tex. in l. Seruus ſi heredi. §. vlt. ff. eod. tit.

Hoc igitur in caſu ſatisfactio pro ſolutione eſt, vt & aliàs ſæpe. l. Satisfactio. ff. de ſolu. l. Solutionis. ff. de verb. ſign. Ne ius liquidum & certum, nimirum iuſta vendicatio feudi retardetur ex illiquida exceptione ſiue petitione ſumptuum, argum. l. vlt. C. de compenſatio.

Et omiſſis iis regulis, ratio iuſtitiæ hoc poſtulat, vt feudũ domino reſtituatur oblato fideiuſſore de ſumptibus reſtituendis. Nam per dominum nõ ſit, quo minus ſumptus poſſeſſori refundantur; cùm eorum quãtitas incerta ſit & obſcura. Rurſus cur deberet vaſallus feudũ retinere? nunquid vt eius lucro fructus cederent? At iam ad dominũ pertinere cœpit, ergò iniquum eſt, rei ſuæ cum fructibus carere. l. Et ex diuerſo. §. 1. ff. de rei vend. An retinebitur feudum loco pignoris pro cautione vaſalli, donec ſoluantur ſumptus? at iam cautum illi eſt fideiuſſoribus datis. Fruſtrà ergo, inutiliter feudum retineret; Hoc autem iuſtitiæ conſentaneum non eſt, non magis, quàm vt alienum quis iniuſtè detineat.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, leges citatas loqui cùm ſolutio facienda eſt certæ ac liquidæ quantitatis pecuniæ; Non obſtat quod opponitur, retentionem rei generaliter permitti, donec ſumptus meliorationis reſtituantur. Id enim ita accipiendum eſt, vt iuri non aduerſetur, æquitati nõ repugnet, & neminem iniuſtè lædat, ius ſuum nemini auferat, vt rationi ſit conſentaneum: Sic erit igitur accipiendum, vt ſi quantitas pecuniæ meliorationis nomine ſoluendæ certa ſit, illa debeat reſtitui, nec ſufficiat alia ſatisfactio abſque conſenſu poſſeſſoris. Cæterùm, ſi incerta ſit & obſcura quantitas, non ſit impediendus rei dominus, quò minus rem ſuam conſequatur, ſi eo nomine ſatisdare paratus ſit. Ita Iuriſcõſultus docet in d. l. 5. ff. de ſtatu lib. Si principium cum fine reſponſi coniungatur.

Quamobrem nec illis aſſentiri poſſum, qui exiſtimãt prodeſſe ſatiſdationem eo caſu, quo iudicis ſententia iubetur dominus meliorationis ſumptum reſtituere, licet non ſit liquidus. Etſi enim iuſſus ſoluere non liberetur datis fideiuſſoribus. l. 4. §. Ait prætor. ff. de re iud. id tamẽ accipiendum eſt cùm certa quantitas pecuniæ ſoluenda eſt, non autẽ incerta & obſcura, vt colligi poteſt ex d. l. 5. ff. de ſtatu lib. nec ſolus ſum in hac ſententia contra Caſtrenſem in d. conſ. 270. lib. 2. & alios qui eum ſequũtur, inter quos Burſatus conſ. 184. nu. 57. lib. 2. quia idem ante me docuerunt multi alij, quos refert & ſequitur Ripa ad l. 4. §. Ait Prætor, nu. 7. ff. de re iud. qui cùm debitum liquidum non eſt, condemnatum ad ſoluendum liberati datis pignoribus vel fideiuſſoribus docuerunt.

CAPVT XCII.

Sitne feudum vaſallo tacitè obligatum, ob meliorationes in eo factas.

Diſputari etiam poteſt, vaſallo competere tacitam hypothecam in feudo ob ſumptus meliorationis factos, ex iis, quæ tradit Ripa ad l. Vbi purè. §. vlt. nu. 2. adducta l. Interdũ. Cum l. ſeq. ff. qui potiores in pig. habean. Rurſus non competere ex iis, quæ docet Aretinus Ad l. Si quis rem. ff. de acquir. poſſeſſ. ad finem, quem refert & ſequitur Pariſius in annotationibus ad Bar. in l. In

A fundo. ff. de rei vend. Vel diſtinguẽdũ eſſe cũ Ludolpho Schradero par. 2. 9 partis princip. ſectione 2. nu. 49. inter ſumptus qui fiunt pro reficiendo vel conſeruando opere iam facto, & eos qui fiunt pro nouo opere extruendo. Priore in caſu tacitam hypothecam vaſallo competere, poſteriori nõ cõpetere. Sed magis eſt, vt putem, nõ competere tacitam hypothecã vaſallo pro huiuſmodi ſumptibus, nulla diſtinctione adhibita. Nam tacita hypotheca eſt quoddam iuris priuilegium, quod à nobis ſine legis authoritate ſtatuẽdum, atq; inducendum nõ eſt. Nulla verò lex adfertur, quæ tacitam vaſallo hypothecã tribuat. Nam l. 1. ff. in quib. cau. pig. tacitè cõtrah. loquitur de mutuante in refectionem rei, vt patet ex illis verbis: *Pignus Inſulæ creditori datum, qui pecuniam ob reſtitutionem ædificij extruendi mutuam dedit.* In eundẽ modũ loquitur l. 5. ff qui potiores in pign. habean. illis verbis: *Vt puta, ſi in rem ipſam conſeruandam impenſum eſt, quod ſequens credidit.* Fateor pro ſumptibus retentionẽ compe-
B tere, quaſi ea res loco pignoris fuerit. l. Si in area. ff. de cond. indeb. l. Creditoris. §. vlt. ff. de furtis. Et hoc fortaſſis aliquos fefellit, vel potius illud, quod de creditorib. pecuniæ in refectionem & conſeruationẽ rei cõſumptæ veteres iuris authores tradiderunt: hæc ad vaſallum, qui feudum poſſidens, ſumptus fecit, non ſunt extendenda. Nec rectè quiſpiã argumẽtari poteſt ex eo, quod ſcribit Cuiacius lib. 19. obſerua. c. 20. Si quis ceſſante dño vltrò ſuis ſumptibus ædificiũ reſtituerit, idem priuilegiũ exactionis habere, cũ tacita hypotheca, ex oratione D. Marci & Senatuſcõſulto poſt eã ſecuto, iux. l. Cum duobus, aliàs eſt. l. Si fratres. 53. §. Idẽ reddit. ff. pro ſocio. Nam dñs feudi nõ poteſt dici ceſſare, cùm vaſallus feudũ poſſidet: nec vaſallus reſtitutionis ædificij cauſa ſumptus facere dr̃, quaſi negotium gerens domini, ſed ſuum magis: cùm ipſe ius in feudo habeat. Quãquam feudo ad dominum reuerſo, iuſtè ipſi debeantur ſumptus meliorationis.

C

CAPVT XCIII.

Meliorationis ſumptus qui debet vaſallo reſtitui, feudo ad dominum reuerſo, ſit ne ſecundum æſtimationem præſentis temporis reſtituendus, ſi fortè maior æſtimatio eſſet ædificij ac meliorationis, quàm ſumptus à vaſallo factus?

Coniungendum eſt hoc caput cum cap. 65. hoc eodem libro, quia controuerſia hæc cum illius capitis controuerſia magnã habet affinitatem, licet an ſeparatim hic tractetur, vel ibi coniunctim tractaretur, non multum intereſt. Vaſallus fecit ſumptum in feudũ, eius refuſionem dominus, cui apertum eſt, offert. Sed lis oritur ex eo, quòd vaſallus expoſuit, gratia exempli, cen-
D tum, melioratio verò nũc ducentis æſtimatur. Quæritur an quod expenſum eſt ſufficiat reſtituere, an quatenus res pretioſior facta eſt, id eſt, præſentis temporis æſtimationem, quæ ſumptuum quantitatem excedit, dominus vaſallo reſtituere teneatur. Et licet quæſtio controuerſa ſit, & dubia, ne tamen diu lectorem morer: exiſtimo eatenus dominum teneri, quatenus expẽſum eſt. & ſic textum accipio in cap. 1. §. Si vaſallus. Hic finitur lex. cùm ait: *Precium meliorationis ſoluatur.* Mouet me primùm tex. in l. In fundo. ff. de rei vendic. in illis verbis: *Reddet impenſam, vt fundum recipiat, vſq; dumtaxat, quo pretioſior factus eſt, & ſi plus fundi precio acceſſit ſolum quod impenſum eſt.*

Secundò, Conſtantinus Hermanopulus in promptuario iuris lib. 2. tit. 1. Rub. de bonæ fidei poſſeſſore, qui ſic ſcribit: *Vult conſtitutio cum ei qui bona fide poſſedit, rei melioris & precioſioris factæ aliqua impenſa refundantur, ſi quidem modicis ſumptibus magni precij res quis in prædio poſſeſſo erexerit & ſtatuerit, vt vineam, oliuetum, & id genus,*

nus, ſolum quod impenſum eſt reſtitui. Cùm verò quis multa quidem in rem inſumpſerit, ſed non multò eam precioſiorem effecerit rei ſolam æſtimationem præſtari, vipote cum ea, quibus rem ornarit & inſtruxerit, quàm pauciſſima ſint. Inſcitiæ etenim ſuæ adſcribat, qui tamoperè laborarit, vt inconſultò in terram tenuem forſan, & ſterilem quaque ſibi credita tueri non poſſet, tantam pecuniam ac ſumptum conferret,

Tertiò, mouet tex. in l. Intra vtile. §. Vendentibus. ff. de minoribus, illis verbis: *Niſi ſi maluerit omnes expenſas, quas bona fide emptor feciſſe approbauerit ei præſtare, &c.* & in c. 1. de In integrum reſtitut. illis verbis: *Prouidendum eſt tamen ne ſi fortè coloni poſſeſſiones illas expenſis ac labore ſuo reddiderit meliores, ſumptibus, quos bona fide fecerunt, debeant defraudari*, vbi vides ſumptus reſtituẽdos eſſe, non aliud, præter ſumptus, quod fundo acceſſit.

Quartò, rationem & cauſam perpendo iuſtitiæ commutatiuæ, illa præcipit æqualitatem ſeruandã, ius ſuum
B vnicuique tribuendum, non plus, At vaſallus fecit ſumptum in rem feudalem, iuſtum ergo vt refundantur, ne dominus feudi locupletetur cum iactura vaſalli, Verũ ſi ex ſumptibus meliorationis plus precij fundo acceſſit temporis proceſſu, hæc res non accidit labore, opera, pecunia vaſalli, ſed temporis varietas hoc tulit, id igitur cedat commodo domini feudi, non vaſalli,

Hanc ſententiã amplexi ſunt Paulus Caſtrenſis conſ. 270, nu. 3. lib. 2. Tiraquellus de retractu conuentionali, §. 7. Gloſ. 1, nu. 8. Felinus in c. Cùm cauſa, nu. 28. de re iudi. Hartmannus Piſtorius lib. 2. quæſt. iuris, parte poſteriore, quæſt. 42. num. 18. Ludolphus Schraderus par. 2, 9. partis princ. ſect. 2. num. 100,

Contrarium reſponderunt Bal. in c. 1. §. Si vaſallus hic finitur lex. Ruinus conſ. 117. lib. 3. Bertrandus conſi. 2. nu. 15. lib. 1. p. 2. Roland. à Valle conſ. 28. & cõſ. 30. lib. 1.

Quorum fundm̃ eſt in l. Domos. de leg. 1. exiſtimarũt
C enim Papiniani reſpõſo illo probari, æſtimationem præſentis tpis eſſe ſpectandam, vt latè diſputat Menoch. de recup. poſſeſſ. remedio 15, nu. 557. Rectè, nam iuſta precia ex præſenti æſtimatione conſtituuntur, non ex præterita. l. 3. §. Diui. ff. de iure fiſci, l. 2. C. de patri. qui filios diſtraxerunt. Sed non rectè illam conſequentiam intulerunt, ſi precium ſumptuum factorum minus ſit quàm meliorationis æſtimatio, ipſam meliorationis æſtimationem præſtandam eſſe. Nam de hac re nullum verbum Papiniani reſponſum habet. Reddam illud vt in Florentino Codice legitur, teſte Antonio Auguſtino lib. 3. emẽdationum Iuris, cap. 1. *Domos hæreditarias exuſtas, & hæredis nummis extractas, ex cauſa fideicommiſſi poſt mortem hæredis reſtituendas, viri boni arbitratu ſumptuum rationibus deductis & ædificiorum ætatibus examinatis reſpondi. ætatibus*, id eſt, magnitudine, & amplitudine ædificiorum, vt explicat Cuiacius lib. 6, obſeru. c. 3, vel *ætatibus*, id eſt, quantitate, menſura & magnitudine corpo-
D ris cuiuſque, nam & meus Codex habet *quantitatibus*, vt explicat idem Cuiacius ad lib. 9. reſpõſorum Papiniani, vel *ætatibus* id eſt, vetuſtate ædium ſenio confectarum, l. Si quando, 15. C. de operibus publ. Fornerius lib. 1. Selectionum, cap. 2.

Certè nullum verbũ ibi legitur, ex quo illa cõſequentia probetur. Quare illa diſtinctio, quam nonnulli attulerunt, inter bonæ fidei poſſeſſorem, & dominũ rei, qualis eſt vaſallus, non mihi vr̃ iuri conſentanea, tum quia vaſallus non eſt rei dominus, ſed ius in rem habere dicitur, quod noſtri vtile dominium appellãt. Deinde, quia non aliam ob cauſam ſumptus meliorationis conſequitur, quàm bonæ fidei poſſeſſor conſequatur; Tertiò, quia nec ſi dominus ſit reuocabiliter, vt vocant, ſicut hæres reſtituere rogatus fideicommiſſario iuuari poteſt Papiniani reſponſo, vt precium meliorationis cõſequatur, ſi maius ſit, quàm ſumptus in rem facti, Neque enim Papinianus hoc dicit. Erit ergo ex Papiniani reſponſo arbitrio boni viri æſtimatio ædificiorum cõſtituenda, vt re-
A ſtituatur id, quod impenſum eſt, ſi minus ſit: ſi verò maius, vt refundatur precium meliorationis, hoc eſt, ipſius ædificij, ſecundum, l. In fundo, ff. de rei vend.

CAPVT XCIV.

Si vaſallus ob crimen aliquod (feloniam appellant) feudo priuandus ſit, an fructus ante ſententiam latam perceptos reſtituere teneatur?

GRauis & non parui momenti controuerſia eſt. Vaſallus crimen cõmiſit, propter quod nõ ipſo iure priuatur feudo, ſed per iudicis ſententiam priuandus eſt. Antequam ſententia proferatur ex feudo ipſe fructus percepit, an lata poſtea ſententia priuationis feudi reſtituere eos teneatur. Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſenten-
B tiæ. Vna teneri, nec eos lucrari, ac ſuos facere poſſe. Ita Caſtrenſis ad l. 1. C. de his quibus vt indignis, & eodem in loco Angelus, Alex. & Iaſ. Martinus Laudenſis in c. 1. & ibidem Præpoſitus quib. mod. feudum amittatur in 2. Iacopinus in inueſtitura feudali, in verbo. Dictiq; vaſalli, num. 53. Zaſius par. 10. num. 74. Antonius Burgenſis in c. Ad noſtram, nu. 34. de empt. & vend. Bernardus Diaz. in pract. crim. cap. 123. Couar. de ſponſalib. p. 2. c. 6. §. 8. nu. 7. Ludolphus Schraderus 2. parte 9. partis princ. ſectione 3. num. 34.

Altera nõ teneri, ſed ſuos facere. Ita Corneus ad d. l. 1. C. de his quib. vt indig. Cardinal. in Clem. Conſtitutionem. §. Cæterum, de elect. Fel. in c. De quarta, nu. 33. de præſcript. Curtius ſenior conſ. 60. nu. 30. Bruuus cõſ. 41. nu. 49. Peregrinus de iure fiſci lib. 5. tit. 1. nu. 174.

Prioris ſententiæ fundamentũ eſt in l. 1. C. de his quibus vt indignis Impp. Seuerus & Antoninus: *Hæredes,*
C *quos necem teſtatoris inultam omiſiſſe conſtiterit, fructus integros cogantur reddere, neque enim bonæ fidei poſſeſſores ante controuerſiam illatam videntur fuiſſe, qui debitum officium pietatis ſcientes omiſerunt.*

Poſterioris ſententiæ multa huc adferre poſſem argumenta ex Felino loco annotato, quæ refert & refellit Antonius Burgenſis loco proximè citato, ſed non puto me operæ precium facturum, cùm admodum ſint leuia. Illud eſt præcipuum argumentum, ex quo & ipſe adduci patior, vt credam, hanc ſententiam probabiliorem eſſe, Vaſallus antequam per ſententiam iudicis feudo priuetur, iuſtè poſſidet feudum, Ergo facit fructus ſuos. Conſequentia patet, quia eſt in bona fide, & iuſtum etiam habet titulum, l. Bonæ fidei. ff. de acq. rer. dom. l. Qui ſcit. ff. de vſuris. Et licet crimen admiſerit priuatione feudi dignum, tñ titulum non amiſit quem habuit antequam ſententia proferretur, ſed iuſtè feudum retinere potuit.

Reſpondet Antonius Burgenſis, conſequentiam argu-
D menti bonam eſſe, ſed non rectè inferri, titulo poſtea reuocato (ſcilicet per ſententiam priuationis) fructus licet licitè perceptos non reuocari: Nam fructus reuocari titulo reuocato probat. l. Cùm autem. §. pen. ff. de ædil. edicto. l. Cùm quis. ff. de condict. ob cau. l. Imperator. ff. in diem addict.

Sed replicari poteſt, exempla legum allegatarum longè diſſimilia eſſe. Nam quod attinet ad l. Cùm quis, quæ loquitur de donatione cauſa mortis, ideo donatore conualeſcente fructus ſunt reſtituendi, quia donatio cauſa mortis non videtur perfecta, antequam mors donatoris inſequatur, l. Non videtur. ff. de donation. cauſa mortis. Quod verò attinet ad l. Cùm autem. §. penult. loquitur lex illa de venditione facta contra edictum, quæ ita reſoluitur, vt nihil amplius emptor conſequatur, quàm haberet, ſi venditio facta non eſſet, vt ibi dicitur non procul ab initio legis. Et latiùs in l. 1. ff. eod. tit.

Multò minus ad rem facit. l. Imperator, quia accipienda eſt de venditione conditionali, nimirum vt perficiatur venditio, niſi melior conditio adferatur; nam ſi puta

ſit ven-

ſit venditio, quæ ſub cōditione reſoluatur, fructus interea percepti ad emptorem pertineant, vt diſtinguitur in l.2. & ſeq. eiuſdem tituli.

Non igitur rectè leges illæ ad hanc quæſtionem allegantur, nec rectè generalis doctrina ex illis tradita eſt, titulo reuocato, etiam fructus reuocari: Authores enim illarum legū rectè in exemplis ibi propoſitis, ſtatuerunt regulam, fructus reſtituēdos, verùm generalem, quæ ad omnes caſus trahatur, non tradiderunt.

Alij huc adferunt. l. Videamus. 2. §. 1. ff. de vſuris, qua probatur, *ei qui petit id quod ſuum eſt, vel ſuum fuit, fructus etiam ante ſententiam latam, & litem moram perceptos reſtitui debere* ſunt verba Schraderi. Nō rectè id applicatur ad quæſtionem noſtram, quia non hic agit dominus feudi ad reſtitutionē feudi inſtituta in rem actione, vendicando rem ſuam, veluti à vaſallo non iuſtè detentam, iuſtè enim, & ex confeſſione & voluntate domini vaſallus illam habuit, ſed ad pœnam agit priuationis feudi: Huc pertinet iudicium, culpa ſeu felonia vaſalli, huc ſpectat & à iudice proferenda ſententia, ad ipſam reſpicit priuationem feudi. Non infirmat hæc ſententia titulum in præteritum tempus vaſalli, ſed in futurum, vt ſcilicet vaſallus poſthac feudo ſit priuatus, non vt olim priuatus fuiſſe videatur. Non trahitur retrò ſententia & culpa vaſalli, vt vno verbo dicam, ſed feudum domino aperit in futurum. Cur ergo fructus ante ſententiam iuſtè perceptos reſtituere vaſallum oportere dixerimus? Quòd ſit in mala fide poſt crimen perpetratum, vt in d. l. 1. C. de his quib. vt indig. Nequaquam hoc dicendum eſt, quia nemo tenetur pœnā ſubire ac ſoluere, antequā condemnetur, vt dicebat Gloſ. communiter recepta in cap. Fraternitas. 12. q. 2. S. Thomas 2. 2. q. 62. art. 3. Præclarè Reuerendus Pater Gregorius de Valentia orbis & vrbis huius ornamentum, vir incomparabilis Prudentiæ ac ſapientiæ, immortali laude & vita dignus, in commētarijs Theologicis Tomo 2. q. 5. de legibus. Punct. 6.

C Sed quid ad l. 1. Reſpōdeo, latum eſſe diſcrimen: *nam hæres qui ſciens defuncti vindictam omiſit, & inſuper habuit* (id eſt, neglexit) *fructus omnes reſtituere cogendū exiſtimaui; decepium autem ignoratione facti, his bona fidei defenſionem hab iturum*, ita Papinianus in l. Hæres ff. quibus vt indignis. Sic ergo quia ab initio eſt in mala fide poſſeſſor hæreditatis, cùm ſciat ex legibus, vel ſcire debeat, ſe adita non poſſe hæreditatem ante vindicatam defuncti necem, l. 3. §. Non tantùm. ff. ad Syllan. ſe non poſſe hæreditatem obtinere, ſi necem defuncti vindicare neglexerit, idcirco fructus reſtituit. At vaſallus initio malam fidem non habet, nam feudum à domino legitimo modo accepit; nec in principio indignum ſe ob culpam vllam reddidit, nihil enim anſuper habuit: & licet poſtea delictum commiſerit, donec tamen in eum ſententia priuationis lata ſit, non ignorat ſe iuſtè feudum poſſidere, quia ante latam ſententiam non tenetur pœnam ſubire; Quamobrem non eſt in mala fide, & conſequenter non tenetur fructus reſtituere. Eſt igitur diſtinguendum, an quis indignus ſit abſque vlla iudicis ſententia, ſiue executione, & is in mala fide eſſe dicitur, an verò indignus quidem ſit, ſed executio iudicis ac ſentētia expectanda ſit, & is ante ſententiam latam non eſt in mala fide, præclare Couar. in reg. Peccatum, in 2. parte, nu. 6. de regulis iuris, lib. 6.

CAPVT XCV.

Fendo ob vaſalli mortem ad dominum deuoluto, quid ſit de fructibus illius anni ſtatuendum?

De fructibus illius anni quo vaſallus moritur, & feudum domino aperitur, ita iure feudali conſtitutum eſt in §. His conſequenter, tit. Hic finitur lex Corradi; deinde conſuetudinaria regni incipiunt: *Quod ſi vaſallus decedat ſine herede maſculo, & contingat feudum ad dominum reuerti, ſic diſtinguitur. Quod ſi ante Martium, omnes fructus illius anni ex feudo prouenientes, ad dominum pertinebunt. Si verò poſt Calendas Martii vſque ad Auguſtum omnes fructus, qui interim percipientur, ad heredes vaſalli pertineant. Si verò poſt Auguſtum, omnes fructus anni percipit dominus. Quidam tamen dicunt, quocunque tempore anni decedat, omnes pendentes fructus ad dominum pertinere.*

Tres circa huius loci interpretationem ſunt Doctorum ſententiæ. Prima, ita accipiendum, vt verba ſonant, ac proinde vaſallo decedente poſt menſem Auguſtum, omnes fructus ad dominum pertinere, Ita Baldus & Iacobus Beluiſius, Petrus de Ferrarijs in formul. libelli, quo agitur ad reſtitutionem feudi, in verb. Nec ſe percepturis, num. 16.

Non placet hæc interpretatio, quia tūc textus non eſſet rationi cōſentaneus, ſicut Baldus fatetur, quamquam conatur rationem aliquam adferre.

B Secunda eſt interpretatio ac ſententia, nullam eſſe rationem habendam huius textus, quia illius diſtinctio iuſta non ſit; ideo ſpectandam eſſe diſtinctionem, circa fructuum diuiſionem, quæ ſeruatur inter hæredes fructuarij & dominum proprietatis, mortuo ipſo fructuario. Ita Albericus ad l. Defuncta. ff. de vſufruct. & alij quos citat & ſequi videtur Couar. lib. 1. variar. reſolut. c. 15. nu. 14. verſ. Præterea non eſt omnino. quibus adde Cuiacium in comment. feud. lib. 4. tit. 30.

Non placet, quia magna eſt authoritas librorum feudalium, vt dictum eſt ſuprà cap. 2. quod & de his libris in propoſito fatetur Ancaranus in conſil. 193.

Tertia eſt ſententia quam & ipſe amplector, fructus diuidendos eſſe eo modo, quo textus dicit, ita tamen, vt quod ait textus, mortuo vaſallo poſt menſem Auguſti omnes fructus anni ad dominū pertineant, ſic accipiendum ſit, id eſt, omnes fructus anni ſequentis, non veteris anni, quo defunctus eſt vaſallus. Hanc ſententiam ſecuti ſunt Andreas Iſernia, Aluarotus, Præpoſitus, & alij C præcipuè in commentarijs dicti loci, Zaſius parte 10. num. 109. verſ. Vltimo videndum de fructibus. Hartmannus Piſtorius lib. 1. quæſt. 24. nu. 45. Ludolphus Schraderus parte 2. q. partis princip. ſect. 3. num. 73. 74. quod ego ſic declaro. Annus, exempli cauſa, inchoari debet initio Septembris, ſi ante Calendas Martij moriatur, fructus illius anni, qui videlicet poſt menſem Martium percipientur vſque ad mēſem Septembris, ad dominum pertinebunt; ſi poſt Calendas Martij deceſſerit, fructus pertinebunt ad hæredes vaſalli, ſcilicet fructus qui percipientur vſque ad menſem Septembris, ſiue Auguſti inclusiuè. Si verò poſt Auguſtū moriatur, omnes fructus anni ad dominum pertinebunt, non anni iam præteriti, ſed anni noui inchoati, qui tunc incipit in Septembri, & iterum deſinet in alium ſequentem menſem Septembris, quæ ſupputatio, quam ob cauſam introducta ſit, fateor me D nondum aſſecutum eſſe, quamobrem loquutus ſum, l. Non omnium. ff. de legibus, hoc quid Sontboccus & alij hac de re dixerint, non ignorarem. Igitur ſit cautela data ratio, vt vaſallo mortuo poſt exactum Auguſti menſem (ſic enim interpretor, licèt aliqui malè poſt Calendas interpretati ſint) fructus vindemiales menſis Octobris & ſimiles, qui tardius percipi ſolent, ad heredes vaſalli mortuo pertinebunt, quia ille toto anno vineam coluerat, & expenſas fecerat. fructus autem anni futuri, hoc eſt, noui et inchoati, ad dominum pertinebunt.

CAPVT

CAPVT XCVI.

Vtrum etiam penſiones, fructus nomine contineantur in ſpecie capitis præcedentis, nimirum d. §. His conſequenter. tit. Hic finitur lex Corradi, &c.

SEd rurſus controuerſia eſt, an illa diſtinctio circa fructus quæ cõtinetur in d. §. His conſequenter. tit. Hic finitur lex, &c. Et de qua in præcedenti capite diſputatum eſt, accipienda ſit latius, vt etiam penſiones comprehendat. Affirmant Andreas Iſernia, Baldus, Aluarotus, & Præpoſitus in commentarijs dicti loci, Hartmannus Piſtorius lib. 1. q. 24. nu. 57. Ludolphus Schraderus 2. parte, 9. partis principalis, ſectione 3. nu. 53.

Negant Petrus Ancaranus in conſi. 193. & Alex. ad l. Diuortio, nu. 3. ff. ſol. matr. quibus me lubens ſociũ adſcribo. B Nam præclarè Briſſonius lib. 6. de verb. ſign. fructus nomen cùm ad corpus refertur, eos propriè, qui ex re ipſa naturaliter enaſcuntur fructus complectitur, ac proinde & ab vſuris, & à pẽſionibus, mercedibus, vecturis iumentorum cæteriſque obuentionibus ſeparatur. l. Ancillarum. 30. ff. de petitione hæred. l. Vſuræ 34. ff. de Vſuris. l. Cùm ſeruus. 39. §. Fructus, de legatis primò. l. Cùm de donatione. 11. ff. de donatio. Cùm non natura perueniant, ne ex ipſo corpore ſint, ſed de iure percipiãtur, & ex obligatione. l. Si nauis. 62. ff. de rei vend. l. Vſura. 121. ff. de verb. ſign. Cùm igitur text. in d. §. His conſequenter, de fructibus loquatur, ex feudo prouenientibus, non videtur penſiones comprehendere, quę non ex corpore proueniunt, ſed iure percipiuntur ex obligatione. Et licet penſiones ſæpè vicem fructuum obtineãt, id tamen ex iuſta quadam interpretatione fit, non ex verbi ſignificatione & natura: Nec vlla ratio eſt fructus nomẽ latè interpretandi, & ad penſiones producendi in hac C qua de agitur diſputatione: quandoquidẽ diſtinctio iuris feudalis, iuri communi ſatis conſentanea non eſt, conſequenter non extendenda. l. Quod verò contra. ff. de legibus, & cùm eius ratio non poſſit intelligi, conſequenter intelligi non poteſt, an & in penſionibus locum debeat ſibi vendicare.

Primum argumentum contrariæ ſñiæ eſt, quñ alicui ſimpliciter conceduntur omnes fructus ad tempus certum vel incertum, ex aliqua re percipiendi vſusfructus conceſſus intelligitur. l. Si quis ita. 20. ff. de vſuf. l. Per ſeruum. 14. §. 1. ff. de vſu & habi. l. Cùm ita 41. ff. de vſufru. leg. ſed tex. in d. §. His conſequenter, loquitur de omnibus fructibus, vt patet ex illis verbis: *Omnes fructus illius anni ex feudo prouenientes, &c.* Ergo his verbis vſusfructus continetur. Vſusfructus autem proculdubio penſiones continet, ſicut & omnem aliam commoditatem. l. Vſufructu legato. l. Item ſi fundi. ff. de vſufr.

Reſpondeo, maiorem propoſitionem tũc veram eſſe, D cùm fructus in annos ſingulos legantur. Sic loquuntur leges allegatæ: Eſt enim perinde cùm in annos ſingulos fructus legãtur, ac ſi vſusfructus legetur, quod & Accurſius notauit in l. Per ſeruum. 14. §. 1. ff. de vſu & habitat. Nam cùm tex. ibi dicat: *Vſusfructus an fructus legetur, nihil intereſt;* Accurſius ait id verum eſſe, *cùm dico annuos fructus ad in ſingulos annos, vt in l. Si quis ita 20. eodẽ tit.*

At in dicto. §. His conſequenter, non fit mẽtio fructus annui, ſiue in ſingulos annos relicti, ſed fructus illius anni tantum, quo vaſallus decedit ex feudo prouenientis. Ergo nihil argumentum obſtat.

Secundũ eſt, quia fructus appellatione omnis vtilitas atq; commoditas intelligitur. l. Loci corpus. §. In confeſſoriam. ff. ſi ſeruitus vend. l. Fructus, de reg. iuris, imò & penſiones loco fructuũ naturalium ſubrogantur. l. Mercedes. 29. ff. de pet. hęred. l. Prædiorum. 36. ff. de vſuris.

Rñdeo, negari non poſſe quin appellatione fructuum etiam penſiones, mercedes, & id genus alia contineantur: A verùm id ex iuſta interpretatione accidit, cùm. ſ. iuris rõ & æquitatis ita poſtulat: nec fit mẽtio fructuũ, qui ex ipſo corpore proueniunt, vt in d. §. His cõſequenter. Nulla aũt iuris ratio, aut æquitatis poſtulat, vt quod contra iuris rationem receptũ eſt in fructibus ex feudo, hoc eſt, ex corpore rei prouenientibus, perducatur ad pẽſiones in caſu noſtro, quæ non propriè fructus dicuntur.

CAPVT XCVII.

Rurſus de fructibus controuerſia proponitur, vaſallo mortuo & feudo agnatis aperto, ſitne eadem adhibenda diſtinctio?

EXiſtimo fructuum diuiſionẽ, quæ cõtinetur in §. His cõſequẽter. tit. Hic finitur lex, &c. ſeruandam eſſe nõ ſolùm eo caſu, quo vaſallo vita functo feudum ad dñm reuertitur, B qui caſus ibi expreſſus eſt, verum ẽt cũ ad agnatos deuolutum eſt. Et moueor, quia eadem eſt ratio in vtroque caſu, & idẽ ſeruandum eſſe indicat tex. in c. 1. An agnatus vel filius, &c. ſic enim ait: *Si contigerit vaſallum ſine omni prole decedere, agnatus ad quem vniuerſa hereditas pertinet repudiata hereditate feudum, ſi paternũ fuerit, retinere poterit, nec de debito hereditario aliquid feudi nomine ſoluere cogitur. ſed in fructibus, ſi quos reliquit, vt de eis debitum ſoluatur, quo tempore deceſſerit, ſecundum quod ſuprà diximus, conſiderabitur.* Tempus quo vaſallus deceſſerit, conſiderandum eſt ſecundum ea quæ habentur in dicto §. His cõſequenter, quia fructus ad hæredes vaſalli ſpectant, vel ad agnatos, ſecundum illam diſtinctionem, alioqui fruſtra tempus mortis vaſalli conſiderabitur, fruſtra ad illa diſtinctionem relatio habetur.

Atque ita docuerunt Baldus, Aluarotus, & Afflictus in d. cap. 1. an agnatus, vel filius, Socinus ſenior in l. Di- C uortio. ff. ſol. matrim. Sonsbecius in tract. feud. parte 10. Hartmannus Piſtorius lib. 1. q. 24. nu. 50. Ruinus in cõſi. 14. nu. 8. 9. 10. 11. lib. 1.

Contrariam ſententiam habuerunt alij, exiſtimantes fructus eſſe pro rata anni diuidendos inter vaſalli hæredes & agnatos, ita Raphael Cuman. in d. l. Diuortio. ff. ſol. matr. & ibidem Alex. num. 3. Marinus Frecia de ſubfeudis lib. 3. differ. 5. circa fi. Albertus Brunus conſ. 106. Borgninus Caualcan. de vſufructu nu. 244. VVeſenbecius conſi. 93. nu. 8. 9. & 10. lib. 2. Ludolphus Schraderus de feudis, par. 2. 9. partis princip. ſect. 3. nu. 82.

Fundamentum eſt, quia ita iure cõmuni conſtitutum eſt, vt fructus pro rata temporis diuidãtur eo anno, quo maritus vita functus eſt inter hęredes & eius vxorẽ. l. Diuortio. ff. ſol. matr. quod & in ſimilibus caſibus ex doctorum interpretatione receptum eſt, tanquam æquitati & iuſtitiæ conſentaneum; Ergo idem etiam in fructibus feudi recipiendum eſt: quñquidem in illis alter expreſsè libris feudorum conſtitutũ nõ apparet. Nec. n. diſtinctio D illa quæ habetur in d. §. His conſequẽter, ad hunc caſum producẽda eſt, cùm loquatur de feudo ad dñm deuoluto, non autem ad agnatos. Etenim cùm exorbitet à iure communi, & à ratione iuris reſtringẽda videtur potius, quàm extendenda. Nec tex. in d. c. 1. an agnatus, &c. illã diſtinctionem fructuum inter agnatos ac hæredes vaſalli introducit, aut locum habere ſtatuit. Sed hoc tantùm vult, ex fructibus feudi debita hæreditaria ſoluẽda eſſe. Aliud eſt autem de fructibus feudi, aliquem teneri vel non teneri ad ſoluenda debita, aliud verò fructus ex feudo prouenientes percipere, vel non percipere.

Sed hęc argumẽta parũ mouent, quia fateor conſtitutionẽ illam. §. His cõſequenter, ſtrictè accipiendam eſſe, nec producendã ad cõſequentias: ſed illud vrgeo, eandẽ eſſe rationẽ, ſiue feudũ aperiatur dño, ſiue agnatis. Deinde vrgeo tex. in d. c. 1. An agnatus vel filius, in quo quidẽ tex. non id principaliter agitur, vt declaretur illã diuiſionẽ fructuũ locũ habere inter agnatos, & vaſalli defuncti hæredes,

hæredes, ſed quomodo ex fructibus feudi debita hære- A ditaria ſint ſoluenda, & ait textus; ſoluenda eſſe in fructibus, ſi quos vaſallus reliquit. Vt autem hęc ſolutio ex fructibus fiat, ait text. conſiderandum eſſe tempus, quo vaſallus deceſſerit. Nam fructus vaſallo mortuo aliquãdo ad hæredes eius expectabunt, aliquando ad agnatos: quatenus ad agnatos ſpectabunt, illi tenebuntur ex fructibus debita ſoluere. Sin autẽ ad hæredes pertinebunt, illi ſatisfacient creditoribus, non agnati. Quib. omnibus conſideratis perſpicuum euadit, authores iuris feudalis etiam hoc in caſu locum habere voluiſſe fructuũ diuiſionem, quæ continetur in d. §. His conſequenter, quia illa diuiſio tempus mortis vaſalli potiſſimùm cõſiderat.

CAPVT XCVIII.

Sitne Laudemium domino ſoluendum pro conſenſu præſtito alienationi feudi? B

NOn ſunt pauci, neque obſcuri nominis authores, qui exiſtimauerint, Laudemiũ domino feudi ſoluẽdum ob conſenſum alienationi feudi prǽſtitum ad exemplum rei emphyteutidæ, pro qua quinquageſimam ſoluendam eſſe domino ſatis cautum eſt in l. vlt. C. de iure emphy. Videtur enim eadem ratio; & aliàs ſæpè argumentari ab emphyteuſi ad feudum ſolemus. Gloſ. in c. Imperialem, §. Illud, in verb. niſi requiſitus, de prohib. feu. alien. per Frider. Andr. Iſer. in c. 1. §. Similiter, de capit. Corra. Et afflict. ibid. nu. 14. Hippoly. Rimin. alios citans in conſ. 38. nu. 17. lib. . .

Sed contrarium reſponderunt alij multi, quos refert & ſequi videtur Amadeus à Ponte, in quæſt. Laudemialibus, cap. 3. & Hartmannus Piſtorius lib. 1. quæſtionum iuris, q. 50. nu. 61. & alij à Schradero citati par. 10, ſect. 2. num. 49. C

Et iſtis ego aſſentior. Fundamẽtum eſt ſolidum, quia in libris feudorum hac de re cautũ non eſt; nec videtur id conſentaneum menti eorum qui eoſdem libros ſcripſerunt. Nam ſatis accuratè prohibitam eſſe feudorum alienationem, abſq; conſenſu domini teſtati ſunt, quod autem pro cõſenſu & approbatione aliquid domino ſoluendum ſit, nullum verbum fecerunt. Cur igitur nos interpretatione noſtra, qui æqui & boni notitiam profitemur noua onera vaſallis imponimus, ſine legis, ſine principis iuſſu, authoritate, & voluntate.

Quod verò ad emphyteuſim attinet, obſeruandũ eſt, olim ſolitos fuiſſe dominos exigere hæc quæ laudemia nunc vocamus, ſed *ne auaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent; quod vſq. ad præſens tempus perpetrari cognouimus, non amplius eis liceat pro ſubſcriptione ſua, &c. niſi quinquageſimam partem pretii, vel æſtimationis loci, qui ad aliam perſonam trãsfertur, accipere*, ſunt Iuſtiniani verba in d. l. 3. C. de iure emphy: D ex quibus intelligi poteſt, cõſuetudinem olim fuiſſe exigendi laudemia, ſed ne auaritia dominorũ plus emphyteutæ, quàm par eſſet, ſoluere cogerentur, certam quantitatem definitam fuiſſe. At in alienatione feudorũ non conſtat eam conſuetudinem fuiſſe aliquid exigendi, ac proinde nulla moderatione opus fuit. Cauendum igitur ne nos illã inducamus, nouęq; legi anſam præbeamus, quæ & in feudis hęc grauamina moderetur, prǽſertim verò cùm feudum non prætextu pecuniæ, ſed amore domini acquirendum eſſe dicat text. in cap. 1, de feudo dato in vicem legis commiſſoriæ.

CAPVT XCIX.

Alienans feudi partem abſque conſenſu domini, an cadat à toto?

COmmunis eſt & vera doctorum ſentẽtia, vaſallum qui abſque domini conſenſu feudi partem alienauit, à toto feudo non cadere, ſed à parte duntaxat alienata, vt reſpondit Aret. in conſ. 14. nu. 5. & alios citans Curt. iun. de feudis, par. 4. nu. 153. alios citat Rolan. à Valle in conſ. 17. nu. 6. 7. lib. 2.

Fundamentum eſt firmiſſimum in c. 1. de vaſallo, qui contra Conſtitutionem Lotharij Regis beneficium alienauit, vbi ſic dicitur: *Si vaſallus contra cõſtitutionem Lotharii Regis beneficium alienauerit, ſi totum, perdat totum, ſi partem, perdat partem, & ad dominum reuertatur.* Quibus verbis nihil clarius eſſe poteſt. B

Contrarium tamẽ ex iuris rigore verius eſſe dicebat Bald. in c. 1. §. Si verò vel in totum, qualiter olim feud. alie. pot. adductus in hanc ſententiam ex c. Imperialem, de prohi. feu. alien. per Fridericum, vbi dicitur ſic: *Hac edictali & Deo propitio perpetuò valitura lege ſancimus, vt nulli liceat feudum totum, vel partem aliquam vendere, vel pignorare, vel quocunque modo diſtrahere, ſeu alienare, vel pro anima iudicare, ſine permiſſione illius domini, ad quem feudum ſpectare dignoſcitur.* Et inferius hæc pęna ſubiicitur: *Pœna authoritate noſtra imminente, vt venditor & emptor, qui tam illicitas alienationes reperti fuerint contraxiſſe, feudum amittant, & ad dominum liberè reuertatur.* Quibus verbis textus indicare videtur, ſiue totum feudum fuerit alienatum, ſiue pars, feudum amitti, ſcilicet totum.

Non rectè, quia Fridericus Imperator in ea conſtitutione non corrigit alias conſtitutiones, ac præſertim Lotharij, ſed eam potius interpretatur, vt non ſolùm ad futuras, ſed etiam ad præteritas alienationes pertineat. Id patet ex illis verbis: *Vnde Imperator Lotharius tantùm in futurum præcauens, ne fieret, legem promulgauit. Nos autem ad pleniorem regni vtilitatem prouidentes, non ſolùm in poſterum, ſed etiam huiuſmodi alienationes illicitas hactenus perpetratas, hac præſenti ſanctione caſſamus, & in irritum deducimus.* Cùm itaq; is qui contra Lotharij conſtitutionem feudi partem alienauit, partem duntaxat amittat, vt in d. c. 1. de vaſallo, qui contra conſt. Loth. &c. nec diuerſum à Friderico conſtitutum ſit, ita debemus Friderici conſtitutionẽ interpretari, vt in hac parte non repugnet interpretationi, quæ adhibetur conſtitutioni Lotharij, & ideo ſic illa verba exaudire, vt pęna amiſſionis feudi locum habeat, ſcilicet totius, ſi totum feudum vaſallus alienauerit, vel partis feudi, ſi partem tantùm alienauerit. C D

Alij aliter hanc rem explicant, diſtinctione adhibita, an vaſallus partem feudi alienauerit, abſque conſenſu domini, tanquam feudalem, & hoc in caſu non amittat totum feudum, ſed partem tantùm alienatam, an verò non tanquam feudalem alienauerit, & hoc poſteriore caſu totum feudum amittat, quia in domini contemptum videtur alienare, ita poſt Baldum Ioan. Andr. Pariſium, & alios reſpondit Rolandus à Valle, in d. conſ. 17. nu. 27. lib. 2.

Sed quid opus eſt diſtinctione in re tam perſpicua & ſtatute feudali? tam etiam conſona rationi & æquitati, ne pœna ſit maior delicto? Si contemptus domini ratio habenda ſit ad hunc effectum, decidendum erat, vaſallum totum feudum amittere debere, quia ſine domini conſenſu alienando, ſiue totum, ſiue partem, dominum contemnit, cap. 1. §. vltimo in fine, quæ fuerit olim prima cauſa benef. amitten. Sed non ſic durè agendum fuit, quia ſatis eſt in eo, in quo quis peccauit, pœnam ſubire.

CAPVT C.

Poſſeſſorij quæſtio inter vaſallos de feudo, ſitne coram ordinario iudice, vel coram feudi domino tractanda.

COmmunis eſt vera ſententia, inter vaſallos ortam litem tam circa proprietatē, quàm circa poſſeſſionem feudi, ſiue vt clarius loquar, ſiue poſſeſſorij cauſa ſit, ſiue petitorij illam coram domino tractandam, ac ab eo definiendam eſſe, canoniſtæ ſic docent in c. Cæterùm. de iud. Clarus in §. Feudum. q. 90. Zaſius par. 11. nu. 22. Curtius iunior par. 7. nu. 21. Ludolphus Schraderus alios citans, par. 10. ſect. 1. num. 77. quibus addi poteſt Duaren. de feudis, cap. 20. num. 7.

Fundamētum eſt illud ſatis firmum, quod ſumitur ex varijs locis, in quibus apertè deciditur cauſam eſſe co-
B gnoſcendam apud feudi dominum, ſi de feudo oriatur lis inter vaſallos, cap. Imperialem. §. Præterea ſi inter. de prohib. feudi alie. per Fridericum, vbi tex. *Præterea ſi inter duos vaſallos de feudo ſit controuerſia, domini ſit cognitio.* c. Cæterùm, de iud. c. Verùm. de foro competen. c. Ex tranſmiſſa. eod. tit. Et ſi dicatur hæc iuris loca eſſe accipiēda, cùm vertitur cauſa petitorij, reſpōdetur eundem eſſe iudicem cauſæ poſſeſſionis & proprietatis, cap. 1. de cauſa poſſeſſ. & proprie. l. Nulli. C. de iudicijs.

Cōtrarium docet Gloſ. in c. Cæterùm. de iudicijs, Bal. in c. Imperialem. §. Præterea ſi inter, nu. 6. de proh. feudi alien. per Frider. Martinus Laudēſis in c. 1. nu. 7. apud quem vel quos Oſaſcus deciſ. Pedem. 97. nu. 9.

Fundamentum eſt in c. Ex parte, de foro compet. ibi: *Non obſtantibus exceptionibus aliis quæ in petitorio potiùs quàm in poſſeſſorio, quod Regina contra eundem nobilem intentabat, locum habere videntur.* Erat autem vna inter
C alias exceptiones, *quod dicta Regina ius ſuum coram domino feudi proſequi debuiſſet*, vt in eodem capitulo habetur.

Reſpondeo, vt rectè monet Duarenus argumentum ſumi de ſpecie ad genus, contra iuris veramq; argumentandi rationem. Nam etſi in illa facti ſpecie (quia vidua ſpoliata *ſpoliatorem ſeu detentorem rei coram Eccleſiaſtico iudice poterat conuenire, cuius intereſt viduas defenſare*, vt ibi dicitur) ordinarius iudex Eccleſiaſticus cognoſcere potuerit, non tamen generalis regula cōſtituenda eſt in poſſeſſorijs cauſis ordinarium iudicem cognoſcere oportere. Nō ignoro vrgeri poſſe verba illa inferius poſita, exceptiones nimirum illas locum habere in petitorio potius quàm in poſſeſſorio, ſed retinenda ſemper eſt facti ſpecies, & circumſtantia perſonarum ad quam reſpondit ſummus Pontifex. Et inde argumentum ſumi debet, illas exceptiones locum habere in petitorio po-
D tius, quàm in poſſeſſorio, ſecundum illam facti ſpeciem, & perſonæ circumſtantiam.

CAPVT CI.

Si quæſtio ſit inter duos de feudo, & quilibet dicat ad ſe pertinere, negans alterum ius habere in feudo, an cognitio ad dominum ſpectet, vel ad ordinarium iudicem.

S*I inter duos qui dixerint ſe eſſe vaſallos, de feudo fuerit dubitatio, alter alterum ad dominum trahere non poteſt inuitum, vel eius curiæ iudicium* Sic legitur in tit. de inueſtitura in maritum facta. §. Illud. & idem ferè habetur in c. 1. de lege Corradi.

Quibus argumentis communis ſententia inuecta eſt, quam & ipſe veriſſimam eſſe cenſeo, dominum feudi iudicem non eſſe in hoc caſu, cum lis de fundo agitur inter duos, quorum alter negetur vaſallus eſſe, qui alia feu-
A da non obtinet, ſed illud, de quo eſt controuerſia, ad ſe pertinere contendit, altero ſimiliter nullū aliud feudum poſſidente, vt neceſſe ſit alterum ex ijs dūtaxat feudum obtinere per iudicis ſententiam, ac proinde ſolùm eſſe vaſallum, altero excluſo. ſic cōmuniter doctores cenſuiſſe, Curtius iunior ſcribit par. 7. nu. 5. Zaſius par. 11. nu. 8. Iacopinus in verſ. Et dicti vaſalli, nu. 1. Decius in c. Cæterùm. de iudicijs, nu. 11. Duarenus de feudis, c. 20. nu. 2. 3. Iacobus Cuiacius de feudis, lib. 2. tit. 15.

Sed contrarium alij docuerunt, nimirum iudicem eſſe dominum, etiam hoc in caſu. Andreas Iſern. ad c. Imperialem. §. Præterea ſi inter. nu. 73. de proh. feudi alien. per Fridericum. Afflictus ibid. num. 1. Panormitanus in c. Cæterùm. num. 13. de iudicijs. Ludolphus Schraderus quoſdam alios citans parte 10. ſect. 2. num. 8.

Fundamentum eſt in c. Imperialem. §. Præterea ſi in-
B ter. de prohib. feud. alien. per Frider. vbi dicitur: *Si inter duos vaſallos de feudo ſit controuerſia, domini ſit cognitio.* Et in c. Ex tranſmiſſa. de foro compet. ibi. *Per dominum feudi cauſam iubeas terminari.*

Quibus textibus tāquam poſterioribus exiſtimatum eſt, derogatum eſſe anterioribus legibus, quia poſteriores conſtitutiones derogant prioribus. l. vlt. ff. de cōſtit. principum.

Non rectè mea ſententia, quia tex. in d. §. Præterea. nō attingit hanc noſtram facti ſpeciem, ſed aliam diuerſam, cùm inter duos vaſallos de feudo controuerſia eſt. ſic. n. verba expreſsè ſonant. At hic inter duos vaſallos nō eſt controuerſia, quia vnus duntaxat vaſallus erit. Vterque enim cōtendit ſe vaſallum ſolum eſſe, & alterum excludit, quamobrem is qui vincet, ſolus erit vaſallus, is qui vincetur non erit. Verba igitur non conueniunt propoſitæ huic quæſtioni. Huc poſſem adferre vulgata doctorum pronunciata. Non eſſe correctionem legum inducendam, niſi expreſsè dicatur. Promptum eſſe & expe-
C diens, leges legibus concordare. Illam præferendam interpretationem, quæ tollit repugnantiam; ſed res clara ſatis, his non eget adminiculis.

CAPVT CII.

Qui ſint pares curiæ, Controuerſia vna.

SI Controuerſia ſit de feudo inter dominum & vaſallos pares curiæ, iudices fore palam eſt ex c. Imperialem. §. Præterea ſi inter. de prohib. feudi alien. per Frider. & in c. 1. de controuerſia feudi apud pares terminādæ. Rurſus pares curiæ eos eſſe conſtat, *qui ab eodem domino feudum tenent*, vt in c. 1. §. Teſtes. ſi de feudo inter dom. & vaſal. lis oriatur. Quamobrem nulla prorſus oriri controuerſia debuerat. Sed ita hominum ingenia compara-
D ta ſunt, vt nihil tam clarum ſit, quod ex ijs dubium non reddatur, quæ poſtea emergunt. Controuerſia igitur orta eſt, an ſit neceſſe, vt ſimile feudum ab eodem domino habeant ij, qui pares dicuntur, eiuſdemque dignitatis & qualitatis exiſtant, an verò ſufficiat eos feudum ab eodem domino habere, licet cum eo feudo, de quo agitur, dignitate & æſtimatione conferri nequeat. Veteres multi eandem qualitatem exigunt, vt pares dicantur, quaſi hoc verbi naturæ inſit: Innocētius, Panormitanus, Ioan. Andreas, Baldus, Barbatia, Imola in ca. Cæterùm. de iudicijs. Iacopinus in verbo, dictique vaſalli. nu. 10. Alexander in conſ. 79. num. 1. lib. 1.

Contra, alij hanc qualitatem neceſſariam eſſe non putauerunt, Fel. in c. Cæterùm. nu. 11. de iudi. Decius ibid. nu. 13. Curtius iunior de feudis, par. 7. n. 34. Menochius de retinen. poſſeſſ. rem. 3. nu. 438. Franc. Sonsbecius par. 14. nu. 3. quibus aſſentitur Ludolphus Schraderus p. 10. ſect. 7. nu. 40. quibus & ego quoq; aſſentior. Neq; enim legem video requirētem iſtam dignitatis æqualitatem, ſed contra, ait lex, ſimpliciter eos pares eſſe, qui ab eodē

domino

domino feuda tenẽt. Cur igitur ſolliciti ea de re ſumus, de qua eſſe nõ debemus, ſi verba clara legis ſeruanda cuſtodiendaq; ſunt. Non malè huc adfertur, plus & minus nõ conſtituere diuerſam ſpeciem. l. vlt. ff. de fundo inſtr.

CAPVT CIII.

Sententia ſuper feudo lata contra vaſallum feudi poſſeſſorem, an noceat agnatis, qui poſſeſſore mortuo ad feudum vocantur.

VIdeo & in hoc articulo in contrarias itũ eſſe ſententias, vtrum lata ſententia contra poſſeſſorem feudi noceat agnatis, qui poſt mortem illius ad feudum ſunt vocati. Multi enim (& hæc crebrior ſententia eſt) non nocere exiſtimauerunt, niſi fuerint citati, vel litis habuerint ſcientiam. Alioqui verò etiam non citatis, neque ſcientibus ſententiam obeſſe voluerunt. Vide Iſerniam in c. 1. § Si vaſallus. tit. ſi de feudo fuerit controuet. inter dom. & agna. vaſalli, & Afflictum ibid. nu. 20. Curtium iuniorem par. 7. q. 9. Zaſiũ ad l. Sępe, nu. 32. ff. de re iud. Felinum in cap. vlt. nu. 5. de maio. & obed. Decium conſil. 445. nu. 29. Alexandrum conſil. 86. & 156. lib. 2. Ruinum ad l. Filiusfam. § Diui. nu. 84. de leg. 1. & Alex. ibid. & ad l. Sæpe, nu. 99. ff. de re iud. & nu. 110. nec non Ripam nu. 60. Socin. iun. conſil. 131. num. 93. lib. 2. Crauet. conſi. 197. nu. 7 Pinellum alios citantem ad l. 1. in 3. parte, num. 48. C. de bonis mater. Didacum Couarr. pract. quæſt. cap. 13. nu. 6. Menochium in conſi. 501. lib. 6. & in conſil. 630. nu. 23. lib. 7.

Ad hanc cõtrouerſiam explicandam duas mihi patere vias intelligo. Altera eſt ex Doctorum placitis & traditionibus, nulla lege munitis. Altera ex iuris authorum fontibus deducitur. Priori autem relicta, non mala illa quidem, ſed nõ ſatis tuta: poſteriorem ingredior, nullis ferè expoſitam periculis, atq; ſic ſtatuo: nocere ſucceſſoribus agnatis ſententiam in vaſallum poſſeſſorem feudi latam. Sceuola: *Ex contractu paterno actum eſt cum pupilla autore tutore, & condemnata eſt. poſtea tutores abſtinuerunt eam bonis paternis, & ita bona defuncti ad ſubſtitutum, vel cohæredes peruenerunt. Quæritur, an ii ex cauſa iudicati teneantur. Reſpondi, dandam inter eos actionem iudicati, niſi culpa tutorum pupilla condemnata ſit.* l. 44. ff. de re iudi. Hac lege probatur, ſententiam latam contra hæredem nocere ſubſtitutis. Non fit mentio citationis, nec ſcientiæ litis, quam ſubſtituti habuerint. Vnum caſum excepit Sceuola, cùm tutoris culpa pupilla cõdemnata eſt: quem caſum & nos excipere poſſumus, niſi culpa poſſeſſoris feudi lata ſit ſententia. Par eſt ratio: ſubſtituti ius habent à teſtatore, non ab hærede, ſimiliter & agnati ex primo inueſtitore, nõ ex vaſallo, qui poſſidet.

Sic & ſententia lata contra teſtamentum, niſi hæredis culpa interuenerit, nocet legatarijs. l. Qui repudiantis. §. vlt. ff. de inoffic. teſtam. quibus propterea permiſſum eſt teſtamentum defendere, ſi ſuſpecta ſit colluſio inter ſcriptum hæredem, & eum, qui de inofficioſo agit, & à ſententia quoque appellare. l. ſi ſuſpecta. ff. eodem tit.

Quid enim in propoſita facti ſpecie agnatorum ſcientia, vel citatione opus eſt? Vlpianus: *Denunciari autem oportet iis, quos proxima ſpes ſucceſſionis contingit; utputa primo gradu hæredi inſtituto, non etiam ſubſtituto.* l. 1. §. Denunciari. ff. de inſpiciendo ventre.

Sed audiamus Iſerniam in dicto §. Si vaſallus. 2. num. 11. quem cæteri Doctores ſecuti ſunt: *Nota tamen quod cum ſententia datur in feudatarium poſſidentem naturaliter, vel contra dominum poſſidentem ciuiliter, non obeſt alteri ſententia, contra alterum lata, niſi ſciuiſſet. ff. de re iudicata l. Sæpe.*

Nihil ad rem facit. l. Sæpe. Marcellus ita reſpondit: *Sæpe conſtitutum eſt res inter alios iudicatas aliis non præiudicare, quod tamen quandam diſtinctionem habet. Nam*

A *ſententia inter alios dicta, aliis quibuſdam etiam ſcientibus obeſt, quibuſdam verò etiamſi contra ipſos iudicatum ſit, nihil nocet.* Et paulò poſt: *Sed ſcientibus ſententia, quæ inter alios dicta eſt obeſt. cùm quis de ea re, cuius actio vel defenſio primum ſibi competit, ſequentem agere patiatur. Veluti ſi debitor experiri paſſus ſit creditorem de proprietate pignoris, aut maritus ſocerum, aut vxorem de proprietate rei in dotem acceptæ, &c.*

Nullum verbum, exemplum nullum hoc reſponſo continetur, quod pertineat, aut aliquo pacto ad rem noſtram accommodari poſſit.

Alij vrgent hoc argumentum; Res quæ non põt alienari, non poteſt in iudicium deduci. l. ait Prætor. ff. de iure delib. ibi: *Eſt enim abſurdum, &c.* ſed feudum alienare vaſallus non poteſt ſine conſenſu agnatorum. cap. 1. de alien. feudi pater. Ergo nec in iudicium deducere.

Reſpondeo, maiorem propoſitionem argumenti generaliter

B ſumptam non eſſe veram. Nam pater qui legitimam adminiſtrationem habet bonorum maternorum filij, non poteſt ea alienare, & tamen actiones ſuſcipere & exercere poteſt. l. 1. C. de bonis maternis.

Quod verò attinet ad l. Ait Prætor. ff. de iure. delib. rectè monuit Pinellus in commentarijs. d. l. 1. C. de bonis mater. in 3. parte, nu. 47. illa verba, *Eſt enim abſurdum, cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere,* reſtringẽda eſſe ad illam facti ſpeciem. Dicit lex, ſi pupilli pupillęve nomine poſtulabitur tempus ad deliberandũ, an expediat eã hæreditatem retinere, & hoc datum ſit, bona interim diminui vetabo. Sed quare Prætor impedit diminutionẽ? meritò, inquit textus, quamdiu nomine pupilli petitur tempus ad deliberãdum. Deinde ſubdit: *His verbis non tantum Prætor alienationem impedit, verùm etiam actiones exerceri non patitur. Eſt enim abſurdum.* ſcilicet in ea facti ſpecie, *cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere*, non generaliter in cęteris cauſis.

C

CAPVT CIV.

Cùm vaſallus ipſo iure feudo priuatur ob feloniam, vtrum ſi moriatur, dominus poſſit eius hæredi feudum adimere.

COntrouerſia eſt, ſi vaſallus committat feloniam, ob quam ipſo iure feudo priuatus ſit, & antequam dominus conqueratur, ab hac vita decedat, an liceat domino aduerſus hæredem eius conqueri, feudumque ei adimere, tanquam ad ſe deuolutum vendicãdo. Nam aliqui dixerunt non poſſe, vt videre licet ex Curtio iuniore, par. 4. nu. 156. ſub finem, vbi citat Baldum ad l. vlt. C. de donatio. Alij communiter dixerunt, poſſe dominum, etiam vaſallo defuncto, feudum vendicare. Vi-

D de Clarum §. Feudum. q. 65. Alij denique, quaſi opiniones conciliando priorem ſententiam locum habere voluerunt, cùm ſententia declaratoria requiritur. Poſteriorem autem cùm nulla contra vaſallum declaratoria requiritur ſententia. Conſtat enim ferè inter omnes, licet pro crimine pęna ipſo iure conſtituta ſit, neceſſariam tamen iudicis ſententiam eſſe, per quam de facto ipſo conſtet, vt latè deducit Iacobus Menochius in conſil. 199. num. 168. lib. 1. paucis caſibus exceptis, de quibus Andreas Geyll. libro 2. obſeruat. 51. & de pace publica. libro 2. cap. 3.

Mihi ad fundamenta reſpicienti, illud primũ monendum videtur, ſententiam cõmuniorem veriſſimam eſſe, & iuri conſentaneã. Nam cùm vaſallus ipſo iure dominiũ feudi, vtile ſcilicet, amittat, illudq; domino applicetur, feudi cõmiſſi *perſecutio, ſicut aduerſus quemlibet poſſeſſorem, ſic & aduerſus heredem* competit, verba ſunt Vlpiani in l. Cõmiſſa. ff. de publicanis. Huc accedit Paulus in l. Caius. 22. ff. ad Sylla. illis verbis: *Quæro, an morte Titii extinctũ ſit crimen? Paulus reſpõdit, cauſam, de qua*

quæritur, cùm ſit pecuniaria, morte ingrati hæredis extinctum non videri. Hæc enim verba hanc in rem noſtram optimè quadrant, quia hic de vaſalli crimine agitur, cuius cauſa pecuniaria eſt, nimirum amiſſionis feudi, ſicut & apud Paulum cauſa amiſſionis hęreditatis pecuniaria dicitur, Ingratus eſt hæres, qui mortem defuncti non vindicat. Ingratus etiam vaſallus, qui feloniam committit. Huc quoque adferri ſolet. l. 3. §. Quod autem ait Prętor. ff. quod quiſque iuris, vbi pęna ad hæredem tranſmittitur, ſed non mihi placet id argumentum: nam ideo pęna tranſit ad hæredem in ea facti ſpecie, quia defunctus pro hærede quoque ius iniquum impetrauerat, vt notauit ibidem Accurſius, & omnino aliena eſt à propoſito noſtro materia illius edicti, ſuaſque rationes habet non conuenientes quæſtioni noſtræ. A

Secundò illud moneo, non videri eam concordiam ſine diſtinctionem iuri conſentaneam, vbi ſententia requiritur declaratoria, pœnam in hæredes non tranſire. Nam fundamentum eſt in l. Eius qui delatorem. 29. ff. de iure fiſci. Vlpianus: *Eius qui delatorem corrupit ea conditio eſt, vt pro victo habeatur, nam in fiſcalibus cauſis id conſtitutum eſt. Sed enim hæc pœna magis eſt, vt aduerſus ipſum locum habeat, qui delatorem redemit, cæterum aduerſus hæredem eius tranſire non debet. Nec enim exinde perit cauſa, ex quo redempta eſt, vel actio perimitur, vel condemnatio facta videtur, verùm oportet conſtare prius, & de crimine pronunciare*. Sententia legis hæc eſt, quia pęna delatorem corrumpentis non ipſo iure incurritur, ſed condemnatione opus eſt, & præcedere facti probatio debet, idcirco pęnam ad hæredem non tranſire. B

At noſtra diſputatio eſt de crimine, ex quo ipſo iure vaſallus priuatus feudo intelligitur, vel vt verbis vtar Vlpiani, de tali crimine, quo commiſſo exinde perit cauſa vaſalli, & ius ipſius perimitur, & condemnatio facta videtur. Nihil enim aliud ſignificat pęnam ipſo iure impoſitam eſſe, quàm ipſo iure condemnationem factam videri, ſcilicet ab ipſa lege. C

Et licet conſtare debeat de facto, atque adeo ſententia illa declaratoria ſit opus, quæ viuente vaſallo ſecuta non eſt, id tamen ſolum non impedit, quò minus pęna tranſeat in hæredem, ſed cum alijs iunctum impedire poteſt, quæ Vlpianus ibi conſiderat, cùm videlicet non ſolùm de facto conſtare debet, ſed etiam condemnatione opus eſt, quia pęna ipſo iure impoſita non eſt.

Hæc enim declaratoria ſententia requiritur, vt ſcilicet executio fiat, vt poſſeſſionem capiat fiſcus bonorum delinquentis, & in propoſito noſtro, vt dominus poſſeſſionem feudi accipere poſſit. Sed ius ipſum vaſalli amiſſum eſt, & quæſitum domino, qui proinde declaratoria ſententia poſt vaſalli mortem pręcedente vendicare feudum poteſt, tam ab hęrede vaſalli, quàm à quolibet alio poſſeſſore. Dominium enim, ſiue ius vaſalli, ex die commiſſi criminis ad dominum pertinuit, vt argumentatur Vlpianus in d. l. Commiſſa. de Publicanis.

CAPVT CV.

De feudi diuiſione controuerſia vna.

NOnnulli exiſtimarunt, diuiſionem feudi fieri non poſſe, niſi conſortes omnes conſentiant, nec ſufficere vnius prouocationem, Panormitanus in conſ. 82. lib. 1. Felynus in c. Quoad conſultationem, nu. 91. de conſtit. Marſilius ſingulari 9. Fundamentum ſtatuunt in c. 1. §. Præterea ducatus, de prohib. feudi alien. per Frider. vbi textus ita dicit: *Præterea ducatus & comitatus de cætero non diuidantur, aliud autem feudum, ſi conſortes voluerint, diuidatur*. Illa verba: *Si conſortes voluerint*, iſti ſic accipiunt, ac ſi diceretur, ſi conſortes omnes voluerint, atque conſenſerint, vt diuiſio fiat.

Sed contrarium rectè docuerunt Alexander in conſ. 7. lib. 5. & alij, quos refert & ſequitur Andr. Geyll. lib. 2. obſeruat. 153. nu. 9. quia nemo inuitus cogitur manere in communione. l. vlt. C. commun. diui. nec contrarium feudiſtico iure receptum eſt. Ergo ius commune ſeruandum. cap. 1, de feudi cogn.

Non obſtant illa verba: *Si conſortes voluerint*, quia ciuiliter exaudienda ſunt, hoc eſt, ſi omnes conſortes voluerint, vel alter alterum ad diuiſionem prouocauerit, neque enim inuitus detinendus in communione eſt.

ANDREAE FACHINEI I.C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER OCTAVVS.

CAPVT PRIMVM.

Defenſio l. Inter claras. C. de ſumma Trinitate, & fide Catholica, aduerſus Franciſcum Hotomanum Hæreticum.

RVRSVS cum Franciſco Hotomano mihi cõtrouerſia eſt; non neceſſaria illa quidem apud eos, qui Catholicam fidem & religionẽ, vt par eſt, ſequuntur, verũ fortaſſe non inutilis futura ſtudioſis, ac Iuriſconſultis, qui hæreticorum ſectas (proh dolor) & prauas ſentẽtias amplectuntur. Nam ex vno hoc exemplo facilè intelligent, Doctores hæreticos non veritatis amantes eſſe, ſed odio in Romanum Pontificem exacerbatos atque incenſos, nihil pẽſi habere, dummodo ſummũ Pontificem ſcriptis ſuis inuadant: quod dum faciunt, ſuam produnt inſaniam: nihil portis inferi aduerſus Eccleſiam Chriſti eiusq; Vicarium præualentibus; ſed ad rem venio.

Hotomanus lib. 1. Amicab. reſponſ. c. 1. *Multa eſſe video*, inquit, *quæ fraudis & impoſturæ ſuſpicionem aduerſus iſtas mutuas Iuſtiniani & Papæ R. Epiſtolas mouere poſſint: atque illud imprimis, quod complures eruditi, & fide digni viri iampridem teſtificati ſunt, illas in antiquis manuſcriptis Iuſtiniani Codicibus non inueniri: quod nec Alciatus quidem certiſſimus Papalis Celſitudinis ſuffragator, negare eſt auſus lib. Parergon. 5 cap. 23.*

Numerate mẽdacia. Ait Hotomanus complures eruditos, & fide dignos viros iampridem teſtificatos eſſe, illas in antiquis manuſcriptis Iuſtiniani Codicibus non inueniri. Deinde profert Haloandrum ſic dicentem: *Quod ad Epiſtolam inter claras attinet, in recentioribus aliquot manuſcriptis codicibus hæc verba in marginem adſcripta notaui. Hæc Epiſtola in aliquibus non habetur, & propterea non Gloſſatur. Azo.* Deinde profert Antoniũ Contium, qui ſic ſcribit: *Haloander ait, hãc Epiſtolam in quibuſdam libris non haberi, &c.* Vbi ſunt, quæſo, complures alii eruditi & fide digni viri, qui teſtificati ſunt in antiquis manuſcriptis Iuſtiniani Codicibus non inueniri? Vnum profers teſtem Haloandrum, nec ſuſpicione carẽtem (Nam Antonius Contius Haloandrum citat, & authorem habet) qui non ita teſtificatur, vt tu aſſeris: tu A in antiquis Codicibus non inueniri ſcribis, ille in recentioribus illa verba notauit. Tu indefinitè loqueris, *in antiquis exemplaribus*, ille *in recentioribus aliquot*. Et rurſus: *Hæc Epiſtola in aliquibus non habetur.*

Sed Alciatum audiemus quantum ſententiæ tuæ ſuffragetur. Eius hæc ſunt verba loco à te citato: *Sunt qui ſuſpectam habeant Ioannis Pontificis Epiſtolam, quæ ſub titulo de ſumma Trinitate Iuſtiniani Codice ſita eſt, dicuntq; in antiquis Codicibus non inueniri, quod vt arbitror eo faciunt, vt eos adiuuent, qui Pontificis Romani authoritatem deprimunt: quo nomine alios quoque authores deprauatos ab eis reprehendi; vt Othonis Friſingenſis Chronica, & Ligurini Poetæ carmina quædam. Ego in antiquis plurimis eam extare ſcio, nec vlla ſuſpicione cõuelli poſſe, quod* B *ſi vnus aut alter Codex non habeat, id ſcriptorum incuriæ tribuẽdum, qui eam quandoq; omiſerunt, quod non multum ad legalis materiæ ſcientiam pertineret. Non tamen ideo hæſitandum eſt, quin genuinus germanusq; Ioannis XI. ſit fœtus.*

Quot ſunt verba, tot ſunt tela contra Hotomani ſententiam: qui ſuſpectam habent Ioãnis Pontificis Epiſtolam, ij Alciato ſuſpecti ſunt hæreſeos, & meritò. Talis eſt Hotomanus, qui vtitur Alciati teſtimonio, vt ipſius errores magis innoteſcant, & hæreſes, vt inter deprauatores authorum ad deprimendam ſummi Pontificis authoritatem, vel Alciati teſtimonio recenſeri debeat.

Alciatus fidẽ facit in antiquis plurimis exemplaribus C extare, quod ſufficere debuit ad eam ſuſpicionem eleuandam inde natam, quod in vno vel altero Codice non extet: præſertim cùm Alciatus cauſam adferat valdè probabilem.

Alciato Iacobus Cuiacius adſtipulator (neſcio an eruditus & fide dignus Hotomano fuerit Cuiacius; eſſe certè debuit) Nam lib. 12. obſeruat. c. 26. *Meritò*, inquit *doctiſſimus Alciatus non tulit eos, qui a titulo de ſumma Trinitate & fide Catholica conabantur abſtrahere Epiſtolam Ioannis Papæ, ſiue Archiepiſcopi Romani ad Imperatorem Iuſtinianũ, cui inſerta eſt etiam ab ipſo Iuſtiniano ad eundem ſcripta fidei profeſſio, &c.* vbi pluribus eandem ſententiam tuetur.

Secundum argumentum Hotomani: *Alterum eſt, inquit, quod cum Papa Rom. eiuſmodi fraudum & fallaciarum, quæ ad ſuam potentiam amplificandam valere poterant, iampridem conuictus fuerit, quod vel ex falſo & conficto Conſtantini donationis inſtrumento, iam in vulgus notum eſt, atque etiam in vetuſtiſſima Carthaginenſi ſynodo ducentis & triginta Epiſcopis iudicibus falſitatis & impoſturæ damnatus; videtur locus eſſe regulæ iuris ab ipſo traditæ, vt ſemel malus ſemper ſui ſimilis exiſtimetur: ſemel malus ſemper præſumatur malus in eodem genere mali: præſertim cum hæc impoſtura magnoperè ad augendam, & confirmandam ipſius potentiam valere potuerit: cuius rei ſtudioſiſſimos ſeculis omnibus Papas R. fuiſſe, nemo vel mediocriter in illo hiſtoriarum genere verſatus ignorat.*

Vt hæc impoſtura & fraus Hotomani deprehendatur, referam primò verba Epiſtolæ Iuſtiniani in illa parte, quæ præcipuum honorem ſummi Pontificis cõtinet; Hæc enim eſt quæ Hotomano & ſui ſimilibus dolorem incuſſit, & lachrymas excuſſit. Deinde argumentum cõfutabo, quod ſumitur ex donatione Conſtantini, & Concilio Carthaginenſi: quibus peractis, lectoris prudentiæ reliqua committam.

Verba epiſtolæ Iuſtiniani hæc ſunt: *Nos reddentes honorem Apoſtolicæ ſedi, & veſtræ Sanctitati, quod ſemper nobis in voto fuit, & eſt, vt decet, vt patrem honorantes veſtram Beatitudinem, omnia quæ ad Eccleſiarum ſtatum pertinent, feſtinamus ad notitiam deferre veſtræ Sanctitatis. quoniam ſemper nobis fuit magnum ſtudium vnitatem veſtræ Apoſtolicæ ſedis, & ſtatum ſanctarum Dei Eccleſiarum cuſtodire: quæ hactenus obtinet & incommotè permanet, nulla interueniente contrarietate. Ideoq́ omnes ſacerdotes vniuerſi orientalis tractus & ſubiicere & vnire ſedi veſtræ Sanctitatis properauimus. In præſenti ergo quæ commota ſunt, quamuis manifeſta & indubitata ſint; & ſecundum Apoſtolicæ veſtræ ſedis doctrinam, ab omnibus ſemper ſacerdotibus firmè cuſtodita & prædicata, neceſſarium duximus, vt ad notitiam veſtræ Sanctitatis perueniant. Nec enim patimur quicquam quod ad Eccleſiarum ſtatum pertinet, quamuis manifeſtum & indubitatum ſit, quod mouetur, vt non etiam veſtræ innoteſcat Sanctitati, quæ caput eſt omnium ſanctarum Eccleſiarum. Per omnia enim, vt dictum eſt, properamus honorem & authoritatem creſcere veſtræ ſedis, &c.* Hæc ſunt verba Iuſtiniani.

Quod ſecundo loco ſum pollicitus, ſic exequor. Audi Hotomane, audiant omnes hæretici teſtimonia, quæ ſummus Pontifex habet verbis Iuſtiniani conſentanea; & inde iudicẽt an impoſtura, dolus, fraus neceſſaria fuerint ad aſſerẽdam hanc authoritatem, ex teſtimonio Iuſtiniani, de quo agitur, Matth. 16. *Tu es Petrus, & ſuper hanc petram ædificabo Eccleſiam meam, & tibi dabo claues regni cœlorum, & quodcunque ligaueris ſuper terram, erit ligatum & in cœlis, & quodcunque ſolueris ſuper terram, erit ſolutum & in cœlis.* Ruſſus Ioannis 21. *Simon Ioannis, paſce oues meas.* Pontifex autem Romanus ſucceſſor eſt Petri, in hoc vniuerſali Eccleſiæ regimine, in poteſtate clauium, in officio paſcẽdi oues, hoc eſt, totam Eccleſiam gubernandi. Non credis? Audi teſtes omni exceptione maiores. S. Athanaſius in epiſtola ad Felicem Papam: *Ob id vos Prædeceſſoresq́ veſtros Apoſtolicos videlicet Præſules in ſummitatis arcè conſtituit, omniumq́ Eccleſiarum curam habere præcepit, vt nobis ſuccurratis, &c.* Hieronymus in epiſt. ad Damaſum Pontificem Romanum: *Quanquam tua me terreat magnitudo, inuitat tamen humanitas, à paſtore præſidium ouis peto, cum ſucceſſore piſcatoris & diſcipulo crucis loquor; Ego nullum primum niſi Chriſtum ſequens Beatitudinis tuæ, id eſt, cathedræ Petri communione conſocior. Super illam petram ædificatam Eccleſiam ſcio: quicunque extra hanc domum agnum comederit, profanus eſt. Si quis in arca Noe non fuerit,* (vt ſunt hæretici) *peribit regnante diluuio, &c.*

Sed iam argumentis reſpondendum eſt, quod tertio loco propoſueram. Vrget Hotomanus donationem Conſtantini, quaſi à Romano Pontifice confictam. Deinde Concilium Carthaginenſe. Quod ad Conſtantini donationem attinet, duo hæc probanda ſunt ab hæreticis. Primum, confictam eſſe donationem illam. Alterum à ſummo Pontifice confictam eſſe. Non eſſe ab aliquo confictam, ſed veram eſſe complures doctiſſimi viri aduerſus Laurentium Vallam diſputarunt, præſertim verò Auguſtinus Eugubinus. Confictam autem à Romanis Pontificibus fuiſſe nullo teſtimonio demonſtrari poteſt, niſi hæreticorum, id eſt, inimicorum Romanæ Eccleſiæ. Porrò, de Conſtantini donatione iudicium hic adſcribere placuit nobiliſſimi annalium Eccleſiaſticorum ſcriptoris, licet recentioris, quem nunc Eccleſia ſancta Catholica meritò Cardinalem habet cooptatum. Illuſtriſſimi ac Reuerendiſſimi D. Cæſaris Baronij, is in 3. tomo ſub anno Chriſti, CCC. XXIIII. de hac re verba faciens, ſic ſcribit: *Nemmnem veri amantem, & antiquarum litterarum ſtudioſum latuit eum, primum omnium Chriſtianorum Imperatorum, eundemq́ maximè pium* (Conſtantinum) *ac pariter munificentiſſimum ore quoque Gentilium prædicatum, Chriſtianam religionem, quam auita ſuperſtitione relicta, primus ferè omnium Auguſtorum, quod pro rei nouitate viſum eſt eſſe portentum, præter ſententiam ſenatus & populi amplexatus eſt, cunctis quibus valuit officiis coluiſſe, atque muneribus frequentaſſe: Ad quæ præſtanda cum pietas eum impelleret, & æmulatio ex antiqua gloria aduerſaria religionis vrgeret, atque ſtimulus ea de cauſa, vt ait Zoſimus, hoc tempore infenſi ſibi, atque palam iam obtrectantis ſenatus exagitaret; vt non tantum paria* (quod dictum eſt ſuperius) *gentilium ſacerdotum conceſſerit Chriſtianæ religionis Antiſtibus priuilegia, & maioribus auxerit eos atque Chriſti templa donarit: ſed ipſam potiſſimum Romanam Eccleſiam, in qua ſciebat totius Chriſtianæ religionis vigere principatum, atque cardinem verti, eamq́ in medio æmulantium, lacesſentium, atq́ ob atrocitatem voſtrum collocatam in ipſorum odium, & inuidiam ampliſſimis donaſſe muneribus, ſummaq́ potentia communiiſſe, atque iuribus ſtabiliſſe: Quorum aliquibus licet modeſti Romanorum Pontificum non ſint vſi: non tamen ea ratione negari poſſunt eſſe collata: ſicut nec quis iure inficias ire poterit tributa eſſe olim ab Auguſto ſenatui* (quod Dio teſtatur) *Africam, Numidiam, Aſiam, Epirum, Græciam, Dalmatiam, Macedoniam, Bithiniam, Pontum, Syrenem, Siciliam, Sardmiam & Hiſpaniam Bæticam, licet eiſdem poſteriores Imperatores pro arbitrio vſi ſint. Magnum planè eſt de collatis illis Romanæ Eccleſiæ à Conſtantino muneribus argumentum, quod Francorum Chriſtianiſſimi Principes ſui ipſorum diplomatibus ea à Longobardis ablata ſe Romanæ Eccleſiæ reſtituere profeſſi ſunt. Si enim Romana Eccleſia ante collata à Francorum Regibus priuilegia* (quod ſuo loco pluribus demonſtrabitur) *iam potiebatur rerum dominio: vnde illud ſibi niſi iure debitum potuit vendicaſſe? Cũm certum ſit nulla id factum armorum vi, atque violenta graſſatione: ſilentibus præſertim, nec minimum quidem reclamantibus, qui illis temporibus regnabant in Oriente Imperatoribus, aliòqui in Romanam Eccleſiam parum æquis, quam & auſi fuerunt* (quod queritur ſanctus Gregorius) *redigere ſubtributo.*

Cæterùm iuſta poſſeſſio, quam, ſi careret humano, diuino ſaltem iure, quo ſubordinata ſunt ei rerum dominia, Romana Eccleſia legitimè ſibi vendicat, ac poſteriores Reges & Imperatores ampliſſimis priuilegiis ratam habere, eamq́ illibatam ſtabilemq́ ſeruatam voluerunt; à Ioanne Diacono ex deprauato illo à Græcis mutuato donationis edicto, ambigua redditur potius, quam probetur: quod cunq́ rem per ſpeciatus inuentis redditur manifeſtum, ſic enim Græci donant, vt ſurripiant potiora: de quibus poeticum illud modo ſit nobis meritò vſurpandum.

Quicquid

Quicquid id eſt, timeo Danaos & dona ferentes. *Non enim eo erga Romanam Eccleſiam ſtudio tenebantur, vt quæ eius gloriæ eſſe viderent & honoris ſolicitè curarent: cuius excellentiam ſuperbè admodum æmulati notari eidem inurere ſemper potius ſtuduerunt, quam gloriam comparare: eſt enim huius rei, vt de reliquis taceam, locuples teſtis Theodorus Balſamon, atque reliqua Schiſmaticorum colluuies. Quis non credat ab ipſis ex eodem edicto maieſtatem Romanæ Eccleſiæ prædicari, cùm ex eo hæc, quæ ſequuntur, proferant à Conſtantino verbis illis fuiſſe ſtatuta? Decernentes ſtatuimus, vt Romana Eccleſia habeat principalem poteſtatem, & ſit caput quatuor ſedium, ſedis Alexandrinæ, Antiochenæ, Hieroſolymitanæ & Conſtantinopolitanæ, & vt ſemel dicam omnium totius orbis Eccleſiarum. Abſit à Romanæ Eccleſiæ amplitudine & dignitate; vt ab homine huiuſmodi ſibi vendicet poteſtatem, & non potius à Chriſto per Petrum. An non ſæpius demonſtratum eſt ſecundo Annalium tomo, Romani Pontificis ſuper omnes vbique Eccleſias earumq́; præſules fuiſſe authoritatem, etiam cùm ipſa* B *Regina prouinciarum eſſet ſubtributo, cùm ſcilicet tyrannorum perſecutionibus Eccleſia vexaretur? Turpe planè eſt atque admodum indignum acceptum ferre mortali, quod ab ipſo Deo & Domino noſtro Ieſu Chriſto conſtat eidem in Petro eſſe collatum.* Hactenus vir æterna memoria digniſſimus.

Quod attinet ad Concilium Carthaginenſe hoc argumentum ab hæreticis allatum, tam diſertè refellit Robertus Bellarminus, in Controuerſia de Romano Pontifice, lib. 2. cap. 25. vt alia confutatione noſtra non ſit opus. Adſcribam tamen hic verba eiuſdem Cardinalis Baronij, tomo 3. in fine, anni Chriſti CCC.XLVII. quia videntur planè ſcripta eſſe pro confutatione huius calumniæ Hotomanicæ.

At quod nos in maiorem admirationem ac planè ſtuporem adducit, illud eſt, quomodo acciderit, vt Zoſimus & Bonifacius Romani Pontifices per Legatos à ſe in Aphricam C *miſſos, in cauſa Apiarij presbyteri canones œcumenici Concilij Sardicenſis citauerint nomine Nicenæ Synodi. Hinc ſtruunt mendaciorum congeriem hæretici, vt conſtat ex literis Concilij Africani, ad eundem Bonifacium redditis. Nulla equidem inprimis in iis de dolo malo* (Nota Hotomane) *& impoſtura poteſt eſſe ſuſpicio, cùm æqui ponderis eſſent Canones Concilij Sardicenſis atque Nicæni; Nam vtrumque Concilium, vt diximus, œcumenicum fuit, & æquè ex hoc atque illo commonendi neceſſariò fuiſſent Africani Epiſcopi; qui tunc ſanè reſtiterunt, cùm ex illo Nicæno Concilio citatos canones inter eos, qui extarent, minimè reppererunt. Cùm igitur omnis prorſus ratio ceſſet ſuſpicionis de impoſtura: alterum de duobus contigiſſe oportuit; vel ſicut plures alios Nicæni Concilij Canones repertos eſſe in Sardicenſi conuentu (quod ſuperius eſt demonſtratum) & ab ipſo Nicæno Concilio ſicut alios multos excidiſſe, in Romano autem Codice integros cõſeruatos fuiſſe: Vel quod in vulgato eodem Codice, qui Romana Eccleſia vſus eſſet, ab aliquo Canonum* D *collectore, quod ſciret nomen Concilij Sardicenſis ab Arrianis eſſe magnoperè infamatum, abſque titulo Synodi Sardicenſis, eoſdem Canones Concilij æquè œcumenici collocatos fuiſſe diuerſimus ſub canonibus Nicænæ Synodi; Sicq́; accidiſſe, eoſdem citari ſub nomine Nicæni Concilij, quod veriſimilius contigiſſe videtur.* Sic ille.

Tertium argumentum, Hotomanus inquit, *eſt quòd cùm mendacem, vt in prouerbio eſt, memorem eſſe oporteat, tamen harum epiſtolarum architectus in duabus vicinis legibus, ſeptima ſcilicet atque octaua pugnantia ſcripſiſſe arguitur, vehementerq́; inter ſe diſſidentia. Nam cùm l. 7. græcè ſcripta, & anno Chriſti D.XXXIII. data, nempe Iuſtiniano ſolo III. Coſs. VII. Kal. April fateatur eum reſcripſiſſe literas, & vt nunc loquimur patentes omnibus cognoſcendas ad Patriarcham ſuum Conſtantinopolitanum, quibus literis prædicat, ſe hanc ſuam fidei confeſſionem iam antè R. Papæ ſpectandam cognoſcendamq́; miſiſſe: tamen hæc noſtra l. 8. quæ confeſſionem illam continet, facit eaſdem illas* A *literas ad P. Romanũ datas, legatoſq́; miſſos anno demum inſequente: nempe D.XXXIIII. Iuſtiniano IIII. Paulino Coſs. VII. Kal. Apriles. Superiore inquam anno ſcribit ſe iam miſiſſe legatos ad Papam R. At anno vertente, duodecimo denique poſt menſe, ſcribit, ſe tum primum, ac tum demum legationem & confeſſionem illam mittere, &c.*

Reſpondeo, negando vera eſſe quæ iſte aſſeuerat. In nullis exemplaribus, & quidem emendatis, illa inueniuntur, quę iſte commemorat, vt meritò ipſe mendacij redarguatur, dum alios mendaces eſſe criminatur, cur non citauit verba legis? quia non extabant. Magis ergo auſcultãdum eſt Iacobo Cuiacio d. lib. 5. Paterg. cap. 23. ex Baſilicis referenti, quomodo res ſe habuerit his verbis: *Et omnino res ita procedit. Poſuit primùm in eo titulo Iuſtinianus fidei ſuæ profeſſionem, quam ediderat ſtatim ipſo initio ſui imperij, quæ eſt lex 5. Deinde edictum de fide ſua, & hæreticorum condemnatione propoſitum omnibus populis fidelibus, vt Ioannes ait in ſua epiſtola, Conſtantinopolitanis ſcilicet & Epheſiis, & Cæſarienſibus, Cyzicenis & Amidenis, & aliis plerіſque, quæ eſt l. 6. Tum ad Epiphanium Archiepiſcopum Conſtantinopoleos, ſpecialiter Epiſtolam eadem de re quæ eſt l. 7. Et octauo atque vltimo loco ſimilem aliam, præterquam quod latinè in rei ſumma verborum ſerie & conſequentia parem, ad Ioãnem Archiepiſcopum Vrbis Romæ, quam maluit vna confirmationis & approbationis Ioannis iniectam nobis, quam ſolam exhibere; & probatur hic ordo euidenter libris Baſilicon, &c.*

Hæc cùm Hotomanus intelligeret, non diu manſit in prima reſponſione, ſed ita perrexit: *Quàm ſunt iſta quæſo conſentanea, aut inter ſe congruentia? Priore anno edictum promulgare de ſua fide & religione, quam & ab illo Patriarcha ſuo Epiſcopiſq; Orientis omnibus, & item ab Epheſiis, Cæſarienſibus, Cyzicenis Amidenis aliiſq; populis vniuerſis obſeruari iubeat, vt ex illius legis inſcriptione* C *apparet: anno verò inſequente, & duodecim menſibus interiectis, legatos ad Papam R. cum illa eadem confeſſione mittere, per quos ipſius de illa ſua religione ſententiam ac iudicium exquirat? vt ſi ei probetur, tum illam edi atq; obſeruari iubeat: ſin minus eam extinguat; quam tamen, vt dixi, duodecim iam ante menſibus per omnes Orientis Ciuitates, & Eccleſias promulgari ac recipi imperarat? Quid igitur ſi Romanus Epiſcopus eam improbaſſet? nunquid ſe ipſe Iuſtinianus ſummæ amentiæ condemnaſſet, qui eam duodecim ante menſibus per vniuerſi Orientis Eccleſias, non modò promulgandam curaſſet, verùm etiam probari ac recipi imperaſſet? &c.*

Reſpondeo, rem ita proceſſiſſe, vti Cuiacius commemorat, & nullam inde repugnantiam oriri, vel abſurditatem: quia Iuſtinianus Imperator optimè nouerat ſuam fidei profeſſionem conuenire fidei, & profeſſioni ipſius Pontificis Max. & in eum finem ad eum ſcripſit, petijtq́ue approbationem, vt alijs omnibus innoteſce- D ret, ipſius Imperatoris fidei profeſſionem eandem eſſe cum profeſſione Romani Pontificis, ac proinde ab omnibus eò faciliùs reciperetur, præſertim quia à quibuſdam prauis Monachis malè & Iudaicè ſecundum Neſtorij doctrinam, fuerant aliqua negata. Non credas mihi, ſed crede verbis ipſius Epiſtolæ Iuſtiniani, quæ ſic habent: *Omnes ergo Sacerdotes ſequentes doctrinam Apoſtolicæ ſedis veſtræ, ita credunt, & confitentur, & prædicant. Vnde properauimus hæc ad notitiam deferre veſtræ Sanctitatis, per Hypatium & Demetrium beatiſſimos Epiſcopos: vt nec veſtram Sanctitatem lateant, quæ à quibuſdam paucis monachis malè & Iudaicè, ſecundum Neſtorij perfidiam, denegata ſunt. Petimus ergo veſtrum paternum affectum, vt veſtris ad nos deſtinatis literis, & ad ſanctiſſimum Epiſcopum huius almæ vrbis, & Patriarcham noſtrum fratrem, quoniam & ipſe per eoſdem ſcripſit ad veſtram ſanctitatem, feſtinans in omnibus ſedem ſequi Apoſtolicam Beatitudinis veſtræ, manifeſtum nobis faciatis, quod omnes qui prædicta rectè confitentur, ſuſcipit veſtra*

Sanctitas, & eorum, qui Iudaicè auſi ſunt rectam denegare fidē condemnat perfidiam. Plus n. ita & circa vos omnium amor, & veſtra ſedis creſcet authoritas: & quæ ad vos eſt vnitas ſanctarum Eccleſiarum inturbata ſeruabitur, quando per vos didicerint omnes beatiſſimi Epiſcopi, eorum quæ ad vos relata ſunt, ſynceram veſtræ Sanctitatis doctrinam.

Vides, vt puto, lector, quam ob cauſam Imperator ſcripſerit ad Romanum Pontificem, cur petierit approbari ſuam fidem, & quia erat per omnia conformis Romani Pontificis fidei, & doctrinæ, quam ſemper Apoſtolicam appellat (ad confuſionem ſectariorum) vti reuera eſt, & ſemper erit, nullum erat periculum, eandem vt reprobaret ac reijceret ipſe ſummus Pontifex: ſed eam approbari ac recipi vtiliſſimum erat, omnibus alijs Epiſcopis, & Eccleſijs, vt manerent in vnitate fidei Catholicæ, & contraria dogmata repudiarent.

Quartum argumentum Hotomani. *Nam cùm, inquit, & Iuſtinianus & ſuperiores Impp. Patriarchæ ſuo Conſtantinopolitano, vel maiorem quam alijs omnibus, vel certè parem potentiam atque authoritatem tribuerint; tamen Iuſtinianus in hac octaua lege, & Latina Epiſtola fingitur, illum Papæ Romani poteſtati, & in conſtituenda religione cognitioni ac iudicio ſubijcere. Nam vt alia ſexcenta teſtimonia omittamus, neque longius quam ex eodem primo Codicis libro teſtimonium petamus, extat eiuſdem Imperatoris conſtitutio in l. 24. C. de ſacroſan. Eccl. vbi ſcriptum ita eſt. Conſtantinopolitana Eccleſia omnium aliarum eſt caput. Extat item altera ſuperioris Imperatoris nomine Zenonis conſtitutio in l. Decernimus 16. eod. tit. cuius hæc verba ſunt: Sacroſanctam huius Conſtantinopolitanæ religioſiſſimæ Ciuitatis Eccleſiam, & matrem noſtræ pietatis & Chriſtianorum orthodoxæ religionis omnium, & eiuſdem Regiæ vrbis ſanctiſſimam ſedem priuilegia & honores omnes ſuper Epiſcoporum creationibus, & iure ante alios reſidendi, & cætera omnia quæ ante noſtrum Imperium, vel nobis Imperatoribus habuiſſe dignoſcitur, habere in perpetuum firmiter regiæ vrbis intuitu iudicamus & ſancimus. Hæc ille. Quibus poteſt intelligi, quantoperè ab illorum temporum inſtitutis abhorreat, quod hoc loco Iuſtinianus ſcripſiſſe fingitur, velle ſe Conſtantinopolitanum Patriarcham Romani Papæ iudicio atque poteſtati ſubijcere: præſertim cùm in Nouella 131. dilucidè profiteatur, priuilegium illud quod Papa Romanus ſibi per ea tempora vindicabat, vt in Synodis Eccleſiaſticis primo loco & ante omnes ſederet, ſuo & ſuperiorum Impp. beneficio illi tributum, & cōceſſum fuiſſe. Sancimus, inquit, Epiſcopum Romanum priorem omnibus Epiſcopis & Patriarchis ſedere. & poſt illum Conſtantinopolitanæ Ciuitatis Archiepiſcopum.*

Reſpondeo quod attinet ad l. 24. C. de ſacroſanct. Eccleſ. illam nō extare in communibus, & etiam correctis optimiſq; exemplaribus. Et dato quod extaret, ſemper excipienda eſt Eccleſia Romana, quę verè caput eſt omnium Eccleſiarum, vel ipſomet Iuſtiniano teſte in Nouella 9. Vt Eccleſ. Rom. cent. anno gaud. præſcrip. vbi ſic ait: *Vt legum originem anterior Roma ſortita eſt, ita & ſummi Pontificatus apicem apud eam eſſe nemo eſt qui dubitet.*

Quod verò ad l. Decernimus 16. eiuſdem tit. attinet, ille extat quidem, ſed non ſtatuit quidquam in præiudicium Eccleſiæ Romanæ, vt ibi etiam Accurſius notat. Nam cùm Baſiliſcus, abſente Zenone, ac deinde in Iſauriam etiam profugiente Acacio Patriarcha atque Archiepiſcopo Cōſtantinopolitano complures ademiſſet prouincias, in quibus antiſtites conſtituendi ius antea ei competierat: Zeno expulſo Baſiliſco imperium recepit, & continuò illam legem promulgauit, qua infirmantur ea quæ Baſiliſcus conſtituerat, & Acacio cæteriſq; Epiſcopis ſuæ ſedes reſtituuntur, ſicuti explicat optimè Iacobus Cuiacius lib. 5. obſeru. cap. 19. Itaque nihil Zeno ibi ſtatuit de Patriarcha Conſtantinopolitano, in comparatione Epiſcopi Romani, qui eſt ſummus Pōtifex & primum locum obtinet, ſed prima ſedes reſtituitur Patriarchæ Conſtantinopolitano, quoad alios Epiſcopos. Et vt omnis ceſſet dubitatio circa Romanū Epiſcopum & Patriarcham Conſtātinopolitanum, notum eſt à Pontifice Romano octo Patriarchas Conſtantinopolitanos depoſitos fuiſſe, quos enumerat Nicolaus I. in Epiſtola ad Michaelem Imper. inter quos vnus fuit Anthimus, quem Agapetus Papa depoſuit, & Menam ordinauit, vt Liberatus ſcripſit in Breuiario cap. 21. Zonaras in vita Iuſtiniani, imo huius rei teſtis eſt Iuſtinianus ipſe in Nouella 42. Cùm hæc ita ſint, liquidò apparet, Conſtantinopolitanum Patriarcham parem non fuiſſe Romano Pontifici, quia par in parem non habet imperium.

Quod porrò ſubiungit Hotomanus ex Nouella 131. priuilegium, quod Romanus Pontifex obtinet ante omnes ſedendi, ſuo & ſuperiorum Impp. beneficio obtinuiſſe, mendacium eſt. Nam fideliter non citauit verba dictæ Nouellæ, quæ ſic ſe habent: *Sacrorum Conciliorum dogmata, ſicut ſanctas ſcripturas accipimus, & regulas ſicut leges obſeruamus; ideoq. ſancimus ſecundum earum definitiones ſanctiſſimum ſenioris Romæ Papam primum eſſe omnium ſacerdotum.* Omiſit Hotomanus illa verba: *Secundum earum definitiones*, quibus apparet ita in Concilijs definitum fuiſſe, non autem à Iuſtiniano tributum. Sed nec à Cōcilijs priuilegia hæc donata ſunt, verùm ab ipſo Deo, vt meritò Nicolaus I. in Epiſtola ad Michaëlem Imperatorem dicat: *Iſta priuilegia huic ſanctæ Eccleſiæ à Chriſto ſunt data, a Synodis non donata, ſed celebrata & honorata, &c.*

Quintum argumentum eſt: *Quod cùm idem Imperator, inquit, fingatur tum in hac Epiſtola, tum etiam in alia ſuperiori ſeptima græcè ſcripta, Papæ Rom. ſcripſiſſe nullum ſe pati vello geri negocium ad religionem pertinens, quantumuis notum ſit ac dubitatum, de quo nō ſtatim ad illum exquirenda ſententiæ ſuæ cauſa deferatur, vtpote caput exiſtens omnium Dei Eccleſiarum, tamen extant Nouellæ conſtit. eiuſdem Imp. quamplurimæ in quibus liberè, ac pro ſuo iure de rebus innumeris ad religionem pertinētibus, ſine vlla Papæ Romani mētione decernit, &c.* Hæc Hotomanus, qui poſthæc Nouellas conſtitutiones multas adducit, & alia quæ de rebus Eccleſiaſticis Imperator ſtatuit, quæ recenſere non eſt neceſſe, cùm omnia ſint nota.

Reſpondeo, nullam ex his legibus quas Hotomanus profert, & quæ extant tum in Codice Iuſtinianeo, tum in Nouellis, pertinere ad fidei & religionis profeſſionem, de qua ipſe Imperator ad ſummum Pontificem in hac de qua loquimur Epiſtola ſcripſit. Quare argumentum nullius eſt momenti: Quod enim in hac Epiſtola profitetur, quæ ad ſtatum Eccleſiaſticum pertinent, ſe ad Romanum Pontificem delaturum, accipiendum eſt de ijs, quæ ad fidem pertinent, & fundamentum Eccleſiæ vnitatis & religionis. Nec tamen ideo dico, potuiſſe Imperatorem de rebus Eccleſiaſticis, puta Clericis & Monachis, Epiſcopis, & alijs de quibus multa ſtatuit, ſuo iure decernere, & leges ferre, quia hanc Eccleſiaſticam poteſtatem ad ſummum Pontificem ſpectare certum eſt, ſicut habetur in cap. ſecundo, de maioritate, & obedientia, & in cap. Per venerabilem, qui filij ſint legit. & alibi, ſed quis poterat Imperatorem impedire, quo minus illa ſtatueret, cùm tam potens eſſet, & ſummi Pontifices, totaque Eccleſia continuis ferè perſecutionibus exagitaretur, & ope indigeret Imperatoris, nec leges iniuſtas eſſe conſtitutas videret?

Poſtremum argumentum eſt ex dicendi genere, quo Epiſtolæ ambæ conſcriptæ ſunt, quia alienum eſt ab eo ſtylo, quo Iuſtinianus in latinis ſuis conſtitutionibus vti conſueuit. *Primum omnium*, inquit, *hæc Epiſtola plena eſt indecoræ aſſentationis, & tanto Imperatore indigna, &c.* Nos, inquit, *reddentes honorem Apoſtolicæ Sedi Romanæ.*

O caput mutabile atra inuidię ac odij nube coopertum, quia tu Eccleſiæ Romanæ cum alijs ſectarijs hoſtis es, putas alios quoq; eſſe debere. Nec ferre potes honorem ſanctæ ſedi Apoſtolicæ deferri, quam omnis antiquitas

veneratа

venerata eſt, Imperatores tot auxerunt priuilegijs, tot ac tantis bonorum poſſeſſionibus, quot notum omnibus eſt, amplificarunt atque donarunt. Idne alienum à Iuſtiniano erat, qui alibi eam vocat *patriam legum, fontem ſacerdotii venerandam ſedem ſummi Apoſtoli Petri?* Vt in Nouella 9. Vt Eccleſ. Romana centum annor. præſcrip. gaud. & in Nouella 131. de Eccleſ. tit. *Sanctam Apoſtolicam ſedem appellat.*

Ex eodem genere, Inquit, *illud eſt, ſemper nobis in voto fuit, & eſt, vt decet, honorare vt patrem veſtram Beatitudinem*. Sed hoc nullius planè momenti eſt, vnà cũ alijs, quæ iſte adducit ex verbis Epiſtolarum, quibus Imperator eſt vſus. Vnde enim didicit hanc argumentandi rationem. Illa verba non ſunt in alijs Iuſtiniani legibus & conſtitutionibus, aut eis ſimilia; Ergo Epiſtola conficta eſt, nec Iuſtinianus author illius eſt? Nam, quot ſunt verba in aliqua lege, vel conſtitutione, quæ in alijs non habentur? Si complures Epiſtolas Iuſtiniani, in eius Códice haberemus ad Romanum Pótificem ſcriptas, in quibus nunquam illud orationis genus vſurparetur, ſed longè diuerſum nonnihil haberet coloris H. calumnia, ſed nullæ ſunt aliæ ſimiles Epiſtolæ: quare nec poſſumus illam, quam is allegat, ſtyli diuerſitatem intelligere. Comparatio enim fit in rebus ſimilibus eiuſdem generis; nec vnum & idem dicendi genus in omnibus rebus exigendum eſt.

Sed quoniam Alciatum ſæpe Hotom. in hac diſputatione laudanit, propter Cõſtantini donationem, præſtat intelligere, quid Alciatus de Romano Pótifice ſenſerit, deq; eius authoritate & poteſtate, quid ex alijs vetuſtiſſimis, grauiſſimis authoribus, teſtimonijs, monumentis ſcriptum reliquerit, vt ſtudioſi ſciant, & alij, quorum intereſt, quæ inter Alciatum, quem fatetur Hotom. virum doctiſſimum fuiſſe, & ipſum Hotom. differentia ſit, imò inter Catholicum ſcriptorem & hominem hæreticum; Prolixa quidem Alciati annotatio eſt, ſed iucunda, vera, præclara.

Alciatus ad l. Inter claras. C. de ſumma Trinit. & fide Cathol. *Fuit olim magna controuerſia an Pontifex Romanus principatum Eccleſiarum de iure diuino haberet. Quod ſi haberet, an ad eum potius qui Romæ, quàm qui Conſtantinopoli eſſet, quæ noua Roma eſt, pertineret: Et Iuſtinianus hic ad Romanum rem trahit, quod & aliquo poſt tempore Phocas quoque Imperator conſtituit, Conſtantinopolitanoq; prætulit. Nunquid verò id humanis ſanctionibus potius quam iure diuino probetur, nodus eſſet haud ſanè facilis, niſi veteres & ſancti illi primitiuæ Eccleſiæ antiſtites nobis præiuiſſent, & iuris diuini id eſſe demonſtraſſent. Cùm enim dixiſſet Chriſtus dominus noſter Petro*: Tu es Petrus, & ſuper hanc petram ædificabo Eccleſiam meam; *apparet per hæc verba ei vniuerſalis Eccleſiæ adminiſtrationem promiſſam. Quod autem ab eo promiſſum eſt, futurum eſſe opinari non & fuiſſe ſeruatum: conſenſuq; prudentium proditur, tunc verè traditam, cùm poſt reſurrectionem dixit*: Paſce oues meas.

Vt enim caput fidei ipſe Chriſtus eſt, qui gratiam quotidie in Eccleſiam ſuam inuiſibiliter infundit, ita & loco ſui Petrum eiuſq; ſucceſſores in terris reliquit. qui ea, quibus Eccleſia indiget, viſibiliter ipſi conficerent: ſic ab his Sacramenta exhibentur. populi in fide inſtruuntur, Epiſcopi conſtituuntur, Concio fidelium iis legibus, exemplis, monitionibus regitur, mali abominationibus & pœnis corriguntur: quæ ſi Chriſtus ipſe ſibi reſeruaſſet, iam fidei merita perderentur, certiq; eius rei eſſemus, quam noſtra ſalutis intereſt, vt potius ex fide credamus. Sic in Euangelio rogaſſe ſe aſſerit Chriſtus ne deficiat fides Petri: ſic conſtituit, ne portæ inferi aduerſus petram, in qua fundatur Eccleſia, præualeant: ſic ei mandatur, ut confirmet fratres ſuos: ſic ipſe tanquam os & caput Apoſtolorum, Domino noſtro reſpondet: ſic ſemper in fide ardentiorem ſe præſtat: ſic à generalitate aliorum honoris gratia eximitur: cùm dicit inquit, diſcipulis & Petro: ſic pro eo cenſus ſoluitur, quæ omnia ſancti

A *Antiſtites, cùm optime animaduertiſſent, pro exploratiſſimo habuerunt, primatum Eccleſiæ Petro, eiuſq; ſucceſſoribus datum: Sed quid profuit tot Conciliis, id ſanctiſſimos Patres ſtatuiſſe, tot legibus Imperatores cauiſſe, Eccleſiæ Doctores tam Græcos quàm Latinos docuiſſe, ſi adhuc reperiuntur, qui etiam editis voluminibus id deuegare auſint, noſq; acephalos faciant? vt libeat exclamare, quod vulgò dicitur. Nil intra eſt oleũ, nil extrà eſt in nuce duri. Quid enim vnquam tam apertum fuit, tam dilucidum, vt dicendo inuerti nõ poſſit? ſi ſingulis horum rationibus reſpondere operæpretium ducerem, & ſtudioſos multa lectione inuoluerem, & nihil proficerem, qui enim hæc attẽtant, cancero illo & hydra Platonica pertinaciores ſunt, Pontificumq; monitis minimè reſipiſcentes, nouas quotidie & ſcandalo plenas concluſiones cogitant, & in publicum*

B *proferunt, vna in re ſolùm intenti, vt contradictiones cunctis orthodoxis addncant, vt vbiq; concordiam extinguãt, nuſquam pietatem adiuuent:* (Pingit ſuis coloribus hæreticos) *quorum ſententiæ, ſi veræ eſſent, veteres omnes, ſanctoſq; Theologos abrogare oporteret, quorũcunq; Principum regna ſubuertere, qui à Pontifice Romano primum inſtituti ſunt, & imprimis Cæſar ipſe exauthorãdus, cùm ex decreto Gregorij V. conſtituti Electores eum deſignandi ius nullum accepti fuerint: deturbandus Rex Francorũ, cùm à Childerico in Pipinum transferre dominationem ſanctione ſua Zacharias nequiuerit: deijciendi Siciliæ Reges, qui à ſede Apoſtolica ſub fidelitatis iuramẽto regnum poſſident: Antiſtites omnes, qui hactenus fuerunt, & pij & religioſi ceu inuaſores, & pſeudoepiſcopi explodendi, cùm à Romano Pontifice inſtituti fuerint. Sed bene habet, noluit Chriſtus fidem Petri deficere: tot columnis, tot tibi-*

C *cinibus ea fulta eſt, vt labefactari aliquorũ ſyllogiſmis nequeat. Extant antiquorum interpretum commentarij, quibus omnes hæreticorum ſententiæ cõfutantur: & vt Anacleti, Pelagij, Innocentij, Nicolai, Leonis decretales Epiſtolas omittamus, principatum Eccleſiæ celeberrimus quiſq; veterũ Petro ipſi datum conſentit & ex Græcis Ioan. Chryſoſtomus hom. 55. in Matthæum, nunc Petrum totius Eccleſiæ paſtorem conſtitutum, nunc eius paſtorem & caput, nunc vniuerſo orbi præpoſitum aſſerit, & homil. vltima in Ioannem, Iacobum quidem Hieroſolymorum accepiſſe, Petro verò totius orbis curam demandatam affirmat. Theophilus Principem Apoſtolorum, ex eo facta Luc. 22. ſcripſit, cùm illi mandat, vt fratres confirmet. Rurſus Ioan. cap. vlt. idcirco ei à Chriſto dictum, ſequere me, quoniam cunctorum fidelium prælaturam ei conceſſerat. Cyrillus Alexandrinus libro Theſaurorum nos hortatur, vt maneamus*

D *in Eccleſia Petri, & in capite noſtro, nempe Apoſtolico Throno Romanorum Pótificum. Maximus Epiſtola quadam Orientalibus populis ſuadet, vt verã fidem approbantes, in Eccleſiam Romanorũ tanquam in ſolem, reſpiciant, & ex ipſa lumen Catholicæ & Apoſtolicæ fidei recipiant.*

Ignatius Conſtantinopolitanus poteſtatẽ Apoſtolorum principi Petro datam, non in eius perſona circumſcriptam, ſed ſucceſſoribus quoque ſenioris Romæ Pontificibus trãſmiſſam author eſt. Ex Latinis Cyprianus ſuper vno Petro fundatam Eccleſiam tradit, idq; à Chriſto inſtitutum, vt vnitas eius oſtenderetur. Idem lib. 4. Epiſtolarum ad Pupianum, ſuper Petro ædificatam fuiſſe Eccleſiam apertiſſimè fatetur. Ambroſius nunc eum Eccleſiæ petram appellat; nunc fidei firmamẽtum: idcircoq; petram eſſe, quoniam primus in nationibus fidei fundamentũ poſuerit. Idem ſermone 11. Hanc, inquit, ſolam Eccleſiæ nauem aſcẽdit Dominus, in qua Petrus Magiſter eſt cõſtitutus, Hieronymus

in Mat-

in Matthæum, Petri nomen illi rectè à Christo datum, quoniam per metaphoram ſuper eum ædificaturus erat Eccleſiam ſuam. Idem ad Damaſum: Ego, inquit, Beatitudini tuæ, id eſt, Cathedræ Petri communione conſocior, & ſuper illam petram ædificatam Eccleſiam ſcio.

Auguſtinus ad Paulinum Epiſt. 106. Innocentij literas commendat, quibus ad ſedis ſuæ notitiam pertinere teſtabatur, quicquid vbiq; à Cōcilijs in fide ſtatuatur, cuius iudicio, vel ſtent vel cadant, quæ tractata fuerint. Rurſus in libro aduerſus Epiſtolam Donati, in Petro aſſerit tanquam in petra fundatam Eccleſiă. Gregorius cùm varijs in locis, tum maximè Epiſtola ad Mauritium Imperatorem, eandem ſententiam adductis Euangeliorum canonibus clariſſimè defendit: & poſt eum Bernardus eo ſermone, quem in ipſius Apoſtoli vigilia habuit, diffuſiusq; ad Eugenium Papă lib. 11. de Conſideratione: Age, inquit, indagemus quis ſis, quam geras pro tempore perſonă in Eccleſia Dei. Quis es? Sacerdos magnus, ſummus Pontifex, tu Princeps Epiſcoporum, tu hæres Apoſtolorum, tu primatu Abel, gubernatu Noe, Patriarchatu Abraham, ordine Melchiſedech, dignitate Aaron, authoritate Moyſes, iudicatu Samuel, poteſtate Petrus, vnitione Chriſtus: tu es cui claues traditæ, & oues creditæ ſunt: Habent alij ſibi aſſignatos greges, ſinguli ſingulos, tibi vniuerſi crediti: Socrates Epiſcopus ĭ hiſtoria Caſſiodori, cùm in varijs locis principatum Romæ ſedi tribuit, tum & lib. 4. cap. 9. vbi Eccleſiaſticis regulis mandari aſſerit, ne præter Romani Pontificis ſententiam Concilium celebretur. Rurſus lib. 9. cap. 13. regulam prolatam author eſt, vt Conſtantinopolitanus Epiſcopus haberet honoris priuilegia poſt Pontificem Romanum, iſq; conſenſum ſuum præſtitiſſe Imperatorem Theodoſium: quod & Conſtantinopolitano Concilio cautum reperitur, in quo hæc ad verbum legere eſt: Conſtătinopolitanus Epiſcopus habeat honoris primatum poſt Romanum, propterea quod vrbs ipſa ſit iunior Roma. Sed & Amianus Marcellinus hiſtoriæ lib. 15. author eſt, Conſtantium Cæſarem ſententiam, qua Athanaſium damnabat, petiſſe à Liberio Romano Pontifice pro authoritate, qua potiores ſunt æternæ vrbis Epiſcopi confirmari: quod minimè obtinere potuit. Sed quid ego hac in re verba vlterius faciam? Et contra vetus prouerbium rem actam rurſus agam? Pluribus enim Concilijs, & nouiſſimè Conſtantienſi res hæc omnis deciſa eſt, quod & Iuſtinianus Imperator hac conſtitutione approbauit, vt ridicula ſit ea hæreticorum concluſio, qua id introductum ex frigidiſſimis decretis ſolùm à CCC. annis citra aſſeuerant. Sed certè nobis videntur iſti, non tam credere, quæ aſſerunt, quàm id agere, vt inuidiam aduerſus Pontificem, & præſules colligant, & contra Chriſtianorum dogmatum ſynceritatem Principibus populi ſui maledicant, cùm tamen Chriſtus quoque ipſe Pontificibus & Sacerdotibus libentiſſimè detulerit, quod annotauit Cyprianus. Paulus quoq; in Actis Apoſtolorum cap. 24. Neſciebam, inquit, fratres, quia Princeps eſt. Hactenus Aleiatus. Plurima alia poſſem adſerre teſtimonia, pro Romano Pontifice, verùm ſuperſedeo, quia non hæc diſſerui, vt ſummi Pontificis ſummă authoritatem aſſererem, quod alij doctiſſimi Theologi ſatis luculenter fecerunt, ſed vt l. Inter claras. à morſibus Hotomani vindicarē, quod nemo hactenus fecit, quem ſciam. Poſt hæc ſcripta & impreſſa legi tandem diſputationem ferè aduerſus Hotomanum apud Illuſtriſs. & Reuerendiſs. D. Cardinalem Baronium VII. Annalium Eccleſiaſt. Tomo, qui longe doctiùs & accuratiùs omnia exequitur. Tu illum conſulito.

CAPVT II.

Defenſio Extrauag. Regimini. de empt. & vendit. aduerſus diſputationem Franciſci Hotomani Hæretici, lib. 2. obſeruat. cap. 15.

ANnuos cenſus iuſtè & legitimè emi ac vendi poſſe, ſeruata tamen iuris forma, nemo eſt qui neſciat. Ita enim communi ſententia Doctorum vtriuſq; iuris receptum eſt, & res nimis iam inculcata eſt, tranſiuitq; in rem iudicatam, vt verbis vtar Tiraquelli de retractu conſanguineorum. §. 1. Gloſ. 6. num. 15. Ita multis ac varijs ſummorum Pontificum conſtitutionibus ſancitum eſt & Imperij etiam Romani ordinationibus, vt tradit Andreas Geyll. lib. 2. obſeru. 7. Nemo igitur hoc in dubium iam reuocat, excepto Franciſco Hotomano, nō vt Iuriſconſultos, & Theologos damnaret, aut Cæſarum Conſtitutiones, ſed vt Romanum Pontificem, quem hæreticus homo odio proſequitur, reprehēderet, cuius reprehenſionis facilis eſt reprehenſio. Is lib. 2. obſeru. cap. nonnulla profert argumenta aduerſus Extrauag. Regimini, de empt. & vendit. quæ breuiter putaui referēda, atque refellenda, vt impoſturæ ipſius detegantur.

Primùm, inquit, *emptio ex eorum numero eſt, quæ ſolo conſenſu contrahuntur. Hanc autem conuentionem re contrahi, & antequam numerata pecunia ſit, nullam obligationem concipi, nemo, vt opinor, vel mediocriter in libris noſtris verſatus addubitabit. Deinde in emptione, & venditione vltro citroq; obligatio naſcitur: ac propterea bonæ fidei iudicium ex eo contractu conſtituitur: At in hoc negotio, & is ſolus, cui fundus traditur, & reſtrictè ex iis tantùm, quæ lingua nuncupata ſunt, adſtringitur. Præterea in emptione contrahenda res quanti eſt, in ſolidum æſtimatur, hic autem non fundus, ſed eius tantùm annuus prouentus æſtimatur. Reſtat igitur vt conſideremus, an hæc conuentio mutui nomine contineatur, quod dici omnino non poteſt. Nam in mutuo certa obligatio naſcitur de reddenda quandoque pecunia. Hic autem acceptor pecuniæ non obligatur. Cùm igitur hanc conuentionem inter contractuum genera non reperiamus, & conſtet eam naturam habere aliorum omnium conuentionum diſſimillimam, videamus ne quid in ea monſtri ſubſit. Et profectò ita eſt, vt tres occultiſſimas fraudes, quaſi viperas, aut aſpidas ſub huiuſce conuentionis ſpecie latere animaduertam: quarum prima hæc eſt, quod in ea ſolus fundi prouentus æſtimatur, atque emitur: fundus autem gratis, ac ſine vllo precio callidè ac ſubdolè aufertur. Cùm enim de illa Decima, Duodecima & Decimaquinta differitur, nequaquam fundi precium exquiritur: ſed eius tantummodò prouentus cum decima, aut duodecima ſortis parte comparatur: vt quia, verbi gratia; duodecima ſortis pars rectè & legitimè pro vſura conſtituitur, quippe quæ beſſi legitimo propemodum reſpondeat: propterea rectæ vſuræ ratio iudicetur, ſi pro pecunia numerata, tantundem in fructibus ſoluatur: hoc eſt, fructus qui duodecimæ reſpondeant. Quod quàm iniquum & indignum ſit, nemo non videt. Non enim ex prouentu tantùm & frugibus, ſed etiam multis alijs ex cauſis fundi æſtimantur, veluti ſalubritate, amœnitate, opportunitate, aut circumluuione fluminis, vicinitate oppidi. l. Competit. 16 ff. quod vi aut clam. l. ſi cum fundus. de leg. 2. Et ea de re pulcherrima Epiſtola extat C. Plinij lib. Epiſtolar. 11. cuius initium eſt: Adſumo te. Ex quo intelligi volumus, quàm longè hoc genus contractus à venditione cum pacto redimendi falſa diſſideat, in qua verum, æquum, & ſolitum rerum precium æſtimatur.*

His verbis tria cōtinentur mēdacia. Primū in illis verbis: *Quod in ea ſolus fundi prouētus æſtimatur, atq; emitur, fundus autē gratis ac ſine vllo precio callidè & ſubdolè aufertur.* Falſum eſt, fundum auferri dño, hoc eſt, vēditori cenſus. Nă ſic ſe res habet in hoc cēſu, qui à Scholaſticis

vocatur

vocatur conſtitutiuus. Venditur certo precio conuento iuſto ſcilicet, annuus reditus certi fundi, cius dominium venditor retinet, & ſe obligat, & fundum quoq; ad annuum cenſum perſoluendū, itaq; fundus non aufertur: ſicut in cenſu reſeruatiuo, cùm ſcilicet fundi dominium in alium transfertur à domino, reſeruato ſibi annuo cenſu, iuxta notata in cap. Cōſtitutus, de relig. domibus: ſed iſte non intellexit vim & naturam horum cōtractuum, vel atra nubes odij in Romanum Pontificem oculorum aciem obtenebrauit eius, vt & aliorum hæreticorum.

Alterum mendacium ineſt verbis illis: *Cum enim de illa decima, &c.* Nam *decima duodecima, &c.* nō comparatur, vt ipſe putat, cum decima & duodecima ſortis parte, quaſi vſura conſtituatur palliata, vt noſtri loquuntur, ſed habetur ratio rei, ſuper qua annui cenſus obligatio conſtituitur, & ipſe cenſus annus emitur ac venditur, ita vt precium iuſtum ſit. Verbi gratia, centū aureis cenſus annuus venditur ſuper fundo, venditor ex eo contractu promittit annua quinque, quia ex illo fundo annuatim percipit idē venditor tantundē vtilitatis, quanta eſt penſio ſoluenda ſtatis temporibus: *Nam ſi res non eſt talis; dominus rei non habet reuera ius recipiendi tantam vtilitatem: Ergo verè non habet id totum, quod vendit. Et conſequenter tu qui fingeres ſe emere talem cenſum, in rei veritate nihil emeres, ſed palliares ſic vſuram, qua cenſuario mutuares ſummam ſoluendam cum vſurario incremento poſtea paulatim variis tēporibus.* Verba ſunt R.P. Gregorij de Valentia, viri ſummi, ac Theologorū huius ętatis pręcipui in 3. Tomo Cōment. Theol. diſpu. 5. q. 22. puncť. 2. vbi alios citat, & puncto 5. de iuſtitia precij cenſuum, latius diſputat, ſed hæc non intellexit Hotomanus.

Tertium mendacium eſt, cùm ait, in venditione cum pacto redimendi facta, *verum, æquum, & ſolitum rerum precium æſtimari.* Falſum eſt, quia æſtimatur res habita ratione oneris retiendendi, vt ratio ipſa dictat, Nullus diſſentit. Itaque res minoris æſtimatur, quàm ſi purè & ſimpliciter venditur abſque pacto reuendēdi. Eſt enim hoc pactum onus, Hotomane, quod ſi perpendiſſes, nō dixiſſes ſolito precio æſtimari.

Pergit Hotomanus: *Sed nunc alteram fraudem,* inquit, *quæ ſub hac fucata emptione agitur, detegamus. Neq; enim ſolum fund. corpus non emitur, ſed ne ipſius quidem prouentus: quod paulum attendenti non difficile erit intelligere. Nam emptio & venditio, vt ex parte venditoris rem certam, ſic ex parte emptoris certum definitumq; preciū, quod ab emptore verè (: & vt loquitur) naturaliter abeat, & in venditorem transferatur, exquirit. l. 1. ff. de contrah. empt. l. penul. C. de rer. permut. At in hac conuentione nulla precij quantitas pro fund. fructibus conſtituitur, quæ emptori detrahatur. Imo tantum abeſt, vt illi aliquid decedat, vt contra potius accedat: vtpote cum ipſius pecunia ex fundi fructibus ſine vllo impendio ſuo amplificatur.*

Hominis delirantis verba eſſe videntur: *Nulla precij quantitas pro fund. fructibus conſtituitur,* imò cōſtituitur, quia emptor venditori pecuniæ certam quantitatem numerat verè, naturaliter & realiter, illaque ab emptore abeſt, & transfertur in venditorem. Nemo id ignorat, imò paulò ſuperius idem dixit Hotomanus, dum dixit, antequam numerata pecunia ſit, nullam contrahi obligationem. Ex fructibus autem pecunia ab emptore ſoluta non amplificatur, ſed emptor annuum cenſum accipit, donec redimatur cenſus. Sicut is qui cum pacto reuendendi emit, fructus percipit rei emptæ, donec redimatur. l. 2. C. de pactis inter empt. & vendi. ſed res eſt clara nimis, nolo diutius immorari.

Tertia fraus ex eo deprehenditur, inquit, *quod hoc genus conuentionis nullius alterius rei quàm exercendæ fænerandæq; pecuniæ cauſa inſtitutum eſt: quemadmodum vel ex illo decima & duodecima ratione intelligi poteſt, de qua Pontifices in illo extrauagante decreto ſcribunt, &c.*

O ſanctum pectus, timet labem vſuræ. Bonarum mentium eſt timere peccatū, vbi non eſt. Horret Hotomanus

A nomen decimæ, duodecimæ, quaſi ſonet in fœnus illicitum, rem non inſpicit, non perpendit contractus ſubſtantiam, pacta, periculum ſortis amittendæ, nullā actionem competere emptori ad repetendū pecuniam, ſicut creditori qui mutuauit, & alias differentias, quæ ab omnibus hactenus cōſideratæ ſunt inter mutuum fœneratitium, & emptionem, & venditionē cenſuum. Prohibent ſummi Pontifices, nec non Imperatores ac Principes vſuras turpes, eaſdem omnes boni deteſtantur. Approbant tamen cenſus. Hotomano ſunt vſurarij & fœneratitij, ſcilicet; *Hunc modo cor ſoli eſt, reliqui velut vmbra feruntur.* O impudentiā, ſed quid mirum? hæretici non obediunt Eccleſiæ, contemnunt Orthodoxos Patres, ſuas opiniones præferunt omnibus Concilijs, ac receptis ab Eccleſia interpretationibus. Sed bene res habet, quia portæ inferi non præualebūt aduerſus eam, vt aliàs dixi ex verbis Domini noſtri Ieſu Chriſti.

B

CAPVT III.

An fiſcus, Principes, Ciuitates & Eccleſia Romana centum annorum præſcriptione gaudeant.

NOta eſt l. vlt. C. de ſacroſan. Eccl. in qua Imperator Iuſtinianus centum annorū præſcriptionē cōcedit Eccleſijs, Ciuitatibus, redemptioni captiuorum & cæteris pijs locis in rebus venditis, vel donatis, vel legatis, vel per fideicōmiſſum relictis, nec non ēt in hæreditate relicta. Sed cōtrouerſia eſt, an idem præſcriptionis ius fiſco ēt competat, Itém Principibus, an ēt Ciuitatibus inſpecto iure nouiſſimo ex nouellis Iuſtiniani conſtitutionibus, & denique, an ēt Romanæ Eccleſię competat conſideratis omnibus Iuſtiniani conſtitutionibus. Nam iure Canonico certum eſt competere, C & indubitatum. Quatuor hæc ſunt controuerſiæ dignæ, quæ accuratè à nobis tractētur atque diſcutiantur, tum quia non exiguam iuris cognitionem ſecum afferunt, tum quia magnus in praxi forenſi earum vſus eſt.

Fiſcum priuilegio gaudere centenariæ præſcriptionis, authores ſunt Accurſius in d. l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccl. in verb. centum annorum, in 4. ſolutione argumenti allati ex l. In omnibus, ff. de diuerſis & temp. præſcr. Bart. ibidem, Baldus, Salicetus, Iaſon: Marcus Antonius Peregrinus de iure fiſci, lib. 6. tit. 8. nu. 2. Fundamentum eſt, quia d. l. vlt. dicit; *Vt inter publicum ius & priuatum commoda cōpetens ſit diſcrimen, &c.* ſed ius fiſci publicū eſt, non autem priuatū, Ergo illa lex ad fiſcum quoq; pertinet.

Huc accedat Nouella 160. vbi Imperator dicit, oportere *ſe ex æquo Ciuitatum & rerum fiſci curæ ſtudere,* Ergo priuilegium in ea lege tributum Ciuitatibus, interpretatione extendi debet ad fiſcum.

D Præſertim quia fiſcus maiora habet, quàm Ciuitates priuilegia. Nam ædilitiæ actiones, quæ in venditionibus fiſcalibus ceſſant, ſi quę Reſpub. quid vendiderit, locum habēt. l. 1. §. Illud. ff. de ædilit. edi. Rem Ciuitatis ſub haſta venditam, licitantique adiectam, non licet adiectione precij poſtea emptori auferre, niſi particulari priuilegio id Reipub. concedatur. At fiſcus vendens habet adiectionis tempora, intra quę quilibet poteſt aucto precio rem emptori euincere. l. Lucius. 21. in fine. ff. ad Municip. l. 1. C. de rei vēd. reb. Ciuit. l. pen. C. de omni agro deſerto, l. 4. C. de iure haſtæ fiſcalis.

Rurſus fiſcus ius habet in rebus debitorum. l. Aufertur. 46. §. Fiſcus. ff. de iure fiſci, & tacitam hypothecam. l. 1. & 6. C. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacitè contrah. Ciuitates autem non habent, niſi quæ ſingulariter id à Principe impetrauerint, vel pacto quæſierint. l. Simile. to. ff. ad Municip. l. 2. C. de iure reip.

Verùm iſtis nil morantibus contrariam ſententiam amplector, doctrinam Pauli Caſtrenſis ſecutus in d. l. vlt. num. 7. atque ita contendo, priuilegium centenariæ

præſcri-

præſcriptionis ea lege tributum, ad fiſcum nequaquam pertinere.

Mouet me imprimis, quod in d.l.vlt. Inſtinianus tribuit illud ius ac priuilegium Eccleſijs, locis pijs, Ciuitatibus, & captiuis, fiſco autem non tribuit.

Deinde, quia iam cautũ eſt ſpecialiter de præſcriptionibus aduerſus fiſcũ conſtitutis in l.In omnibus.20.ff.de diuer.& tempo. præſcript in l.1.§.Diuus.& §.Præſcript. ff.de iure fiſci, in l.1.C.de quadriẽnij præſcrip.in l.Iampridẽ.C.comm. de vſucap.in l.Cõperit.C. de præſcrip. 30.vel 40.anno.in §.Res fiſci.inſtit.de vſucap.

Tertiò, quia textus in l.Omnes.C. de præſcrip.30.vel 40.annor.apertè ſtatuit, 40.annis omnes actiones remoueri, nullumque ius publicum vel priuatum poſt lapſum annorum 40.moueri poſſe.

Reſpondent Doct.excipiendos eſſe caſus, quibus centenaria opus eſt præſcriptione, qui continentur in d.l. vlt.Reſpondeo, in illa lege nihil tali contineri.

Nec obſtant verba illa d.l.vlt. *Vt inter sua publicum & priuata commoda, &c.* quia illis verbis ratio legis cõtinetur, generalis illa quidẽ, ſed poſtea lex ſequitur ſpecialis de Eccleſijs, Ciuitatibus, pijs locis, & redẽptione captiuorum, nullum verbum de fiſco. Quamobrem illa ratio generalis reſtringi debet, & aptari ad ea, quę in lege conſtituuntur, nõ ad alia diuerſa ac ſeparata, quæ alijs legibus iam rectè ſunt conſtituta; *Quoniam dum nihil omnino ſuper iſtis innouatum ſit, antiquam ſeruamus figuram,* vt alibi Imperator dixit, Nouella. de administran. officia in ſacris appella.

Nec obſtat d.Nouell.160.Non enim bona cõſequentia eſt, quia Imperator ibi circa vſuras eandem curã habet fiſci & Ciuitatum, idcirco quicquid in Ciuitatibus conſtitutum eſt, ad fiſcum quoq; pertinere. Quia ex vno ſingulari caſu regula conſtitui non debet.

Quæ reſponſio valet ad vltimum etiam argumẽtum. Nam non ſi in aliquibus potior cauſa fiſci eſt, quàm Ciuitatum; idcirco in omnibus poriorẽ eſſe oportet, quædã enim ſunt cauſæ, quæ mouere poſſunt ad aliquid de ciuitatibus ſtatuendum, quæ non habẽt locum in fiſco. Proinde non plus à nobis fauendum fiſco eſt, quàm Cæſares authores legum fauere voluerint.

Quod attinet ad Principes, communior ſententia eſt, eis competere idem ius præſcriptionis cẽtenariæ in caſibus de quibus fit mẽtio in d.l.vlt.C.de ſacroſanct. Eccl. Vide Alexan.in conſ.24.lib.5. Socinum iun.in conſ.65. nu.4.lib.1.Crauettam de antiq.tempor.in 4.par.§.Abſolutus.nu.36.37.Felinum in c.Ad audientiam. nu.22.de Præſcrip.Couar.In reg. Malę fidei poſſeſſor. in 2.parte, §.2.nu.9.de reg.iur.lib.6. Marcum Antonium Peregrinum de iure fiſci lib.6.tit.8.

Fundamẽtum eſt primò, quia illud priuilegium competit fiſco, ſed hoc iure non probatur, vt proximè dixi. Deinde, quia Principes non ſunt minoribus fauoribus proſequendi, quàm Ciuitates: Sed hoc argumẽtum parui põderis videtur, quia nõ eſt bona collectio. Viſum eſt enim Iuſtiniano Ciuitatibus id tribuere, & alijs in ea lege expreſſis, non autem ſibi ipſi, quare nobis non licet id ad alios porrigere.

Tertiò in authoritate Gloſſ.in §.Vt autem lex.in verſ. Nec multum.in Auth.de non alien.reb.Eccl.quæ Gloſſ. hoc dicit, authoritate illius textus, in illis verb. *Cum nec multum differant ab alterutro Sacerdotium, & Imperium, & res ſacræ à communibus & publicis, quando omnis ſanctiſſimis Eccleſijs abundantia & ſtatus ex Imperialibus munificentiis perpetuò præbeatur.* Si ergo Eccleſiæ ad ius conceſſum eſt, videtur etiam Principi concedendum.

Sed reſponderi poteſt, comparationem illam Eccleſię & Imperij in eum finem allatam eſſe, vt appareat Principi permutare licere res ſuas cũ rebus Eccleſiæ, vtilitate publica id exigẽte, & pragmatica forma præcedẽte. Nõ eſt igit᷑ abſoluta, & generalis cõparatio Eccleſiæ ac Imperij, alioqui dicẽdum foret, quicquid de Eccleſijs con-

A ſtitutum eſt, id etiam ad Imperatores & Principes pertinere: cùm tamen multæ ſint differentiæ, vt notum eſt. Non licet verba legis ita captare, & ex eorũ vt quiduis inſerre atque inſtituere, quod legibus conſtitutũ nõ eſt, facileque conſtitui, ſi legum author voluiſſet, potuiſſet.

Alij dixerunt, etiã extra caſus expreſſos in d.l.vlt.C. de ſacroſanct.Eccleſ.exceptionem iſtam centenarię pręſcriptionis Principibus competere, ſed nullo fundamento; quamobrem eos refellunt Peregrinus & Couar.locis proximè citatis.

Alij dixerunt Principis res præſcribi poſſe ſpacio 40. annorũ, in caſibus d.l.vlt.C.de ſacroſanct.Eccl.quia centum annorum præſcriptio, quæ ibi cõſtituta fuit, ſublata eſt Nouella Iuſtiniana 111.Hæc conſtit.innouat cõſtitutionem, &c. & reducta ad 40.annos. Vide Boerium deciſ.264.nu.22.

D.Tiberius Decianus ĩ cõſ.124.nu.44.lib.3.poſt alios B ab eo citatos, dixit, Principibus obſtare præſcriptionem 40.annorum, quoties poſſeſſor titulum habuit ab ipſis.

Ego verò ſic ſtatuo. Si de rebus feudalibus ſit quęſtio, nullam principibus ad directum feudi dominiũ auferendum, temporis præſcriptionem obſtare, ex cõſtitutione Friderici in c.Imperialẽ.de proh.feud.alien.per Frider. quod præclarè Zaſius defendit in conſ.15.li.2.& nos ſuperiùs diſputauimus in libro præcedente.

Si agatur ad tributorũ præſtatione præſcribenda, nullius quoque temporis lungiſſimi præſcriptionem ſufficere.l.Comperit.C.de præſcript.30.vel 40.annor.

Si de mero vel mixto Imperio, Iuriſdictione, vel regalibus agatur, quid iuris dicam infrà hoc eodem lib.

Si de alijs rebus agatur, exiſtimo præſcriptionẽ longi temporis locum nõ habere, quia ſic eſt conſtitutũ in l.2. & 3.C.Ne dominicæ rei vel templor.vẽd.&c.lõgiſſimi autem temporis locũ habere, iuxta l.Sicut & l.Omnes. C.de Præſcrip.longiſſ.tẽpo.30.vel 40.annor. ſi bona fi- C des adſit iuxta canonicas ſanctiones.c.vlt.de Præſcript.

Hæc mihi videbantur in hac quæſtione controuerſa, ex iuris fontibus adferri liquidò potuiſſe.

Sequitur vt de Ciuitatũ iure videamus. Quæritur an Ciuitatibus, nouiſſimis cõſtitutionibus cõſideratis, obijci præſcriptio 30.vel 40.annorum poſſit, an verò cẽtum annorum duntaxat, vt in d.l.vlt.C. de ſacroſanct.Eccl. Duæ ſunt contrariæ doctorum ſententiæ, Vna, centum annorum præſcriptionem requiri ſecundum tenorẽ d. l.vlt.Ita olim docuerunt Pileus & Ioãnes, antiqui Gloſſatores, Caſtrenſis, nu.8.Bart.nu.8.Iaſon nu.21.in Auth. Quas actiones. C.eod. titu. Couar.alios citans ad Reg. Poſſeſſor malæ fidei.de reg.iur.lib.6.par.2.§.2.nu.9.Iacob.Cuiac.lib.5.obſeru.c.5.

Fundamentum eſt, quia in Nouella cõſtitutione 111. Hæc cõſtitutio innouat conſtit.&c.in qua Imperator illam centũ annorum præſcriptionem correxit, & ad an- D nos quadraginta reduxit, nulla Ciuitatum mẽtio habetur, ſed Eccleſiarum duntaxat & aliorum piorum locorum. Quod ergo non corrigitur, cur ſtare prohibetur? l. Præcipimus.in fine.C.de Appellat.

Altera eſt ſententia, ſublatam eſſe dictam præſcriptionem cẽtum annorum, & ideo 30.annorum præſcriptionem Ciuitatibus obſtare iuxta l.Omnes.& l.Sicut.C.de Præſcript.30.vel 40.annor.ſic exiſtimarunt olim Placentinus & vltramontani doctores, teſte Bartolo, Petrus Cynus, Salicetus, & Fulgoſius in d.Auth. Quas actiones & in eandem ſententiam propendere videtur etiam Baldus, Boerius deciſ.264.nu.22.

Fũdamẽtũ eſt, quia eſt eadem, imò maior ratio in Ciuitatibus, quæ in Eccleſijs: cũ igitur Eccleſijs, quibus p̃ſcriptio centũ annorũ conceſſa fuit principaliter, adẽpta fuerit ex Nouella 111.abſurdũ videtur exiſtimare Ciuitatibus adhuc ſaluam eſſe: Eandem eſſe rationẽ in Ciuitatibus, patet ex eo quod in d.Nouella, ideo ſublata dicitur centum annorũ præſcriptio. *Quoniam per tantum ſeculi magis, quàm temporis ſpatiũ, nec documẽtis integritas*

nec

nec aliis fides, nec actus valet teſtibus ſuffragari. Hæc ratio æquè militat in ciuitatibus, vt in eccleſiis.

Hanc poſteriorem ſententiam ego longè probabiliorem eſſe iudico, atq; ſic cenſeo, plus dictũ & minus ſcriptũ in dicta Nouel. 111. eamq; omnino fuiſſe Iuſtiniani mentem, vt illud quod de præſcriptione centum annor. conſtituerat, in d. l. vlt. C. de ſacroſ. Eccl. immutaret, atq; corrigeret, ſubſtituendo loco centenariæ quadragenariam præſcriptionem, nullam feciſſe ciuitatum mentionem, quia non putauerit eſſe neceſſariam; cum eccleſiis, quibus præcipuè cõſultum voluit, priuilegiũ ademiſſet. Addo ex verbis d. Nouellæ, congrua adhibita interpretatione palam fieri etiam ciuitatibus, ſublatum hoc priuilegium videri: Sic enim ait Imperator: *Et iubemus in negocijs, quæ antehac triginta annorum remouebat exceptio nunc venerabilibus Eccleſiis, Monaſteriis, Xenodochiis, &c. 40. annorum protelatio conferatur, ſalua ſcilicet circa alias perſonas & cauſas, virtute quam ſemper tricennalis ſibi præſcriptio vendicabat, quoniam hanc decem annorum adiectionem ſolis, vt dictum eſt, religioſis locis, eorumq; iuri & contractibus indulgemus.* Et paulo pòſt: *In illis namq; vt dictum eſt, negociis religioſos contractus memorato 40. annorum priuilegio volumus perfrui, in quibus eis centum annorum prærogatiuam conſtitutio noſtra contulerat.* Si ſolis eccleſiis & religioſis locis vult Iuſtinianus competere priuilegium 40. anno. præſcriptionis. Ergo id ciuitatibus competere nõ poteſt. Ergo multò minus ciuitatib. competet priuilegium centum ann. præſcriptionis. Abſurdum eſt autem, exiſtimare minus eſſe conſultum Eccleſiis, cui plus conſultum voluit Imperator. Abſurdum eſt proteſtari decem annorum adiectionem factam præſcriptioni 30. annorum, ob fauorem Eccleſiarum & locorum religioſorum tantummodo, ſi ciuitatibus frui adhuc liceat præſcriptione centum annorum.

Quibus tollitur contrariæ ſententiæ fundamentum, ſatis. n. perſpicuum euadit omnib. rectè cõſideraris ea Nouella 111. ciuitatib. quoq; ademptam fuiſſe centum ann. præſcriptionem: licet illud mouerit dubitationem, controuerſiamq; pepererit, quod non ita expreſſim de ciuitatibus, vti de Eccleſiis, ea conſtitutione cautum à Iuſtiniano fuerit. Hęc de ciuitatibus.

Reſtat de Romanæ Eccleſiæ priuilegio, vt breuiter diſſeramus. Et quidem inter omnes cõſtat, à Iuſtiniano Eccleſiæ Romanæ datum eſſe priuilegium centenariæ præſcriptionis. Nouella conſtitutione 9. tit. Vt Eccleſia Romana centum annorum gaudeat præſcriptione, ſed controuerſia eſt, an hoc priuilegium alia poſteriori Nouella fuerit ſublatum. Nam ſublatum videri reſponderunt Hugolinus & Accurſius in Auth. Quas actiones; Salicetus ibidem nu. 1. Pinellus in Auth. Niſi tricennal. C. de bonis maternis, num. 57. Iacobus Cuiacius libro 5. obſeruat. cap. 5.

Sed ſublatum non videri reſponderunt, alij ferè omnes in d. Authen. quas actiones. Bartolus, Bald. Caſtren. Iaſon & alij, nec non Accurſ. in rubr. Nouellæ 111. Hæc conſtitutio innouat conſtitutionem, &c.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt primò, quia Nouella 111. generaliter loquitur de Eccleſijs, eiſque nulla diſtinctione adhibita, priuilegium auferr cẽtenarię pręſcriptionis, Ergo Romana etiam Eccleſia eadem conſtitutione continetur.

Non obſtat, ſi dicatur ſpecialiter tributum fuiſſe Romanæ Eccleſiæ priuilegium dicta Nouella 9. ac proinde alia conſtitutione ſpeciali tolli debuiſſe. Nam dicta Nouella 9. concedit priuilegium non Romanæ Eccleſię ſolùm, verùm alijs quoq; Eccleſijs, vt patet ex illis verbis: *Vt ex hac in vniuerſas Eccleſias cathol. eas, quæ ad Oceanũ vſq; poſita ſunt, ſaluberrima legis vigor extendatur.*

Secundò, quia ratio quæ mouit Iuſtinianum ad reuocandum priuilegium centenariæ præſcriptionis, & quæ in dicta Nouella 111. prolixè exprimitur, locum habet etiam in Romana Eccleſia.

A Tertiò, in Nouella 131. §. Pro temporalibus. vbi dicit Imperator: *Pro temporalibus autem præſcriptionibus decem, viginti, & triginta annorum ſacroſanctis Eccleſiis & aliis vniuerſis venerabilib. locis ſolum præſcriptionem 40. annorum opponi præcipimus, &c.*

Non obſtat, ſi dicatur Imperatorem ibi non loqui de Romana Eccleſia. Nam principio Nouellæ fit mentio Romani Pontificis.

Fundamentum autem poſterioris ſententiæ in eo eſt poſitum, quòd ſpeciale priuilegium Romanæ Eccleſiæ conceſſum dicta Nouella 9. abrogatum non fuerit dicta Nouella 111.

Et hæc ſententia mihi veriſſima videtur, non ſolùm quia iure canonico recepta eſt. c. Ad audientiam. de Præſcript. & alibi, cui par eſt viros graues ac prudentes ſummam fidẽ adhibere & acquieſcere: Verùm etiam quia longè firmiori nititur ratione, quã contraria ſententia.

Etenim ſic ſtatuo; nec Iuſtiniani Nouellam 111. trahi
B poſſe ad Romanam Eccleſiam & Nouellam 9. ſpeciale priuilegium Romanæ Eccleſiæ continere, non autem generale omnium Eccleſiarum: quæ duo ſic veriſſima eſſe oſtendo.

Imperator in dicta Nouella 111. reuocat priuilegiũ centenariæ præſcriptionis, quod Eccleſijs & alijs venerabilibus ac religioſis locis conceſſerat: ſic enim expreſſè verba ſonant dictæ Nouellæ. At Eccleſijs & venerabilibus locis centenarię pręſcriptionis priuilegium non dedit in d. Nouella 9. Nulla ibi fit mentio Eccleſiarum, *venerabilium locorum, xenodochiorum*, & ſimilium; Ergo d. Nouella 111. trahi non poteſt ad Nouellam 9. ſed ad l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccl. vbi Iuſtinianus conceſſit priuilegium cẽtenariæ præſcriptionis generatim, *Eccleſiis & venerabilibus ac religioſis locis, Xenodochijs, &c.* Sicuti ex verbis d. l. vlt. perſpicuum eſt. Et hoc eſt, quod Iuſtinianus in d. Nouella 111. ait in illis negocijs perfrui debere 40. annorum præſcriptione religioſis contractus,
C *in quibus eis centum annorum prærogatiuam cõſtitutio ſua contulerat.* De contractibus autem nulla fit mentio in d. Nouella 9. ſed in d. l. vlt. nimirum de venditione, &c.

Quod autem Nouella 9. ſingulare contineat priuilegium Romanæ Eccleſiæ, probatur primũ ex verbis Rubricæ, quæ ſecundum tam veterem quàm nouam tranſlationem ſic habent: *Vt Eccleſia Romana centũ annorum præſcriptione gaudeat.* Deinde ex illis verbis Nouellæ, quæ initio ponuntur: *Vt legum originem anterior Roma ſortita eſt, &c. neceſſarium duximus patriam legum, fontem ſacerdotij ſpeciali numinis noſtri lege illuſtrari.*

Non obſtant illa verba ſequentia: *Vt ex hac in vniuerſas Eccleſias Catholicas, quæ vſq; ad Oceanum poſita ſunt, ſaluberrima legis vigor extendatur.* Nam quæ poſtea ſequuntur, hæc declarant in hunc modum: *Quod igitur noſtra æternitas ad omnipotentis Dei honorem veneranda ſedi ſummi Apoſtoli Petri dedicauit, hoc habeant omnes*
D *terræ, omnes Inſulæ totius Occidentis, quæ vſque ad ipſos Oceani receſſus extenduntur, noſtri Imperij prouidentiam per hoc in æternum reminiſcentes. Huiuſmodi autem legis prærogatiuam, ſicut ſupra dictum eſt, non ſolum in Occidentalibus partibus Romana Eccleſia condonamus, ſed etiam in Orientalibus partibus, in quibus Eccleſiaſtica vrbis Romæ poſſeſſiones ſunt, vel poſtea fuerint.*

Quibus verbis ſuperiora declarantur, vt ſenſus ſit, priuilegium iſtud pertinere ad Romanam Eccleſiam, quoad oẽs res, poſſeſſiones, Eccleſiaſq; eaſdem ſubiectas, vt rectè exponit Gloſ. in rub. dictæ Nouellæ 111. Ergo priuilegium extẽditur ad omnes alias Eccleſias, tam Orientis quàm Occidentis Romanæ Eccleſiæ ſubiectas.

Ad primum argumentum contrariæ ſentẽtiæ reſpondeo, Nouella 111. priuilegium ſpeciale Romanæ Eccleſiæ non auferri, quod eſt in dicta Nouella 9. ſed illud generale quod omnibus Eccleſijs, & venerabilibus locis, & cauſis in quibuſdam negocijs fuerat collatum à Iuſtiniano in d. l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccleſ.

Ad ſecũdũ r̃ndeo, dato qđ ſit eadẽ ratio; non licet tamen nobis priores corrigere, & hoc eſt, quod ex hoc loco adferri ſolet. Correctionem legis non eſſe inducendã ex rationis identitate, ſic enim loquuntur doctores.

Ad tertium argm̃ ex Nouella 131. §. Pro tpalibus, r̃ndeo, Iuſtinianum loqui de cæteris Eccleſijs, & pijs ac venerabilibus & religioſis locis, ſicut loquitur in d. Nouella 111. nõ autem de Romana Eccleſia, cui ſpeciale priuilegium dederat Nouella 9. Nec ad propoſitum faciũt verba dictę Nouellę 131. in principio, in quibus Romani Pontificis fit mentio: nã illis verbis hoc duntaxat declarat, Papam Romanũ primum eſſe omnium ſacerdotum, ſecundum definitionem quatuor Conciliorum Nicæni, &c. quod nihil ad rem iſtam pertinet. Rectè igitur Irnerius in d. Auth. Quas actiones dixit: *Solam Romanam Eccleſiam centum annorum præſcriptione gaudere.*

CAPVT IV.

Vtrum dos filiæ vnius ex ſocijs omnium bonorum, ſoluenda ſit ex bonis communibus, an verò diuiſionis tempore imputanda in partem patris?

Dotem datã filiæ alterius ex ſocijs oĩum bonorũ, imputandã eſſe tpe diuiſionis in portionem patris ſui multi exiſtimarunt apud Antonium Gabrielium lib. 3. commu. concluſ. tit. de iure dotiũ concl. 2. & apud Paulũ Granucium lib. 3. Theoremat. 1. multi itẽ negarũt, ſed ex cõibus bonis ſolutã videri cẽſuerunt Natta conſ. 91. lib. 1. Rolãd. à Valle conſ. 91. lib. 1. Thobias Nonius cõſ. 64. Menoch. de arbitr. iud. caſu 127. nu. 3. & iſtis magis eſt vt cõſentiam, authorit. l. Si ſocietatem vniuerſorum. §. pro ſocio, in illis verbis: *Si ſocietatem vniuerſarum fortunarum ita coierint, vt quidquid erogaretur, vel acquireretur communis lucri atque impendij eſſet, ea quoque, quæ in honorem alterius liberorum erogata ſunt vtriuſque imputanda.* Idem igitur & in dote ſtatuendũ eſt, quæ proculdubio in honorem filię erogatur. Idem probatur in l. Ex parte. §. Filius. ff. fam. hercíſ.

Contrariæ ſententiæ fundamentum eſt in l. Si Socius pro filia. ff. pro ſocio. ibi. *Quæſitum eſt an ſi pro ſocio ageret, dotis quantitatem percipere deberet, ſi fortè conuenisſet inter ſocios, vt de communi dos conſtitueretur.*

Reſpondeo, nec ibi de ſocijs omnium bonorum quæſtionem eſſe, nec rectè colligi, quia dos ex cõmuni propter pactum deducitur, ideo pacto ceſſante non eſſe deducendam, obſtaret enim natura ſocietatis omnium bonorum, in qua expenſæ omnes ſocietatis Imputãtur, niſi ob delictum fiant. l. Si fratres. & l. Socium vniuerſa. & l. Quod autem, cum l. ſeq. eod. tit.

CAPVT V.

Poſſeſſio quotuplex ſit, & an ſit facti vel iuris?

Scholaſtica quæſtio eſt inter doctores ad l. 1. ff. de acq. poſſeſſ. an poſſeſſio ſit vna vel multiplex, & an iuris ſit vel facti: de qua quid ſentiam breuiter ediſſeram.

Prima fuit opinio Placentini & Azonis, quos aliqui ex recentioribus ſecuti ſunt, vnàm tãtùm eſſe poſſeſſionem, & plures quę adferuntur poſſeſſionum ſpecies, nõ eius ſubſtãtiam, ſed qualitatem reſpicere? Veluti ſi quis dixerit, hominum alios eſſe doctos, alios indoctos, alios nobiles, ignobiles alios, hęc diuiſio non ad ſubſtantiam pertinet, ſed ad accidentia, ac proinde non conſtituit diuerſas ſpecies. Fundamentum eſt in l. 3. §. Genera. ff. de acq. poſſeſ. vbi dicitur: *Vnum eſſe genus poſſeſſionis, & ſpecies infinitas, veluti pro donato, pro hærede, &c.*

Secunda fuit opinio Ioannis, quæ & ſuos habuit ſequaces, duplicem eſſe poſſeſſionem, vnã naturalem, alteram ciuilem. Probatur hæc ſententia ex l. 2. §. Quod vulgo. ff. pro hærede. ibi. *Vt poſſeſſio non ſolũ ciuilis, ſed etiam*

A *naturalis intelligatur.* Et in l. 1. §. Deijcitur. ff. de vi & vi armata, ibi *Siue naturaliter ſiue ciuiliter poſſideat.* Ex l. Nemo. C. de acq. poſſ. ibi. *Poſſeſſionis eſſe duplicem rationem, aliam quæ iure conſiſtit, aliam quæ corpore.*

Tertia eſt ſententia Bartoli in l. 1. nu. 8. ff. de acq. poſſ. triplicem eſſe poſſeſſionẽ, naturalem, ciuilem, & corporalẽ. De naturali loquitur l. Naturaliter. ff. de acq. poſſ. De ciuili & ſimul etiam de naturali text. in l. 2. §. Quod vulgo. ff. pro hærede. De corporali tex. in l. Si id quod. 25. §. vlt. ff. de acq. poſſeſſ.

Alij dixerunt poſſeſſionem aliã eſſe naturalem, aliam Ciuilem, aliam naturalem ſimul & ciuilem, aliam corporalem, aliã ciuiliſſimã, vt videre licet ex Iaſone, & alijs recentioribus in d. l. 1. de acq. poſſeſ.

Sed mihi magis placet ea ſententia, quæ duas ſpecies poſſeſſionis ſtatuit naturalem & ciuilem. Probatur enim ſatis clarè ex legib. allegatis, & ex alijs multis quæ paſ-
B ſim occurrunt: quamobrem quod ad priorem ſententiam attinet, obſeruandum eſt, quod Iuriſconſultus dicit in l. 3. §. Genera. ff. de acq. poſſeſſ. vnum eſſe genus poſſeſſionis, non eò pertinere, vt hæc diuiſio poſſeſſionis in ciuilem & naturalẽ negetur, quæ legibus apertè demonſtratur, ſed hunc ſenſum habet, vnum eſſe genus poſſeſſionis, & ſpecies infinitas, reſpectu cauſarum, ex quibus poſſeſſio acquiritur de quibus textus loquitur cùm ait: *Tot eſſe genera poſſeſſionum, quot ſunt cauſæ acquirendæ eius, veluti pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro hærede, &c.*

Porrò corporalis poſſeſſio, cuius mentionem faciunt Bartolus, & ante eum Iuriſconſulti, ſæpè non diſtinguitur à naturali, vt fatetur ipſe Bartolus in d. l. nu. 10. ff. de acq. poſſeſ. Denique, quæ dicũtur de poſſeſſione ciuiliſſima, iure noſtro recepta non ſunt, ſed verbum à noſtris confictum eſt ad deſignandam eam poſſeſſionem, quæ in hæredem vigore ſtatuti continuatur.

C Sed & cõtrouerſia eſt quid ſit naturalis & ciuilis poſſeſſio. Nam Bart. in d. l. 1. nu. 8. ff. de acq. poſſeſſ. dicit poſſeſſionem ciuilem ius eſſe inſiſtendi rei non prohibitæ poſſideri aptũ, producere ciuiles effectus reſpectu veri dominij, puta vſucapionis & pręſcriptionis. Naturalem autem poſſeſſionem eſſe ius inſiſtendi rei non prohibitę poſſideri aptum, producere ciuiles effectus reſpectu alicuius iuris à dominio ſeparati, & reſpectu naturaliũ acceſſionum. Exemplum inquit Bartolus: *Vſufructuarius poſſidet naturaliter. l. Naturaliter. ff. de acquir. poſſeſ. habetne effectum ciuilem? Certè ſic; quia præſcribit ius vſusfructus. l. vlt. C. de Præſcript. longi tempo. in fine. Item reſpectu naturalium acceſſionum, quia fructuarius facit fructus ſuos.* Hactenus ille.

Sed vt mihi videtur, potius Bartolus explicat effectus vtriuſq; poſſeſſionis, quàm naturam earum; quamobrem eius doctrina non ſatis ſufficiens videtur.

D Franciſcus Conanus li. 3. cõmentariorum iuris, c. 10. nu. 5. exiſtimat, naturalem & ciuilem poſſeſſionẽ in hoc differre, quod ciuilis iuſta ſit, naturalis autẽ contra iuris regulas: adfert l. 1. §. Deijcitur. ff. de vi & vi arm. vbi fit mẽtio naturalis poſſeſſionis, quam vxor habet rei à marito donatæ. Donatio enim inter virum & vxorem non valet. l. 1. ff. de donat. inter virum & vxorem.

Sed huic ſententiæ aduerſari videtur l. Nemo. C. de acq. poſſeſ. vbi dicitur, vtramque poſſeſſionem legitimã eſſe, verum tamen non aduerſatur, vt inferiùs dicam.

Franciſcus Duarenus in Cõmentarijs de acq. poſſ. ita hãc rẽ explicat. Naturaliter dicitur poſſidere is, qui corpore incumbit rei, eo animo, vt vel ſuo, vel alieno nomine poſſideat. Ciuiliter verò qui cùm rei non inſiſtat, iuris ciuilis tamen interpretatione eam tenere ac poſſidere intelligitur.

Iacobus Cuiacius lib. 9. obſeruat. cap. 33. hanc rẽ tractans, ſic ait; Species poſſeſſionis duæ proponuntur, alia quæ iure conſiſtit, id eſt, iure ciuili, alia quę corpore, illa ciuilis dicitur, & ita definitur detentio, quę conſtat iure

&ani-

& animo domini; puta detentatore credente ſe eſſe dominum, & detinente rem ex cauſa, qua dominium quæri ſolet, quæ autem poſſeſſio corpore conſiſtit, naturalis dicitur, & eſt detentio rei citra ius affectionemque domini, non tamen citra aliquod ius affectionemque, nam vtraque legitima dicitur.

Obſeruaui ego triplicem ob cauſam naturalem & ciuilem poſſeſſionem appellari. Primò, reſpectu perſonæ. Secundò, reſpectu cauſę. Tertiò, reſpectu modi poſſidendi. Reſpectu perſonæ; puta ſerui. l. Stipulatio iſta, §. Hæc quoque. ff. de verb. obl. l. Quod ſeruus. ff. de acq. poſſeſ. ſi liber homo, eſſet ciuiliter poſſideret in illis caſibus.

Reſpectu cauſæ; nam ſi cauſa iure approbata ſit, ciuilis dicitur poſſeſſio, ſi non ſit approbata, naturalis. l. 1. §. Deijcitur. ff. de vi & vi arma. l. Si enim qui. 22. ff. de aliena. inter vir. & vxorem.

Non obſtat lex, Nemo. C. de acq. poſſ. vbi vtraq; poſſeſſio appellatur legitima. Nam ideo dicitur legitima, quia legibus ac interdictis poſſeſſorijs vtraque poſſeſſio defenditur d. l. 1. §. Deijcitur.

Reſpectu modi poſſidendi, nam qui corpore inſiſtit poſſeſſioni, dicitur naturaliter poſſidere: qui animo poſſeſſionem retinet, ciuiliter. l. Et habet. 15. §. Cùm quis. ff. de precario.

Sed rurſus controuertitur, an poſſeſſio ſit iuris vel facti. Prima eſt opinio, poſſeſſionem poſtquam acquiſita eſt, iuris eſſe, dum autem acquiritur, & quantum ad modum quo acquiritur, facti eſſe, ita Bartolus ad l. 1. nu. 6. ff. de acq. poſſeſ. Iaſon alios citat ibidem, nu. 32. Couar. ad reg. Poſſeſſor malæ fidei. de reg. iuris, lib. 6. in 2. partis initio, num. 3.

Fundamentum eſt primò in l. Nemo. C. de acq. poſſeſ. ibi: *Ius poſſeſſionis, &c.* Secundò, in l. Non ideo minus. C. de liberali cauſa. ibi: *Poſſeſſionis ius, &c.* Tertiò, in l. Peregrè. ff. de acq. poſſeſ. ibi: *Ius poſſeſſionis, &c.* Quartò, ex l. Poſſeſſio. 49. ff. eod. vbi textus dicit poſſeſſionem *plurimum ex iure mutuari*. Et quoniam aliæ ſunt leges, quibus dicitur poſſeſſionem facti eſſe, puta. l. 1. §. Adipiſcimur. ff. eod. titul. & in §. Si vir vxori accipiendæ ſunt de poſſeſſione nondum acquiſita, vel de modo quo illa acquiritur.

Secunda eſt opinio Ludouici Romani in d. l. 1. ff. de acq. poſſeſ. Poſſeſſionem facti eſſe. Fundamentum eſt in d. l. 1. §. Adipiſcimur. & §. Si vir vxori. & in l. Poſſeſſionẽ. 29. ff. eod. titu. in l. Denique. ff. Ex quib. cau. majo. in l. In bello. 5. Factæ. ff. de Capti. in l. 1. §. Scæuola. ff. Si is qui teſtam. lib. eſſe iuſſus fuerit.

Tertia eſt ſententia Franc. Aretini in d. l. 1. Poſſeſſionem eſſe partim iuris, partim facti. Fundamentum eſt in d. l. Poſſeſſio. 49. in d. l. Denique. ſed adſtipulatur magis l. Nemo. C. de acquir. poſſeſ.

Poſtrema eſt ſententia Alciati in libello de quinque pedum pręſcriptione, nu. 113. & Iacobi Cuiacij in paratitlis ad tit. de acq. poſſeſ. Poſſeſſionem naturalem facti eſſe, & plurimum ex facto participare. Ciuilem autem iuris eſſe, & plurimum ex iure mutuari: atque ita conciliandas eſſe leges, quæ modò iuris, modò facti poſſeſſionem dicunt.

Ego quod attinet ad primam ſentẽtiam, exiſtimo eam non ſatis legibus eſſe conſentaneam. Cùm enim dicitur poſſeſſionem iuris vel facti eſſe, non intelligitur poſſeſſio nondũ acquiſita, vel modus eam acquirendi, ſed poſſeſſio ipſa iam conſtituta & acquiſita.

Secundæ autem ſententiæ haud grauatè aſſentirer, ſi non obſtarent aliæ leges, quibus probatur poſſeſſionem iuris eſſe.

Tertiam verò ſententiam idcirco nõ amplector, quoniam nõ declarat, quam ob cauſam poſſeſſio plurimum ex iure, & cur plurimum facti mutuetur, atq; adeò mixtam naturam nanciſcatur.

Poſtrema denique ſententia probabilior videtur, ſed eam ſic explico. In poſſeſſione duo ſunt conſideranda. Primum detentio ipſa, ſiue inſiſtentia corporalis, quod videlicet rem quis de facto teneat ac poſſideat; Et hoc nomine dico illam facti eſſe. Alterum iuſta cauſa poſſidendi, perſona ad poſſidendum idonea, & ius ipſum poſſidendi, quod legibus defenditur atq; probatur, & eatenus iuris eſſe poſſeſſionem puto, ſed de his hactenus.

CAPVT VI.

Poſſitne cumulari petitorium & poſſeſſorium in eodem iudicio, & de vera interpretatione. l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acq. poſſeſſ.

Celebris & ſæpe agitata quæſtio eſt, poſſitne petitorium & poſſeſſoriũ cumulari (vtar enim ſolitis vocabulis) in eodem iudicio, in qua tres ſunt doctorum ſententiæ. Prima fuit olim Ioannis & Azonis, non poſſe cumulari. ſed prius de poſſeſſione, deinde de proprietatè cognoſcendum. l. Ordinarij. C. de rei vend. l. 3. C. de interd. l. vlt. C. quorum bonor.

Secunda fuit ſnĩa Martini antiqui Gloſſatoris, concurrere ſimul poſſe petitorium & poſſeſſorium, excepto tñ poſſeſſorio retinendæ. Fundamentum eſt in l. Cùm fundum. §. vlt. ff. de vi & vi arm. & in c. Paſtoralis. de cauſa poſſeſ. & propriet. Ideo autem excipitur poſſeſſorium retinendæ, quia contineret repugnantiam: Nam is qui rem vẽdicat, fatetur aduerſarium poſſidere. l. Officium. ff. de rei vend. Interdicto autem retinendæ, ſe poſſidere aſſerit. l. 1. ff. vti poſſid. Hæc autẽ ſunt inuicem repugnantia: Conſequenter iure non permiſſa. l. 1. C. de furtis.

Tertia fuit ſententia Petri, omne poſſeſſorium cõcurrere poſſe cum petitorio, & nihil concurſum hunc impedire, excepto ordine iudicij, quia nihil commune habet poſſeſſio cum proprietate. l. Naturaliter, §. Nihil cõmune. ff. de acq. poſſeſ. vbi propterea concurſus permittitur. Et hoc eſt, quod dicitur cauſam poſſeſſionis & proprietatis apud vnum & eundem iudicẽ cognoſcendam. l. Nulli. C. de iudicijs.

Hanc ſententiã Petri Bartolus reprehendit in d. §. Nihil commune. nu. 18. Primò, quia actiones inuicem contrariæ non poſſunt ſimul cumulari. l. 1. C. de furt. ſed actiones iſtæ ſunt contrariæ, rei vendicatio & interdictum *vti poſſidetis*, nam illa præſupponit aduerſariũ poſſidere, hoc autem actorem poſſeſſorem requirit.

Secundò, quia non poſſunt actiones concurrere, quoties vna electa, altera tollitur. l. vlt. C. de Codicil. ſed electa actione in rem, tollitur interdictum retinendæ, quia iam actor faſſus eſt aduerſarium poſſidere.

Tertiò, nam concurſus actionum prohibetur, quoties abſolutoria lata in vna actione parit exceptionem rei iudicatæ in altera. l. Fundum. l. Fũdi. ff. de excep. ſed actiones iſtæ ſunt huiuſmodi: nam aliquando accidit, vt abſolutoria lata in petitorio pariat exceptionẽ rei iudicatæ in poſſeſſorio, vt notat in l. 2. §. Interdũ. ff. de interdict.

Quartò, nam quoties per ſecũdam actionem apparet actorẽ rem habere, quod petit in prima, cõcurſus actionum non admittitur. §. vlt. in Inſtit. de perpetuis & tẽp. act. ſed in quæſtione noſtra hoc apparet. Nam in ſecunda actione, puta in interdicto retinendæ actor dicit ſe poſſidere, ſed illud eſt, quod petebat in prima actione. Petebat enim ſe dominum declarari, & per officium iudicis ſibi rem reſtitui.

Quintò, quia concurſus actionũ non admittitur, quando actiones diuerſę tendunt ad eundem finem. l. Nemo ex his. §. Quoties. de reg. iuris, ſed in ꝓpoſito id accidit, Nam actor, vtraq; actione hoc cõtendit, vt rẽ obtineat.

Sextò, nam quoties ordo iudicij hoc poſtulat, vt vna actio poſt aliam intẽtetur, & de vna prius cognoſcatur, cumulatio non admittitur. l. 3. C. de interd. l. Ordinarij. C. de rei vend. ſed ordo iudicij poſtulat, vt prius de poſſeſſione quã de proprietate cognoſcatur, vt patet ex di-

ctis legibus. Igitur cumulatio poſſeſſorij & petitorij non admittitur.

Ad l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acq. poſſeſ. reſpondet Bartolus, & alij poſt eum, illum textum accipiendum eſſe, vt procedat cùm actor renunciauit petitorio.

Vel intelligendum, quando actor iam ſuccubuit in petitorio.

Vel quando actor eſt petitorium cœptum poſſeſſionem rei acquiſiuit.

Vel quando actor ciuiliter poſſidebat, aduerſarius autem naturaliter, hoc eſt, corpore rem detinebat.

Iacobus Cuiacius lib. 7. obſer. cap. 38. illud reſpõſum interpretatur, vt locum habeat, quando nõ conſtat actorem poſſidere: *Exiſtimo*, inquit, *& de retinenda poſſeſſione per interdictum vti poſſidetis, ſimul agi poſſe & vendicatione, ſi modò non conſtet actorem poſſidere. Ei enim quem poſſidere conſtat, vendicatio non datur. Sub incerto igitur, id eſt, ſi non conuenit, ex duobus vter poſſideat, ſimul agi poteſt vti poſſidetis, & in rem ſpeciali actione. Ergo etſi egero vendicatione, ac ſi non poſſiderem, cur non meo iure melius cognito, licebit mihi tantiſper dilato illo iudicio mutare formulam, & vti poſſidetis experiri? quæ eſt ſententia l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acq. poſſeſ.* Hactenus Cuiacius.

Antonius Goueanus lib. 1. variarum. cap. 3. tractans eundem locum, ſic ait: *Qui in poſſeſſione turbabatur ignarus iuris ac fori, rei vendicatione agere cœpit, quæ poſſeſſori minimè conueniens erat. Reſipuit tandem & interdictum vti poſſidetis à Prætore poſtulauit, quæſitum eſt, audiendusne à Prætore eſſet. Mouebat, quod poſſeſſione videbatur rẽ vendicando renunciaſſe, cùm rei vendicatione non agat is, qui poſſidet. Officium namque iudicis in hac actione eſt inſpicere, an reum poſſideat, quemadmodum idem Vlpianus ſcribit in l. Officium. ff. de rei vend. Qui ergo cum interdicto vti poſſidetis retinendæ poſſeſſionis cauſa comparato vti poſſet, maluit rei agere vendicatione, quæ ad proprietatem pertinet, poſſeſſionem repudiaſſe, atque amiſiſſe videbatur. Liquidi namq; iuris eſt, animo ſolo amitti poſſeſſionem, quemadmodum idem ſcribit Vlpianus hoc eodem titulo in l. Si quis. §. Differentia. & Paulus in l. Poſſideri. §. In amittenda. Non ergo in retinenda poſſeſſione adiuuandum à Prætore, quis exiſtimaſſet eum, qui poſſeſſionem amiſiſſe videbatur, ſed Vlpianus adiuuandum reſpondit. Nam neque eiuſdem rei duas cum actiones poſtulare, cùm rei vendicatio ad proprietatem, interdictum vti poſſidetis ad poſſeſſionem conſeruandam pertineat, neque videri renunciaſſe poſſeſſioni, qui cœpit agere rei vendicatione: retinere enim poſſeſſionem miſerum voluiſſe, ſed non ſatis vidiſſe, qua id facere ratione poſſet. Aequum autem non eſſe ei, qui in actione edenda aberrauit, aliam à Prætore denegari.*

Hæc ſunt quæ alij docuere. Ego ſic ſtatuo, Petri ſententiam cęteris eſſe probabiliorem. Nam de poſſeſſorio retinendæ, de quo maior diſputatio eſt, quod concurrere poſſit cum petitorio, docet Vlpianus in d. l. Naturaliter. §. Nihil commune. *Nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione, & ideo non denegatur ei interdictum vti poſſidetis, qui cœpit rem vendicare. Non enim videtur poſſeſſioni renunciaſſe, qui rem vendicaret.* De poſſeſſorio recuperandæ teſtimonium eſt in l. Cùm fundum. §. vlt. ff. de vi & vi arm. De interdicto adipiſcendæ textũ non habeo, ſed videtur idem reſpondendum eadem ratione: quia ſcilicet nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione.

Non obſtat l. 3. C. de interd. l. Ordinarij. C. de rei vẽd. & ſimiles, quibus dr, prius eſſe cognoſcendam cauſam poſſeſſionis, q̃ proprietatis. Nã ſic accipiendæ ſunt, cùm vterq; ex litigatoribus contendit ſe poſſidere. Vlpianus in l. 1. ff. vti poſſidetis: *Quoties ergo inter litigatores eſt proprietatis controuerſia, aut conuenit, vter poſſeſſor ſit, vter petitor, aut non conuenit, ſi conuenit, abſolutum eſt, & ille poſſeſſoris cõmodo, quem conuenit poſſidere, ille petitoris onere*

A *fungetur. Sed ſi inter ipſos contendatur, vter poſſideat, ad hoc interdictum remittendum erit, &c.*

Ad argumẽta Bartoli ſic reſpondeo: Ad primum, nullam eſſe repugnantiam, quia is qui agit rei vendicatione, non præſupponit neceſſariò aduerſarium poſſidere. Sufficit enim vt rem detineat quoquo modo l. Officium. in fine. ff. de rei vend. quamobrem nihil prohibet, actorem ipſum rem poſſidere, ſcilicet ciuiliter, & aduerſarium detinere corpore, ſicut dicitur in l. Clam poſſidere. §. Qui ad nundinas. ff. de acq. poſſeſ. eum retinere poſſeſſionem, qui ad nundinas abijt, quæ tamen ab alio fuerat occupata. Ergo nulla eſt repugnantia; & ſic accipiendum eſt Vlpiani reſponſum in d. §. Nihil commune, non quia incertũ eſſet, an actor poſſideret, vt dicebat Cuiacius, non quia aberrauerit in actione edenda, vt dicebat Goueanus, ſed quia aduerſarius rem tenebat, occupabat corpore, de facto egiſſe rei vendicatione, & nihilominus interdicto vti poſſidetis, experiri potuiſſe, quia

B ſcilicet actor rem ciuiliter poſſideret, iuſtè, legitime, licet ab aduerſario poſſeſſio de facto occuparetur, atque, adeò ipſe actor in ſua poſſeſſione turbaretur. Etenim duo poſſunt inſolidum poſſidere, vnus ciuiliter, alius naturaliter, eandem rem, ex Caſſij, Sabini, Papiniani, & Vlpiani ſententia. l. 3. Ex contrario. ff. de acquir. poſſeſ. l. 3. ff. vti poſſidetis. l. Et habet. 15. §. 1. ff. de precario, quam ſolam huius ſoluendæ quæſtionis rationem eſſe ait Hotomanus, quem poſt hæc ſcripta legi quæſtionum illuſtrium cap. 29. non procul à fine.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, negando huiuſmodi eſſe actiones iſtas, vt vna electa, altera tollatur: nam contrarium docet text. in d. §. Nihil commune. Ad rationem iam reſponſum eſt.

Ad tertium, nego abſolutoriam latam in vna iſtarum actionum, parere exceptionem rei iudicatæ in altera: Nam cùm poſſeſſio & proprietas differant, non poteſt eſſe locus exceptioni rei iudicatæ. l. Cùm quæritur, cum

C ll. ſeq. ff. de except. rei iud.

Ad quartum ſimiliter nego, actorem ex vna actione conſequi poſſe, quod ex altera petit: quia vna ad proprietatem pertinet, altera ad poſſeſſionem, & hæc nihil commune habent.

Ad quintũ, nego idem vtraq; actione peti, quia aliud eſt res, aliud poſſeſſio. l. penul. ff. vti poſſid. & d. §. Nihil commune.

Ad vltimum argumentum ex ordine iudicij, quia ſcilicet prius cognoſcẽda ſit cauſa poſſeſſionis, &c. iam reſponſum eſt ſuperiùs.

Ne dixeris tamen poſt concluſionem in cauſa factam in petitorio poſſe poſſeſſorium intẽtari, quia repugnat tex. in cap. Paſtoralis. de cauſa poſſeſ. & propriet.

CAPVT VII.

D *Poſſitne Princeps reſcripto ſuo cauſam poſſeſſionis et proprietatis ſimul cognoſcendam mandare?*

SEd rurſus controuertitur. Poſſitne Princeps mandare reſcribendo, vt de poſſeſſorio ſimul, ac de petitorio cognoſcatur. Negat Thomas Grammaticus conſi. 84. Cui adſtipulatur. l. vlt. C. Si cõtra ius vel vtil. pub. &c. & l. Reſcripta. C. de Precibus, & aliæ leges, quibus reſcripta contra ius non valere conſtitutum eſt. Videntur autem eiuſmodi reſcripta contra ius, quia iure conſtitutum eſt, vt prius de poſſeſſione, quàm de proprietate cognoſcatur. l. 3. C. de interd. l. Ordinarij. C. de rei vendic.

Contrarium reſpondent Alexander in conſi. 54. lib. 5. Crauetta in conſi. pro Genero. nu. 239. & multi alij, quos refert Antonius Teſaurus deciſ. Pedem. 15. Rationem adferunt iſtam, quia Principis reſcriptum iure ſubſiſtit, quoties nõ aufertur alicui ius ſuũ, ſed tẽporalis quædam exceptio.

exceptio. l. Quoties. C. de precib. Imp. off. Hoc reſcripto autem ius nó aufertur, ſed illa temporalis exceptio, vt videlicet prius de poſſeſſione, quàm de proprietate cognoſcatur.

Hanc poſteriorem ſententiam duobus concurrentibus amplector. Primũ, ſi is qui petit ſimul cauſam poſſeſſionis & proprietatis cognoſci probationes habeat in promptu. Secundum, ſi pauper ſit vel mediocris fortunæ, alter verò aduerſarius ſit potens, rixoſus & diues: Nam ſi prius cauſa poſſeſſionis cognoſcatur, periculum eſt ne vnquam proprietatis cauſa expedtatur, ne poſſit ei poſſeſſio auferri, ne cœpta lis nunquam finem, vt dici ſolet, habeat. Atq; huc pertinere videtur, quod ex Symmacho Cuiacius adfert lib. 2. obſer. 35. Iſtis ceſſantibus non arbitror à iuris regula recedendum. Non obſtat, l. Quoties. C. de precib. Imp. off. Licet enim dilatoria exceptio remitti poſſit; puta ſi debitori exceptio competit, ne intra quinquennium petatur, ſicut eam legem verè explicauit Cuiacius libro 2. obſeru. cap. 10. & ante eum Accurſius ibidem in ſecũda expoſitione; id tamen à Principe fieri non oportet, niſi iuſta ſubſit cauſa. Iuſta cauſa erit, ſi concurrant facti circumſtantiæ, de qoibus ſuprà dixi, aut ſimilis aliqua ſit ratio, quæ id ſuadeat.

CAPVT VIII.

Si de vi illata ſit quaſtio, & obijciatur eum qui ſibi vim factam dicit, non poſſediſſe, an prius de vi, vel de poſſeſſione cognoſcendum?

TRactat hanc quæſtionem D. Menochius de recuperand. poſſeſ. Remedio 1, nu. 354. & multa diſputat contra Nicolaum Boerium deciſ. 283. Ego ex ioris fontibus hanc rem ſic expedio. Tria ſunt iuris loca, quæ inuicem pugnare videntur. Nam de vi prius, quàm de poſſeſſione cognoſcẽdum eſſe Martianus reſpondiſſe videtur in l. 5. ff. ad leg. Iul. de vi pub. Calliſtratus cõtra priùs de poſſeſſione, quàm de violentia. l. Si de vi. ff. de iudicijs. Imperator Seuerus: *Prius de poſſeſſione pronunciare*, inquit, *& ita crimen violentia excutere Praſes Prouinciæ debuit, quod cum non fecerit, iuſtè ab eo prouocatum eſt*. l. 1. C. de appella.

Iacobus Cuiacius lib. 5. obſeru. c. 15. *Exiſtimo*, inquit, *ita quondam decreuiſſe Imperatorem Antoninum*, vt ſcilicet prius de violentia quàm de poſſeſſione cognoſceretur, *idq́, tãtummodo à Martiano & Calliſtrato in legibus allatis referri, nihil verò ab ipſis Iuriſconſultis ea de re diſputari vel concludi. Poſteriores autem conſtitutiones ſequendas, quibus mandatur prius de poſſeſſione, quàm de violentia cognoſcendum l. 1. C. de appell.*

Ego ſic ſentio: Prius de poſſeſſione cognoſcendum. l. 1. C. de appell. quia intelligi non poteſt, vtrum violẽtia facta ſit poſſeſſori, niſi cognoſcatur, an ſit poſſeſſor nec ne. Huc ſpectat l. Si quis ad ſe fundum. C. ad legem Iul. de vi pub. dum ait: *Ante omnia violentia cauſam examinari pracipimus, & in ea requiri, quid ad quem peruenerit poſſidentem, vt ei, quem conſtiterit expulſum, amiſſa poſſeſſionis iura reparentur.*

Ad contrarias leges placet Accurſij reſponſio in l. 1. C. de appella. *Poſſeſſionis* verbo apud Martianum proprietatẽ ſignificari, & ideo hoc Martianũ velle. Prius cognoſcẽdum de vi, quàm de proprietate rei, quod & verba eiuſdem Martiani indicant: *Si de vi*, inquit, *& poſſeſſione vel dominio quaratur, ante cognoſcendum de vi, quàm de proprietate rei, D. Pius reſcripſit*. Eodem modo locutus eſt Calliſtratus in d. l. Si de vi. Porrò verbo *Poſſeſſionis* interdum proprietatem ſignificari, teſtis eſt Iuriſconſultus in l. Interdum. 78. ff. de verb. ſignif.

CAPVT IX.

Agens interdicto recuperanda poſſeſſionis, quid probare debeat?

DVæ ſunt contrariæ Doctorũ ſententiæ. Vna, eaque magis communis, ſufficere, vt duo actor probet, quæ vocari ſolent extrema, videlicet ſuam antiquiorem poſſeſſionem, & iuniorem rei côuenti. Ita docent Abbas, Panormitan. & cæteri Canoniſtæ cõmuniter in c. Olim. in 3. de reſtit. ſpol. Couar. ad reg. Poſſeſſor malæ fidei. de reg. iur. lib. 6. in 2. par. §. 1. nu. 4. Menochius adductis latiſſimè authoritatibus Doctorum de recup. poſſeſ. Remedio 15. quæſt. 31. & poſt eum Maſchardus de Probationib. vol. 3. concl. 1321.

Fundamentum eſt primò in d. c. Olim. 3. de reſtit. ſpoliat. in illis verbis: *Nec fuerit aliquo modo probatum, quod eo tempore, quo ſententiam ipſe protulerit, poſſeſſionem in ipſis iuris parochialis haberet, vel prius etiam habuiſſet*. His enim verbis ſummus Pontifex, qui de hoc iudicio recuperãdæ poſſeſſionis ibi loquitur, indicare videtur, actorem obtinere non potuiſſe, quia non probauerat antiquiorem poſſeſſionem, & conſequenter obtinere potuiſſe reſtitutionem, ſi eam probaſſet.

Secundò in cap. Suborta. de ſent. & re iud. in illis verbis: *Conſtitit eundem Epiſcopum, quaſi poſſeſſionem obedientia in eodem monaſterio habuiſſe, ipſum reſtituendum decreuimus, &c.*

Tertiò, in c. licet cauſam. de Probation. in illis verbis: *Ex pramiſſis igitur euidenter apparet, quod Eccleſia per teſtes. &c. oſtendit, quod à 60. annis & vltrà, loca ſupradicta poſſedit, per quod patet, quod ſi commune Fauentinorum à 50. annis citra, aliqua ſeruitia perceperit, illa proculdubio ſine iuſto titulo percepit, cum duo ſimul eandem rem & eodem modo poſſidere non poſſunt*. Ex hoc loco argumentum ſumitur probata antiquiore poſſeſſione, iuniorem præſumendam eſſe vitioſam & iniuſtam, quia ſummus Pontifex ita videtur argumentari.

Quartò, nam is qui ſemel poſſedit, præſumitur poſſeſſionem ſuam continuaſſe, quia poſſeſſio ſolo animo retinetur. l. Clam poſſidere. §. Qui ad nundinas. ff. de acquir. poſſeſ. Animi aũt & voluntatis mutatio non præſumitur. l. Eũ qui. ff. de proba. Ergo alterius poſſeſſio recentior ac iunior, præſumitur eſſe vitioſa & iniuſta & cõſequẽter poſſeſſor antiquior ſpoliatus fuiſſe præſumitur.

Altera eſt ſententia, actorem probare oportere ſe deiectum fuiſſe, ſiue ſpoliatum ſua poſſeſſione, quod proinde valet ac ſi diceretur, probandam eſſe poſſeſſionẽ & deiectionem. Ita docet Gloſ. in c. Cùm ad ſedem. de reſtit. ſpol. Curtius ſenior in conſ. 71. & multi alij quos cõmemorant Menochius & Maſchardus locis annotatis.

Fundamentum eſt primò in l. 1. §. Interdictum. ff. de vi & vi arm. vbi textus ita dicit: *Interdictum autem hoc nulli competit, niſi ei, qui tunc cùm eijceretur, poſſidebat.*

Secundò in cap. Conſultationibus. de off. deleg. vbi S. Pontifex cauſam commiſit poſſeſſionis redintegrandæ, & quoniam Eccleſia, quæ dicebat ſe fuiſſe ſpoliatam ſua poſſeſſione, parata erat ad probandam ſuam poſſeſſionem & deiectionem, quæſitum fuit, an iudex delegatus deberet eam reſtituere, quia pars aduerſa erat abſens non per contumaciam, ſed ſtudiorum, vel peregrinationis cauſa, ex quo reſponſo argumẽtum ſumitur, in hoc iudicio recuperandæ poſſeſſionis, probanda hæc duo nimirum poſſeſſionem & deiectionem. Verba textus ad rem pertinentia hæc ſunt: *Quamuis*, inquit, *paratus ſit coram iudice delegato teſtibus idoneis poſſeſſionem & deiectionem ſuam probare.*

Tertiò, nam delictum nõ præſumitur. l. Meritò. ff. pro ſocio. Graue autem eſt delictum, aliquem de ſua poſſeſſione deijcere. Ergo non eſt præſumendum. Ergo

actor probationes adferre debet, nimirum ſuę poſſeſſionis, & deiectionis.

Hanc poſteriorem ſententiam & ipſe ſequor, & addo hoc argumentum. In pari cauſa potior eſt conditio poſſidentis. l. In pari. de reg. iur. ſed par eſt cauſa actoris & poſſeſſoris, niſi probetur deiectio & poſſeſſio. Nã etſi actor probet antiquiorem poſſeſſionem, nihil tamen plus probat, quàm reus qui tunc poſſidet; Non obſtat, ſi dicatur, poſſeſſionem rei iuniorem, præſumi clandeſtinam, iniuſtam & vitioſam, reſpectu poſſeſſionis actoris quæ antiquior eſt. Nam id negatur, & ratio eſt, quia delictum nõ præſumitur, conſequenter præſumendum eſt potius, poſſeſſionem ad reum perueniſſe, ex cauſa iuſta, quàm iniuſta; Nec reus ſuæ poſſeſſionis titulum cogitur exhibere. l. Cogi. C. de petit. hæred.

Ad primum argumentum contrarię ſententię reſpondeo, S. Põtificem in d. c. Olim, non hoc velle, quod in argumento aſſeritur, actori ſufficere, vt probet antiquiorem poſſeſſionem, ſed hoc dicit, actorẽ in ea ſpecie obtinere non poſſe, quia non probauit, ſe vnquam poſſediſſe. Ex quo res erat clara valde & manifeſta, vtrum autẽ ſuffeciſſet actori, antiquiorem poſſeſſionem demonſtrare, hoc S. Pontifex ibi non decidit.

Ad ſecundum ex c. Suborta. de ſent. & re iud. reſpondeo, ibi latam fuiſſe ſententiam ſecũdum actorem, quia probauerat ſe poſſediſſe eo tempore, quo deiectus fuerat, & conſequenter probauerat deiectionem & probationem, ſic enim illa verba obſcura ex alijs locis clarioribus accipienda ſunt.

Ad tertium ex c. Licet cauſam. de Probat. reſpondeo, nullo modo ex illo textu probari, quod aſſeritur, nimirũ probata antiquiori poſſeſſionẽ iuniorem præſumi clandeſtinam & vitioſam. Hoc non dicit ibi S. Pontifex, ſed ſententia eius hæc eſt. Cùm eſſet controuerſia inter Eccleſiam Rauennæ & Cõmunitatem Fauentiæ, circa poſſeſſionem cuiuſdam Iuriſdictionis, & Eccleſia poſſeſſionem 60. annorum probaret iuſtam ex cauſis iuſtis acquiſitam. Communitas autem & ipſa poſſeſſionẽ probaret eodem tempore, ſed abſque titulo iuſto; Quia duo inſolidum vnam & eandem rem poſſidere non poſſunt, & poſſeſſio Eccleſiæ iuſta erat, pronunciauit S. Pontifex contra Communitatem, eamque condemnauit, ne Eccleſiam in poſſeſſione dictæ Iuriſdictionis amplius moleſtaret. Erat enim ibi lis ex interdicto, vti poſſidetis. Ex quo euidenter patet illud ſummi Pontificis reſponſum, nec ad rem noſtram pertinere, & nullo modo probare propoſitionem illã, quia antiquior poſſeſſio, de qua ibi fit mentio, iuſta erat, & iuſtis ex cauſa acquiſita. Poſſeſſio autem alterius nullam iuſtam cauſam habebat.

Ad vltimum argumentum reſpondeo, qui ſemel poſſedit, præſumitur continuaſſe ſuam poſſeſſionem in dubio. Sed in propoſita facti ſpecie apparet alium poſſidere, qui etiam non eſt præſumendus alterum ſpoliaſſe ac deieciſſe ſua poſſeſſione, quia id iniuſtum eſt, & ideo nec præſumendum, ſed probandum.

CAPVT X.

Vtrum agenti interdicto recuperandæ poſſeſſionis obſtet dominij exceptio?

DVo ſunt hac de re apud omnes certa exploratáque, & totidem dubia & controuerſa, Imprimis certum eſt, dominij exceptionem obijci ſpoliato non poſſe ab eo, qui poſſeſſionem violenter inuaſit ante iudicialẽ ſententiam. Nam dominium inuaſor amittit. l. Si quis in tantam. C. Vnde vi. Secundò conſtat inter omnes dominij exceptionem obſtare agenti, ſi conſentiat, vt ſuper ea cognoſcatur, c. 1. de reſtit. ſpoliator.

Dubium autem & cõtrouerſum eſt primò, vtrum ſpoliator, quem doctores fictũ appellant: (is eſt qui abſentis poſſeſſionem inuaſit) exceptionem dominij obijcere poſſit? Secundò, quid ſi notorium ſit (vtor enim libẽter doctorum verbis) ſpoliatum prædonẽ eſſe, ſpoliatorem dominum eſſe, an exceptio hæc agenti obſtet, quo minus reſtituendus ſit?

Quod attinet ad primũ duæ ſunt contrarię doctorum ſniæ, vna, opponi poſſe actori exceptionem dominij, ſi opponens paratus ſit eam incontinenti probare, ita Bartolus in l. Si de vi. ff. de iud. & alij, vt per Menochium de recup. poſſeſ. remedio 1. q. 21. verſ. Limitatur primo.

Fundamentum eſt, quatenus mihi diligẽter inquirenti intelligere licuit in Glo. ad l. vlt. C. vnde vi. in verbo ignorantia, quæ Glo. hoc ipſum docet, ſumpto argumẽto, ex l. ſi is à quo. ff. vt in poſſeſ. legator. vbi textus dicit, ſi is qui ſe legatarium vel fideicommiſſarium prætẽdit, ab hærede petat de legato præſtando ſatiſdationem, hæredem ei obijcere poſſe, legatũ non deberi; ac de hoc ipſo, ſi incontinenti id probari poſſit, cognoſcendum eſſe prius, quàm de ſatiſdatione.

Sed neminem fore puto, qui nõ animaduertat, quàm iſthæc diſſimilia ſint, quàm aliena ab hac diſputatione, de interdicto recuperãdæ poſſeſſionis. Quare facilè adducor ad opinandum hanc ſententiam, tam infirmo nixam fundamento, non admodum probabilem videri.

Altera eſt ſententia, dominij exceptionem iſto in caſu non rectè opponi. Ita Auguſtinus Berous in c. 1. nu. 31. de reſtit. ſpol. & alij multi apud Menochium, loco proximè citato, qui idem planè ſentiunt, quod ego.

Probatur hæc ſententia. Nam in l. vlt. C. vnde vi. conſtitutum eſt eiuſmodi inuaſores poſſeſſionum, abſentiũ, *vt prædones intelligi & generali Iuriſdictione ea teneri, quæ reſtituenda poſſeſſione contra eiuſmodi perſonas veteribus declarata ſunt legibus.*

Sed veteribus legibus declaratum eſt, *bonæ fidei poſſeſſori* (qui ſcilicet ſpoliatus eſt) *primùm celeri reformatione*, hoc eſt, reſtitutione poſſeſſionis, *ſuccurri oportere, & tunc originis & proprietatis cauſam agitari*. l. Si coloni. C. de Agricolis & cenſitis lib. 11.

Quod ad alterãm controuerſiam attinet, ſi notorium ſit & manifeſtum, ſpoliatum nullam habuiſſe iuſtã poſſidendi cauſam, atque adeò prædonem eſſe, & ſpoliator hæc illi obijciat, & ſe dñm eſſe contendat, ac paratum id incontinenti probare, nõ debere actorem reſtitui, atque adeò obſtare ei hanc exceptionem docuerunt Antonius Butrius in c. Cùm Eccleſia. de cauſa poſſeſ. & propriet. Couarruuias ad Rub. de Sponſalib. in 2. par. c. 7. §. 5. nu. 10. & multi alij, quos refert & ſequitur Menochius de recup. poſſeſ. Remedio primo, q. 11. num. 113.

Fundamentum eſt primò in c. Literas. de reſtit. ſpolia. vbi vxor à viro ſuo deceſſerat, quia dicebat matrimoniũ ob conſanguinitatem contrahi non potuiſſe: Vir autem petebat vxorem ſibi prius reſtitui, & poſtea cognoſcendum de cauſa conſanguinitatis. Vxor offerebat ſe incontinenti probaturam cõſanguinitatem. Reſpondit S. Pontifex vxorem reſtituendam non eſſe.

Secundò, in c. Significaſti. de diuortijs, vbi quidã vxorem ſuam dimiſerat propter adulteriũ, quæ cum peteret ſe ad matrimonium reſtitui. Reſpondit S. Pontifex reſtituendam non eſſe, ſi adulterium notorium fuiſſet.

Tertiò, in l. 1. §. Qui à me. ff. de vi & vi arm. *Qui à me*, inquit textus, *vi poſſidebat, ſi ab alio vi deiiciatur, habet interdictum*, quibus verbis à contrario ſenſu indicari videtur, eum, qui à me vi poſſidet, ſi à me vi deijciatur, interdictum non habere, quo ſcilicet reſtituatur, quia ego exceptione dominij oppoſita eum repello.

Quartò, in l. Bona fides. ff. depoſiti, in illis verbis: *Quia non eſt ex bona fide, rem ſuam dominum prædoni reſtituere compelli.*

Quintò, in c. Cùm dilectus. de cauſa poſſeſ. & proprie. vbi dr, cauſam ꝓprietatis præualere & præferẽdã eſſe.

Sextò in quadam vulgari aſſertione, licere vnicuiq; ſibi ius dicere aduerſus notorium prædonem, vt tradit

Decius

Decius ad l.Qui iuriſdictioni,nu.11.ff.de iuriſd.om.iud. arg.c.Præpoſuit.de appella. quod argumentum Menochius adfert loco annotato.

Contrariam ſentẽtiam amplexi fuere Panormitanus, & Auguſtinus Berour nu.70.in c.In literis, de reſt.ſpol. qui affirmant eiuſmodi prædonem reſtituẽdum eſſe.Primùm ex l.Si quis in tantam.C.Vnde vi.

Secundò,ex l.4.§.Si dominus.ff.de Vſucap.ait text.*Si dominus fundi poſſeſſorem vi deiecerit*, Caſſius ait,*non videri in poteſtatem eius rediſſe, quoniam interdicto vnde vi reſtituturus ſit poſſeſſionẽ*.Quibus verbis indicatur, etiam dominum ſpoliatorem interdicto conueniri poſſe.

Tertiò,ex l.Cùm fundum.ff.de vi & vi arm.illius verbis: *Quæſitum eſt an emptori ſuccurri debeat, ſi voluntate venditoris colonum poſtea vi expuliſſet, dixi non eſſe iuuandum,quia mandatum illicitum ſuſcepit*.

Quartò,ex c.In literis,de reſtit.ſpolia. ibi. *Quia prædo etiam ſecundum iuris rigorem eſt reſtituendus*.

Poſtremò,ex c.Porrò de diuor.vbi S.Pontifex reſpõdit, vxorẽ à viro dimiſſam abſq; Eccleſiæ iudicio, propter affinitatem notoriam reſtituendam eſſe.

Tertia eſt opinio diſtinguens inter cauſas beneficiales & prophanas. Si agatur de beneficio Eccleſiaſtico prædonem ſpoliatũ reſtituendum non eſſe, ex c. Ad decimas.de reſt.ſpol.lib.6. & c.Qm̃.& c.Conſtitutus.de filijs presbyterorũ. Si verò de re prophana agatur,ſecus: quia prædo ſecundum iuris rigorem reſtituẽdus eſt d.c. In literis.de reſtit.ſpoliat.Ita Io.Imolenſis in d.c.in literis. Oldradus in conſ.1.& multi alij quos commemorat Menochius d.remedio primo. de recup.poſſ.nu.131.

Hæc ſunt quæ alij de hac celeberrima iuris quæſtione in medium attulerunt. Nunc quid ipſe ſentiam paucis delatabo.

Mihi videtur iuri magis conſona eorum ſentẽtia, qui affirmant, ſpoliatum eſſe reſtituendum,non obſtantibus illis exceptionibus, nulla diſtinctione adhibita inter res Eccleſiaſticas & prophanas.

Mouet me tex.in d.c.In literis.de reſtit.ſpol.vbi diſertè S.Pontifex reſpondit,etiam prædonem reſtituendum eſſe & loquitur de beneficio Eccleſiaſtico.

Reſpondent contrariæ ſniæ authores S.Pontificem non loqui de prædone notorio. Item nõ approbare illũ iuris rigorem, ſecundum quem prædo dr̃ eſſe reſtituendus,ſed mẽtionem illius rigoris facere,vt appareat tantò magis eum qui prædo non eſt, reſtituendum eſſe.

Sed neutra reſponſio mihi ſatisfacit. Non prior quia S.Pontifex præſupponit aliquem eſſe prædonem,& cõſequenter conſtare eum eſſe prædonem,& dicit eſſe reſtituendum. Et in eo fundamentum ponit ſuæ deciſionis,conſequenter probare videtur,& ſequi dictum rigorem tanquàm iuſtum:hæc ſunt verba tex.*Super illa quæſtione, videlicet cùm quis dicit ſe de poſſeſſione violenter eiectum: & aduerſarius dicit,eum non fuiſſe canonicè inſtitutum: reſpondemus prius de violenta eiectione, quàm de canonica inſtitutione agi debere: quia prædo etiam eſt, ſecundum rigorem iuris reſtituendus*.

Deinde mouet me tex.in d.l.Si quis in tantam.in d.l.4.§.Si dominus.in d.l.Cùm fundum.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, dictas leges non loqui de prædone notorio. Sed nihil valet hæc reſponſio,quia ſatis eſt illas leges hoc velle, vt ſpoliatus reſtituatur,etiam aduerſus dominum rei,nam hoc præſupponunt,conſtare eum dñm eſſe. Notorium autem id eſſe vel non eſſe,non pertinet ad ſubſtantiam rei,ſed ad probationem,ideo immutare non debet iuris regulas.

Ad argumenta contrariæ ſententiæ ſic reſpondeo. Ad primum ex c.Literas.de reſtit.ſpolia.reſpondeo,contrarium potius probari ex illo textu. Nam licet cõſanguinitas notoria eſſet,& incontinẽti probaretur, rñdit tamen ſummus Pontifex reſtituendam eſſe vxorem. Veruntamen propter periculum peccati, iuramentum præſtari voluit de abſtinendo à coniunctione carnali. *Sola quoad*

A *commixtionem*,inquit S.Pontifex,*eſt reſtitutio differenda*.

Ad ſecundum argumentum ex cap.Significaſti.de diuortijs, reſpondet Io.Coraſius lib.2. Miſcellaneorum, ideo vxorem in ea facti ſpecie dimiſſam,reſtitutam non fuiſſe, quia vir ipſius potuit iure eam dimittere,propter adulterium.Cõſtat enim ex ſacris literis vxorem dimitti poſſe propter adulterium.

Non rectè, quia vxor ibi non propter adulterium dimiſſa fuit.ſed ob aliam ſuſpicionem falſam;& propterea maritus fuit excommunicatus, quia ſcilicet iniuſtè dimiſiſſet eam. Cæterùm, vxor ſic iniuſtè dimiſſa adulteriũ commiſerat, & cùm peteret ſe reſtitui, S.Pontifex pronunciauit,non eſſe reſtituendam.quod ſniæ noſtræ ideo non obſtat, quia vxor illa non petebat imprimis ſe reſtitui, ſed fatebatur adulterium ſe commiſiſſe, illud excuſando,quia ſcilicet vir ſuus ei occaſionẽ dediſſet,ob iniuſtam dimiſſionem. Hanc excuſationẽ S.Pontifex non approbauit: & ideo cùm adulterium eſſet notorium,re-

B ſpondit,non eſſe reſtituendam: quæ circumſtantiæ non ſunt in quæſtione noſtra. Reddam verba S.Pontificis ad clariorem huius rei fidem faciendam. *Significaſti quod quidam vxore ſua ſine iudicio Eccleſiæ dimiſſa,pro eo quod ſuggeſtum ſibi fuerat, ipſam inceſtum cum quodam conſanguineo ſuo commiſiſſe, vinculo fuit propter hoc excommunicationis adſtrictus: verùm mulier non continuit; ſed ſobolem de alio viro ſuſcepit; nec minus poſtulat viro reſtitui, aſſerens ſe ab ipſo iniuſtè dimiſſam,& eundẽ ſibi materiam adulterandi dediſſe. Conſult. T. T. R. quod ſi notorium eſt, mulierem ipſam adulterium commiſiſſe, ad eam recipiendam præfatus vir cogi non debet, niſi conſtaret ipſum cum alia adulterium commiſiſſe*. Hactenus S.Pontifex.

Ad tertium argumẽtum ex l.1.§.Qui à me.ff.de vi & vi arm. rñdeo, nihil obſtare: nam hæc eſt ſnĩa dictæ legis. Eum qui dominũ ſpoliauit ſua poſſeſſione,ſi ab alio fuerit ſpoliatus,reſtituendum eſſe. Ex quo non rectè col-

C ligitur, ſi à domino ſpoliatus fuerit, reſtituendum non eſſe:niſi dominus incontinenti ſpoliatus,ſuum ſpoliatorem ſpoliaret: licet enim id incontinenti,quaſi quis vim vi repellat,ſeque potius defendere videatur,non autem ex interuallo.l.3. §.Eum igitur.ff.de vi & vi arm.

Ad quartum ex l.Bona fides. ff.depoſ. reſpondeo, id quod dicitur, locum ſibi vendicare, quando rei dominus abſque omni vitio & violentia rem ſuam conſequitur. Prædo enim ibi ignoranter apud dominum rem depoſuit: noſtra diſputatio eſt,quando dominus violenter poſſeſſionem inuaſit.

Ad quintũ ex c. Cùm dilectus. de cauſa poſſeſ.& propriet. reſpondeo, cauſam quidem dominij præualere in iudicio proprietatis & poſſeſſionis: ſed nil hoc ad rem noſtram pertinet,quia loquimur de ſpoliato reſtituẽdo, priuſquam de proprietate cognoſcatur.

Ad ſextum argumẽtum,nego verum eſſe quod in argumento adfertur,licere ſibi ius dicere cõtra notorium

D prædonem, niſi incontinenti id fiat, vt dictum eſt. l.3. §.Eum igitur.ff.de vi & vi arm.Nec Decius allegatus id conſtanter affirmat,aut vllo modo probat. Quid mirũ? repugnat iuris regula. Nemini licet ſibi ius dicere. cui inhærendum,donec de exceptione doceatur.

Ad c.Ad decimas.de reſtit.ſpol.lib.6.reſpõdeo, id ſpeciali quadam ratione ibi conſtitutum eſſe,quia poſſeſſores ſpoliati erant canonici, qui decimas occupauerãt in aliena parochia.Nam cum id iure non liceat,c.1.de Præſcript.lib.6.reſtitui non debuerunt, ne hæc res in exemplum traheretur,& iura canonica eluderentur,quæ poſſideri tales decimas prohibent in aliena parochia.

Ad c.Cõſtitutus,& c.qm̃ de filijs presbyteror. reſpondeo, ad rem noſtram non pertinere, vt cuilibet intuenti facile eſt intelligere, nam tex.in d.c.Quoniã.de ſpoliato nullum verbum facit, ſed hoc vult,vt ſi quis beneficium habeat in Eccleſia, in qua pater antea habuerit, expelli debeat,& ab eo remoueri. Textus aũt in c.Conſtitutus. de ſpoliato quidẽ loquitur, ſed hoc tm̃ dicit, ſpoliatum

 benefi-

beneficio Eccleſiaſtico reſtituendum eſſe, ſi conſtet patrem ſuum ad tempus aliquod adminiſtraſſe, non autem in perpetuum ei conceſſum fuiſſe. Et licet à contrario ſenſu rectè colligatur, reſtituendum non eſſe, ſi beneficium in perpetuum patri conceſſum fuiſſet, id tamen nihil mouet: quia meritò reſtituendus non eſſet; ne fieret contra canones, quibus prohibetur, filium beneficium habere in ea Eccleſia, in qua pater habuit,

CAPVT XI.

Spoliato agenti contra ſpoliatorem interdicto recuperandæ, an obiici poſſit exceptio alterius ſpoliationis ab ipſo facta?

SI ſpoliato agenti ad recuperandam poſſeſſionem exceptio obijciatur à ſpoliatore, qđ antea ipſum ſpoliauerit, ita iure ciuili diſtinguitur, vt ſiquidem actor qui ſe ſpoliatū ſua poſſeſſione dicit, B incontinenti à reo cōuento ſpoliatus fuiſſet, id eſt, ſtatim atq; ipſe reus cōuentus ſpoliatus eſſet ab actore ipſum actorē ſpoliaſſet, idonea ſit ac ſufficiens exceptio ad actoris reſtitutionem impediendam, ſecus ſi ex interuallo tpis. Ita.n. conſtitutū eſt, vt ei qui ſpoliatus eſt, liceat incontinenti ſpoliare ſuum ſpoliatorem, ex interuallo tpis nō liceat. Et hoc eſt quod vulgo dicitur, vltimum ſpolium purgandum eſſe. l. 3. §. Eum igitur. Qui poſſeſſionem. l. Cùm fundum. ff. de vi & vi armat. l. Si quis ad ſe fundum. C. ad l. Iul. de vi pub.

Cæterùm, iure canonico inſpecto, nō tam res clara atque explorata eſſe videtur. Nam S. Pont. Gregorius IX. in cap. vlt. de ord. cogn. indiſtinctè reſpondit exceptione ſpoliationis à ſpoliatore oppoſita, ſpoliatum agentem ad reſtitutionem repelli, vt patet ex illis verbis: *Quanquam ab agendo ſpoliatione ab eis oppoſita repellatur.*

Reſpondetur Panormitanus & alij in d. c. vlt. & Alexander in cōſ. 94. lib. 5. S. Pontificem loqui de exceptio- C ne ſpoliationis alterius rei. Exempli cauſa, tu me deieciſti caſtro, ego te deieci fundo: Agis ad reſtitutionem fundi, ego te iſta exceptione repello, quod caſtro me ſpoliaueris. Antequam mihi caſtrum reſtituas, non rectè agis, non iuſtè petis tibi fundum reſtitui.

Verùm Iacobus Menoch. de recup. poſſeſ. remedio 1. q. 34. non procul à fine reprehendit hanc ſententiam, dicens tex. in d. c. vlt. de ordin. cognit. duas partes continere, in prima S. Pontificem loqui de reconuentione, & hoc velle; ſpoliatum agentem ad reſtitutionē poſſeſſionis reconueniri non poſſe, niſi ſuper ſpoliatione: Et in hac parte interpretationem illam optimè conuenire, vt ſcilicet textus loquatur de reconuentione ſuper ſpoliatione alterius rei, & hæc ſit Pontificis Maximi ſententia. Titius caſtro ſpoliatus fuit à Caio, petit ſibi caſtrum reſtitui, poterit Caius eum recōuenire ob ſpoliationem alterius rei, qua ipſe ſpoliatus à Titio fuerat.

D In ſecunda verò parte ait, Gregorium exceptione loqui, atq; iſtud velle; Spoliatum agentem repelli ab agendo poſſe, exceptione ſpoliationis oppoſita: & ideo in hac parte illam interpretationem idoneam non videri, qua dicebatur exceptionem ſpoliationis accipiēdam eſſe, ſcilicet alterius rei, quia exceptio debet eſſe ſuper eodem, non autem ſuper re diuerſa. Nam ſi actio ſuper vna re ſit inſtituta, & exceptio ſuper alia diuerſa opponatur, nihil obſtabit, quia ſe inuicem non contingunt.

Ego cōem ſnīam veriſſimam eſſe puto, ſi rectè intelligatur, reique nōnihil obſcuræ lucem aliquam conabor adferre. Hæc ſunt verba Gregorij in d. cap. vlt. de ordin. cogn. *Super ſpoliatione conuentus, aduerſus reſtitutionē petentem, non eſt, niſi ſuper quæſtione ſpoliationis, ſi eum recōueniat, audiendus. Cum reſtitutionis petitio in hoc priuilegiata naſcatur, vt ipſam intentans non cogatur ante reſtitutionem ſpoliatoribus reſpondere. Quanquam ab agendo, ſpoliatione ab eis in modum exceptionis oppoſita repellatur.*

A Sciendum igitur eſt Eccleſiaſticis conſtitutionibus ita olim cautū fuiſſe, vt ſi Clericus ab aliquo bonis ſuis ſpoliatus eſſet, non poſſet in iudicio conueniri, neque ciuili actione, neq; criminali accuſatione, antequam ad ſuam poſſeſſionem reſtitutus eſſet, ne Clerici pauperes & nudi in iudicijs contendere deberent, & malis hominibus occaſio præberetur eos exuendi ſuis bonis, deinde accuſandi, vel cōueniendi, vt propterea nec ſe defendere poſſent, nec res ſuas recuperare: *Oportet*, inquit Stephanus Papa, *vt primùm nos tam de inuaſis ciuitatibus & monaſterijs, quam de reliquis generalibus rebus redintegrari faciatis, quia nec nudi cōtendere, nec inermes nos inimicis debemus opponere.* c. Oportet. 3. q. 2. & c. Cùm Eccleſia. eadem cauſa & quæſt. ibi: *Aliquid non debet à quocunq; ante redintegrationem omnium ſuarum rerum obijci.* Idem in alijs capitulis multis dicitur eadem cauſa & quæſt. & in capitulis cauſæ. 3. q. 1.

Quia verò Clerici hac conſtitutione ſiue priuilegio B nonnunquam abutebantur, nam conuenti quacunque actione, dicebant ſe non teneri actori vel accuſatori reſpondere, niſi prius bona ſua eis reſtituerentur, quibus ſpoliati erant, cū id falſum eſſet: idcirco Innocētius IV. in c. 1. de reſtit. ſpoliat. lib. 6. ſtatuit, primò, vt non liceret Clericis ciuili actione cōuentis hac exceptione vti, præterquam aduerſus ſpoliatorem. Secundò, vt tam ciuili actione cōuenti, quā de crimine accuſati, ſi ſpoliationis exceptionem opponerent, tenerētur eam probare intra ſpatium quindecim dierū. Tertiò, vt ſi de crimine eſſēt accuſati, ita demùm eis exceptio iſta ſpoliationis prodeſſet, ſi eſſet ſpoliatio omniū bonorum, vel maioris partis.

De hoc igitur veteri Clericorum priuilegio loquitur S. Pōtifex Gregorius in d. c. vlt. de ord. cogn. vt patet ex illis verbis: *Cum reſtitutionis petitio in hoc priuilegiata naſcatur, vt ipſam intentans, non cogatur ante reſtitutionem ſpoliatoribus reſpondere.* Et ideo ſubdit textus, exceptione oppoſita à ſpoliatore conuento, ſpoliationis factæ à C ſpoliato agente, ipſum ſpoliatum agentē repelli ab agendo: Ergo hæc eſt S. Pontificis ſententia. Si, verbi gratia, Titius ſpoliatus caſtro agat contra Sempronium ſpoliatorem, & petat caſtrum ſibi reſtitui; poterit Sempronius actorem ab agēdo repellere, oppoſita illi hac exceptione, videlicet ſe prius ab ipſo Titio actore ſpoliatum fuiſſe ſuis bonis, & hoc ex antiquo priuilegio ac iure in fauorem Clericorum conſtituto, vt nulla actione conueniri poſſent priuſquam reſtituti eſſent ad bona, quibus ſpoliati fuiſſent, ne nudi ac ſuis bonis exuti contendere deberent: Nam ſi nulla actione conueniri poterant ante reſtitutionem bonorum eis factam, ſequitur eos neque actione illa ex interdicto, Vnde vi, ſiue recuperādæ poſſeſſionis, conueniri potuiſſe.

Ex quibus, ni fallor, tria ſunt perſpicua. Primum, Gregorij reſponſum in d. c. vlt. de ord. cogn. iuri ciuili non aduerſari; ſed ad rem potius diuerſam iure ciuili antea D non conſtitutam pertinere. Secundum, communem interpretationem ſuperiùs relatam, ſic intellectam veriſſimam eſſe. Tertium, illud reſponſum S. Pontificis de Clericorum ſpoliationibus accipiendum eſſe.

CAPVT XII.

An contra tertium poſſeſſorem, qui bonam fidem ac iuſtum titulum habet, competat aliquod remedium recuperandæ poſſeſſionis.

NOn puto recuperādæ poſſeſſionis interdicto remediove aliquo poſſe conueniri eū poſſeſſorē, qui bonam fidē, ac iuſtum titulum habet, ſiue ſpectemus iuris ciuilis, ex quo potiſſimū fonte manarunt interdicta, ſiue iuris Canonici, quo illa approbata & declarata ſūt, conſtitutiones ac præcepta. Paulus: *Cùm à te vi deiectus ſum, ſi quis eandem poſſeſſionem ceperit, nō poſſum cum alio*

quàm

quàm tecum interdicto experiri.l.7.ff.de vi & vi arm. Ergo multò minus interdicto quis experiri poterit cũ eo, qui bona fide & iuſto titulo rem poſſidere cœperit.

Huc accedit iuris ratio euidens. Nam interdicta ſunt perſonales actiones: *Licet in rem videãtur cõcepta, vi tamen ipſa, perſonalia ſunt*, inquit text. in l.1 ff. de interd. Actio autem perſonalis non ſequitur fundum, hoc eſt, poſſeſſorem rei, l.1.§.Si hæres.ff.ad Trebell.

Quod ſi ius canonicum ſpectemus, occurrit ſtatim Innocentij III. conſtitutio, ſic dicens: *Sæpe contingit, quod ſpoliatus per ſpoliatorem in alium re tranſlata (dum aduerſus poſſeſſorem non ſubuenitur per reſtitutionis beneficium ſpoliato) commodo poſſeſſionis amiſſo, propter difficultatem probationum iuris proprietatis amittit effectum. Vnde non obſtante iuris ciuilis rigore, ſancimus, vt ſi quis de cætero ſcienter rem talem receperit, cùm ſpoliatori quaſi ſuccedat in vitium (eò quòd non multum interſit, quoad periculum animæ, iniuſtè detinere, ac inuadere alienum) contra poſſeſſorem huiuſmodi ſpoliato per reſtitutionis beneficium ſuccurratur*. c.18. de reſtit. ſpoliat.

Spoliatò igitur Innocẽtius ſuccurrit aduerſus poſſeſſorem, qui ſpoliatori ſcienter quaſi ſuccedit in vitium, qui ſciens prudenſque eam rẽ à ſpoliatore recepit, quia iniuſtè detinere alienum, & non procul ab inuaſore & ſpoliato ipſo diſtat.

Ergo qui bonam fidem & iuſtum titulum habet, non tenetur hac Innocẽtij conſtitutione, nec vlla alia. Nam ſi alia extaret, quæ bonæ fidei poſſeſſoris etiam comprehendere, non fuiſſet opus conſtitutione illa contra malæ fidei ſucceſſores. Si bonæ fidei poſſeſſores reſtituere tenerentur, multò magis malæ fidei.

Sed ratio peccati & periculum animæ non erat in bonæ fidei ſucceſſoribus, ideo nec recedendum fuit à iuris ciuilis rigore.

Atque ita mihi videtur rectè ſenſiſſe Menochius de recup. poſſeſſ. remedio 15. q. 13.

Contrarium docuerunt Innocen. Hoſtienſis, Panormitanus, cæterique Canoniſtæ in d.c. Sæpe, de reſtit. ſpol. quos Legiſtæ etiam ſecuti ſunt Iaſon, Ripa, Socinus, & alij plurimi ad l. Rem quæ nobis. ff. de acq. poſſeſſ.

Fundamentum eſt primò in c. Epiſcopi. 3. q. 1. in illis verbis: Ab æmulis & quibuſcunque detineantur.

Secundò, in c. Redintegranda, eadem cauſa, & quæſt. vbi S. Pontifex nulla diſtinctione adhibita mandat Epiſcopos eiectos & ſpoliatos reſtitui.

Tertiò, quia ſpoliatus, etiam prædo reſtituẽdus in c. In literis, de reſtit. ſpoliat. etiam aduerſus ipſum dominum rei. l. Si quis in tantam. C. Vnde vi l. Si coloni C. de Agricolis & Cenſitis, lib. 10. Ergo multò magis aduerſus alios.

Quartò, nam probata antiquiori poſſeſſione, iunior præſumitur vitioſa & iniuſta; c. Licet cauſam, de probat. Ergò iunior poſſeſſio, quam habet ſingularis ſucceſſor reus conuentus præſumitur iniuſta.

Sed ad hæc argumentum reſpondere eſt difficile. Ad primum, verba illa, A quibuſcũque detineantur, nõ eſſe accipienda de iuſtis poſſeſſoribus, qui nec ſpoliarũt, nec ſcienter à ſpoliatore acceperunt. Sed omnes cuiuſcunque gradus, dignitatis, conditionis poſſeſſores & detentores ſignificare.

Ad ſecundum, illud generale reſponſum S. Pontificis non eſſe trahendum ad iſtos qui bona fide iuſto titulo res acceperunt. Iſti enim inter dictis compelli non poſſunt ad reſtitutionem.

Ad tertium reſpondeo, interdicto conueniri poſſe dominum qui ſpoliauit, meritiſſimo iure, quia non ſibi ius dicere debuit, ſed per iudicẽ expoſcere, at noſter hic ſingularis ſucceſſor nullum delictum admiſit. Non eiecit quenquam, nõ ſibi ius dixit, non eſt prædo, quia bona fide rem accepit, putans dominum fuiſſe qui tradidit.

Ad quartum, nego illam propoſitionem probata antiquiori poſſeſſione iuniorem præſumi vitioſam. Non eſt vera, vt docui ſuprà hoc eod. lib. c. 9. ſed & nego cõſecutionem illam, nam cùm de poſſeſſore bonæ fidei, & iuſtum titulum habente noſtra diſputatio loquatur: non eſt locus coniecturis, quibus vitioſa ac iniuſta poſſeſſio redarguitur.

Alij diſtinguunt, vtrum ſucceſſor ſingularis titulum conſecutus fuerit ab authore vitioſo; & hunc putant conueniri poſſe, an verò ab authore non vitioſo, & hũc negant conueniri poſſe remedijs poſſeſſorijs ad reſtitutionem rei. Ita Bartolus ad legem. Rem quæ nobis: non procul ab initio. ff. de acq. poſſeſſ. Andreas Geyll. lib. 2. obſeru. 75. num. 11.

Fundamẽtum eſt, quia talis poſſeſſor, qui cauſam habet ab authore vitioſo, nõ poſſet ſe præſcriptione tueri, ſi conueniretur à domino, quia mala fides authoris nocet bonæ fidei ſucceſſori, iuxta Authen. Malæ fidei C. de præſcript. lõgi temp. Ergo nec ſe tueri poterit aduerſus eum qui ſpoliatus eſt, & interdicto agit ad reſtitutionẽ.

Reſpondeo, negando conſequentiam. Nam hũc poſſeſſorem poſſe ſe tueri aliqua exceptione, aduerſus eum qui dominus non eſt, illud argumento eſſe poteſt, quòd cùm bonam fidem habeat illi publiciana actio, ſi poſſeſſionem amiſerit, competit. l. Eum qui. §. Prætor ait. ff. de publiciana. Nam cui damus actionẽ, multò magis exceptionem concedere debemus. l. Cui damus, de reg. iur.

CAPVT XIII.

Vtrum agenti remedio recuperandæ poſſeſſionis, exceptio præſcriptionis obijci poſſit.

Controuerſia eſt inter Doctores, vtrũ exceptio præſcriptionis 30. annorũ, obſtet agẽti interdicto recuperandæ poſſeſſionis, qui ſe ſpoliatum eſſe dicit, cùm poſſeſſor eſt in bona fide, & ſe tuetur eiuſmodi pſcriptione longiſſimi temporis. Nam Gloſſa in c. Sollicitè, de reſti. ſpol. in fine exiſtimauit, præſcriptionẽ non obſtare agenti ex c. Redintegranda. 3. q. 1. Eandem ſententiam plurimi alij ſecuti ſunt, quos commemorat Cæſar Contardus in commentarijs, l. 1. C. Si de moment. poſſeſſ. fuerit appel. limit. 2. in verb. ratione mixturæ. §. 4.

Fundamentum eſt in d.c. Redintegranda, in illis verbis: *Quacunque conditione temporis, &c.*

Contrarium reſpondit Paulus Caſtrenſis in cõſi. 185. lib. 1. quem ſecuti ſunt multi alij à Contardo relati loco annotato, & Menochius de recup. poſſeſ. Remedio 15. quæſt. 33. nec non Franciſcus Sarmientus de redditibus Eccleſiaſticis, par. 1. c. 4. quos & ipſe ſequor.

Et quoniam omnis difficultas in d.c. Redintegranda conſiſtit; Alioqui enim eorum eſt, longiſſimi temporis ſpatio omnes actiones extingui l. Sicut. l. Omnes. C. de præſcrip. lõgiſſ. temp. 30. vel 40. annor. idcirco breui et oſtendam non probari priorem ſententiam eo reſpõſo. Eius verba hæc ſunt: *Redintegranda ſunt omnia ſpoliatis & eiectis Epiſcopis, &c. quacunque cõditione temporis, aut captiuitate, aut dolo, aut violentia maiorum, & per quaſcunque iniuſtas cauſas res Eccleſiæ, vel proprias, id eſt, ſuas ſubſtantias perdidiſſe noſcuntur.*

His verbis nihil dicitur de longiſſimi temporis præſcriptione. Nõ tollitur ea præſcriptio legibus antiquis, & iure quoque canonico recepta, nec expreſsè neque tacitè. Et nullus ignorat, ad tollendas leges non coniecturas ſufficere, ſed oratione diſerta, & clara opus eſſe. Nõ ſine præfatione & alio apparatu, vt videre licet ex c. vlt. de præſcript. ex c. Sæpe, de reſtitut. ſpol. & ex alijs locis quampluribus, quibus canones iuris ciuilis rigorẽ emẽdant propter animæ periculum, cuius meritò præcipua habenda ratio eſt.

Nil morantur verba illa, *quacunque conditione temporis*, non obſtante. Nam de præſcriptione non ſunt accipienda. Aliud eſt conditio temporis, aliud præſcriptio.

Paulus

Paulus Caſtrenſis exponit, *quacunque conditione temporis*, hoc eſt, ſiue propter negligentiam, ſiue ob aliã cauſam Epiſcopi fuerint ſpoliati & eiecti, Non rectè, quia aliud eſt conditio temporis, aliud negligentia,

Franciſcus Sarmientus loco annotato ſiç exponit illa verba, *nulla conditione temporis* obſtante, ſcilicet pręſcriptione decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes, vel etiam 30. & 40. annorum, ſi agatur contra ipſos ſpoliatores, qui ſunt in mala fide.

Sed magis eſt, vt putem, illa verba ex ſequentibus declarari, Epiſcopos reſtituendos nulla *temporis conditione obſtante*, hoc eſt, ſiue ſit tempus belli, ſiue pacis, captiuitatis aut violentiæ, aut quodcunque aliud, ſicut verba ſequentia declarant, Hoç enim modo, niſi fallor, conditionem temporum accipimus pro qualitate. Si conditiones agrorum appellamus, id eſt, qualitates. l. 1. §. Denique. ff. de aqua plu. arcen, Conditionem perſonarum, id eſt, qualitatem, l. penul. ff. quib. ad libertatem proclamare non liçet.

B

C A P V T XIV.

Ad l. Vn. C. Vti poſsidetis, quis illorum verborum ſenſus ſit: Satiſdationis vel transferendæ poſſeſſionis, &c,

Dioclet. & Maxim. Ita ſcribunt in l. Vn. C. Vti poſſidetis: *Vt poſſidetis fundum, de quo agitur, Dum ab altero, nec vi, nec clam, nec precario poſſidetis. Rector prouinciæ vim fieri prohibebit, ac ſatiſdationis, vel transferendæ poſſeſſionis edicti perpetui forma ſeruata, de proprietate cognoſcet.*

Quæritur quis ſit ſenſus illorum verborum, *ſatisdationis vel transferendæ poſſeſſionis*. Reiectis duabus expoſitionibus Accurſij, quarum altera de vſufructuario, altera de ſatisdatione iudicatũ ſolui, verba illa accipiẽda C eſſe docet. Neque enim ad fructuarium ea lex pertinet, nec ad ſatisdationem iudicatum ſolui.

Bartolus exiſtimauit eũ ſenſum habere, vt qui victus eſt interdicto illo, Vti poſſidetis, cauere debeat ſe nõ amplius moleſtiã exhibiturum poſſeſſori, nec eum impeditutũ, quò minus illa re liberè vtatur, donec de iure ſuo docuerit. Eandem ſententiam ſecuti ſunt Duarenus lib. 1. Anniuerſariarum diſputationum, c. 21. & alij quos refert Menoch. de retinenda poſſeſ. remedio 3. q. 95.

Fundamentum eſt in l. penul. ff. de aqua quot. & æſtiua, vbi textus ita dicit: *Si de via, itinere, actu, aquaductu agatur, eiuſmodi cautio præſtanda eſt, quamdiu quis de iure ſuo doceat ſe non impediturum agentem, & aquam ducentem, & iter facientem.*

Sed in primis nihil dicitur ibi de transferenda poſſeſſione, deinde adhuc duo obſtare videntur huic expoſitioni. Alterũ, quod illa lex penult. loquitur de ſeruitutibus. Diocletianus autem loquitur de fundo. Cùm agitur D de ſeruitutibus, cautio magnoperè ſpectatur, & multũ valet l. Harum. l. Egi. ff. ſi ſeruit. vẽd. l. pen. ff. de ſeruitut. ibi: *Cauendum putat Labeo, quia nulla eiuſmodi iuris vacua traditio eſſet, &c.*

Alterum, quoniam illa verba, *ſatisdationis vel transferendæ poſſeſſionis* accommodari non poſſunt ad eum qui eſt victus in interdicto, Vti poſſidetis. Quomodo enim is qui eo interdicto ſuperatus eſt, ac proinde non poſſidet, hanc pœnam ſubſtinebit, vt ſi nolit ſatiſdare, transferatur ab eo in victorem poſſeſſio? Victor enim poſſidet. Victus non poſſidet. Ergo poſſeſſio ab illo transferri in alterum nequit.

At occurit Duarenus his verbis: *Quod ita accipiendũ eſt, ſi aduerſarium duntaxat inquietauerit, non etiam, ſi ſpoliauerit eum ſua poſſeſſione. Nam ſi deiecerit (quo caſu poteſt aliquando interdictum competere aduerſario, ſcilicet animo retinenti eiuſdem poſſeſſionem) curabit iudex in eum* A *qui deiectus eſt poſſeſſionem transferri. Quod cùm perfectũ fuerit, de proprietate cognoſcetur.*

Hoc puto Duarenũ velle, illud verbum ſatiſdationis hoc ſignificare, ſatiſdationem eſſe pręſtandã, vt ſuprà dictũ eſt, illa autẽ verba, vel trãsferendę poſſeſſionis, indicare, ſi fortè is qui ſatiſdedit, nõ ſeruet ꝓmiſſa, imò moleſtiã exhibeat poſſeſſori, eũq; poſſeſſione deijciat, tunc ꝑ iudicẽ poſſeſſionẽ ab eo trãsferri ĩ eũ qui deiectus eſt.

Sed certè parũ probabilis hæc expoſitio eſt. Primò, quia ſi hoc vellet Imperator, nõ ita diceret, ſed alijs verbis vteretur, quibus demõſtraret effectũ eiuſmodi cautionis hunc eſſe vt ſi poſſeſſor deijciatur ei poſſeſſio reſtituatur, Deinde, quia Imperator dicit, ſatiſdationẽ eſſe præſtandam, vel poſſeſſionem transferendam ex forma edicti perpetui. Ergo ſi non ſatiſdatio pręſtetur, trãsferretur poſſeſſio: illa dictio, *Vel*, hoc ĩdicare, vĩ, vt alterutrũ fieri oporteat. Tertiò, q̃a eodẽ tpe eodẽq; contextu hęc fieri debẽt, nimirũ ſatiſdatio pſtãda eſt, vel poſſeſſio B trãsferẽda. Nõ aũt diuerſo tpe, nimirũ ſic vt pſtãda ſit ſatiſdatio, deinde, ſi contingat poſſeſſionẽ auferri, ea trãſferenda ſit, & auferẽda deijcienti, ac reſtituẽda deiecto.

Ego ſic ſentio, eã expoſitionẽ verã eſſe, quę docet, illa verba accipiẽda eſſe de ſatiſdatione, quã poſſeſſor pſtare debet de re cõſeruãda illæſa, donec cauſa proprietatis cognita fuerit: *Vel poſſeſſionis trãsferendæ*, quia ſi poſſeſſor ſatisdare nolit, trãsfert ab eo ĩ aduerſariũ poſſeſſio. De hac ſatiſdatione fit mẽtio ĩ l. 5. ff. de peti. hęred. in l. De bonis. §. vlt. ff. de Carbon. edi. in l. Ex liberto. §. Eum qui. ff. de quęſtion. & apud Paulũ lib. 1. ſentẽtiarũ, tit. 11.

Nihil habet incõmodi hæc expoſitio, verbis legis & rationi cõſentanea eſt, nihil deniq; ei obſtare video: retinẽda igitur eſt. Authores habet Eguinarium Baronẽ li. 6. Manual. tit. 17. Cuiac. in li. 1. ſentẽtiarũ Pauli tit. 11. Robertũ Aurelianũ li. 3. ſent. iuris, c. 21. Baldũ in cõmẽt. d. l. vn. C. vti poſſidetis. Menochiũ loco ſuperius annotato.

Porrò non aſſentior Roberto Aureliano dicenti, ſa- C tiſdetur poſſeſſionem in ſequeſtrum transferendam eſſe. argum. l. Si fideiuſſor. §. vlt. ff. qui ſatiſd. cog. & aliarũ legum, quæ de hac re non loquuntur. Magis aſſentior Paulo lib. 1. ſentent. tit. 11. ſic dicenti: Si ſatiſdatio non detur, hæreditas in petitorem transfertur, & Iuriſcõſulto in d. l. De bonis. §. vlt. ff. de Carbon. edicto, Poſſeſſio transfertur, aduerſario ſatis offerente, &c.

C A P V T XV.

De duplici poſſeſſorio retinendæ ſummario & ſummariſſimo; & quis ſit iudex competens in cauſa poſſeſſorij rei Eccleſiaſticæ.

Communis Doctorũ ſchola ſtatuit duplex interdictũ retinẽdæ poſſeſſionis. Alterũ ordinarium, quod & plenariũ dicitur. Alterum ſummariũ, vel potius ſummariſſimũ. Plenarium ſiue ordinarium vocãt, quan- D do plena cauſæ cognitio adhibetur, iudiciorum ſolẽnia obſeruantur, pleneq; diſcutitur ac examinatur, vtrum actor poſſideat rẽ, de qua agitur, nõ vi, non clàm, nõ precario ab aduerſario ſuo, vt colligitur ex l. 1. ff. vti poſſidetis. Summarium vel ſummariſſimum illud dicitur, in quo ſummatim iudex cognoſcit, vter ex litigatoribus poſſideat tẽpore litis motæ ad eũ finem, vt ille tanquã poſſeſſor conſtituatur, & alter ſit petitor, ita vt alteri ius ſuum ſaluum ſit tam circa petitoriũ, quàm circa plenarium poſseſſorium: Et huic ſummariſſimo tunc locus eſſe ſolet, cùm vterque ex litigatoribus ita contendit ſe poſſidere, vt nec libellum offerre velit, & periculum ſit ne veniatur ad arma. Iudex enim re ſummatim cognita, ſine præiudicio partiũ, declarat interim alterum ex litigatoribus poſſeſſorem eſſe, donec plenè de poſſeſſione cognoſcatur. Hiſpani vocant iudicis decretum, ſiue interlocutionem iſtam, *Interim*. Galli nouam prouiſionem.

nem Germani prouiſionale decretũ. Vide Couar. pract. quæſt. c. 17. Menochium de retinenda poſſeſſ. remedio vlt. non procul ab initio. Andr. Geyll. lib. 1. obſer. 7.

Verùm Franciſcus Sarmientus lib. 2. ſelect. c. 13. hanc diſtinctionem à Doctoribus conſictam eſſe conqueritur, nulla iuris authoritate.

Et verum ſcribit Sarmientus, ſi verba tãtùm ſpectes. Sunt enim à Doctoribus inuenta: ſed ſi rem intueamur, hæc diſtinctio iuris rationi magnoperè conuenire videtur. Nam Vlpianus in d. l. 1. ff. vti poſſidetis, ſic ſcribit: *Sed ſi inter ipſos contendatur, vter poſſideat, quia alteruter ſe magis poſſidere affirmat, tunc ſi res ſoli ſit de cuius poſſeſſione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.* Rectè, ſed quid ſi periculum ſit donec cognoſcitur vter poſſideat, ne rixæ, tumulus, cædes oriantur, nonnè iudex prudenter fecerit re ſummatim cognita confeſtim alterum ex litigatoribus poſſeſſorem declarare interim, donec plenius res cognoſcatur? *Cur enim, inquit Iulianus, ad arma & rixam procedere patiatur Prætor, quos poteſt iuriſdictione ſua componere?* l. Si v ſusfruct. § Sed ſi inter duos aliàs incipit l. Æquiſſimum, ff. de Vſufruct.

Moneo ſtudioſos pro eo quo in eorum vtilitatem feror deſiderio, vt de vocabulis à doctoribus conſictis, ſi modò res intelligatur, nec à iuris rationibus aliena ſit, non ſint adeò ſolliciti, vt hoc nomine veteres doctores abijciant. Præclarè enim eruditiſſimus Muretus ad Epiſtolam Senecæ 58: *Idem accidit*, inquit, *vt qui poſſibile & impoſſibile dicere, ſaltem in diſputationibus philoſophicis reformidant: Cùm Plato, Ariſtoteles, Epicurus, Zeno, in lingua infinitis partibus copioſiore innumerabilia tamen vocabula fingere neceſſe habuerint. Equidem vt de meo ſenſu liberè atque ingenuè fatear, multa puto ab iſtis delicatis in S. Thoma, in Ioan. Scoto, aliiſq; eiuſmodi eruditiſſimis hominibus irrideri, quæ & neceſſaria ſunt, & talia, vt ſi quis ea vetuſtis illis temporibus protuliſſet, magnam ei gratiam omnes philoſophiæ ſtudioſi habituri fuiſſe videantur. Nos dum teneris auribus videri volumus, tenera nobis ac puerilia eſſe ingenia, neq; vera ac ſolida eruditionis capacia oſtendimus.* Sic ille.

Venio ad alteram controuerſiam, de poſſeſſorio rei Eccleſiaſticæ, quis ſit iudex competens. Tres ſunt doctorum ſententiæ. Prima iudicem laicum eſſe competẽtem, qui ſcilicet ordinarius eſt loci iudex, vt nunc loquimur, in quo res eſt poſita, de qua agitur. Ita Guido Papæ deciſ. 1. deciſ. 71. & deciſ. 85. Alciatus reſponſo 24. num. 1. Andr. Geyll. lib. 1. obſeru. 37. nu. 5. & multi alij quos refert Menochius, de retinẽda poſſeſ. remedio 3. quæſt. 52. & de recuperan. remedio 15. quæſt. 18.

Altera, iudicem Eccleſiaſticum ſcilicet ordinarium loci competentem eſſe. Ita Ant. Butrius in c. vlt. de iud. Augdſtinus Berous ad rub. de iudicijs, num. 55. Couar. pract. quæſt. cap. 35. nu. 1. verſ. Secunda concluſio.

Tertia eſt ſententia, ſi lis vertatur inter clericos, Eccleſiaſticum eſſe iudicem competentem, ſi verò inter clericum qui actor ſit, & laicũ, tunc iudicem laicum eſſe competentem. Ita Menochius docet locis proximè citatis.

Prioris ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primùm, quia poſſeſſio, quæ in iudicium deducitur, non videtur eſſe res ſpiritalis, ſed potius profana ac temporalis, & potius in facto, quàm in iure conſiſtere. Ergo nihil prohibet, quò minus iudex laicus de ea cognoſcere poſſit.

Secundum eſt ex c. 7. Qui filij ſint legitimi in illis verbis: *Non attendentes quod ad Regem pertinet, non ad Eccleſiam de talibus poſſeſſionibus iudicare, &c.*

Tertium ex c. Petimus 11. quæſt. 1. *Petimus*, inquit tex. *vt dignemini dare fiduciam, quæ neceſſitate ipſa cogente liberum nobis ſit, rectorem Prouinciæ ſecundum ſtatuta glorioſiſſimorum Principum aduerſus illum adire, qui plebem quam inuaſerat, vſque hodie communitus ſecundum quod ſtatutum fuerat, relinquere contemnit.* Quibus verbis S. Pontifex indicare vſ̃, prouinciæ rectorẽ adeundũ eſſe in cauſa poſſeſſionis rei Eccleſiaſticæ, quã aliquis inuaſerit.

A Quartum eſt ex c. vlt. de iud. vbi magiſtratus Florentinus cauſam poſſeſſionis cognouit tanquam iudex quæ vertebatur inter Abbatem & Monachos S. Mariæ, & Communitatem cuiuſdam caſtri, & tamen S. Pontifex ibi non improbat illud iudicium, imo potius cõfirmat, quod non eſt veriſimile facturum fuiſſe, ſi iudex non fuiſſet competens.

Alterius autem ſententiæ, quæ Eccleſiaſticũ iudicem conſtituit huius controuerſiæ poſſeſſoriæ fundamẽtum eſt in Clem. 1. de cauſſ. poſſeſ. & propric. & in Clem. 1. de ſequeſtr. poſſeſ. & fructuum; quibus in locis habetur, tam poſſeſſorium, quàm petitorium cauſæ Eccleſiaſticæ tractandum eſſe apud Sedem Apoſtolicam, & in c. 2. de iud. vbi dicitur, negotia Eccleſiaſtica tractãda eſſe apud Eccleſiaſticos iudices.

Tertia denique ſententia eo nititur argumento, quòd cùm laicus conuenitur interdicto poſſeſſorio, tunc clericus eſt actor, ergo ſequi debet forum rei, c. Si clericus.
B c. Cùm ſit generale, de foro compet. Cùm verò inter clericos iudicium agitur, ideo non poteſt ſecularis iudex cognoſcere, quia nullam in clericos iuriſdictionem habet, c. 1. & 2. de foro compet. Etſi enim de rebus agatur non de perſonis, neceſſe tamen eſt, vt iudex poſſit litigatores compellere ad comparendum in iudicio, clerici autem compelli nequeunt à laicis iudicibus.

Hæc ſunt quæ alij attulerant. Ego ſic ſtatuo, ſic inter clericos res agatur, vel clericus à laico conueniatur, ad eundum eſſe iudicem Eccleſiaſticum; is. n. ſolus in clericos habet iuriſdictionem, & eos citare, coercere, ac iudicare poteſt, vt rectè admonuit Menochius. Si verò laicus conueniatur à clerico, puto & iudicẽ Eccleſiaſticũ competentem ac idoneũ eſſe, & etiam iudicem laicum, ſi clericus eum apud iudicem laicum conuenire voluerit; ſi tñ certum ſit, & laicus non neget rem, de qualis eſt, ad Eccleſiam pertinere: ſi verò id neget, & ſuam eſſe cõ-
C tendat, idoneum eſſe laicum dũtaxat iudicem exiſtimo.
Quod primò dixi, probo ex c. Cùm ſit generale. de foro competenti. vbi textus ita dicit: *Verum quia ſeculares iudices in exhibenda iuſtitia perſonis Eccleſiaſticis, ſæpius in iudicio ſunt remiſſi, in fauorẽ Eccleſiæ eſt introductũ, vt malefactores ſuos, qui ſacrilegi ſunt cenſendi, venerabilium locorum rectores poſſint, ſub quo maluerint iudice conuenire.*

Igitur ſi laicus rem Eccleſiaſticam occupauerit, iniuſtè detinuerit, vim fecerit, ſpoliauerit Eccleſiã, poterit conueniri interdictis poſſeſſorijs, tum apud Eccleſiaſticos, quàm ſeculares iudices, ex illo generali priuilegio, quod Eccleſijs cõceſſum eſt. Nihil enim prohibet, quin & hoc in caſu, quo de poſſeſſorio interdicto agitur, locũ ſibi vendicare poſſit.

Alterum, quod dixi, probo ex cap. Si clericus. de foro competẽ. vbi S. Pontifex ita ſcribit: *Si clericus laicum de rebus ſuis, vel Eccleſiæ impedierit: & laicus res ipſas non*
D *Eccleſiæ eſſe aut clerici, ſed proprias aſſeruerit: debet laicum de rigore iuris ad forenſem iudicem trahere: cùm actor forum rei ſequi debeat.* Eadem ratio eſt cùm laicus aſſeuerat poſſeſſionem ad ſe pertinere.

Ad primũ argũ prioris ſñiæ rñdeo, poſſeſſionis cauſam, temporalem quidem eſſe, ſed quia cum perſona Eccleſiaſtica agendum eſt, illa non debet trahi ad iudicem forenſem, ſed ad Eccleſiaſticũ, qui in clericos imperium habeat. Iuriſdictio enim neceſſaria eſt, hoc eſt, poteſtas iuris dicendi. Illa verò ſine modica coercitione nulla eſt. l. 2. ff. de iuriſd. om. iud. Talem coercitionẽm in clericos non habent laici, ſed Eccleſiaſtici iudices.

Ad ſecundum reſpondeo, cap. 7. qui filij ſint legit. loqui de rebus temporalibus & poſſeſſionibus laicorum, non autem clericorum.

Ad tertium reſpondeo, in allegato capitulo hoc tantùm contineri, perſonas Eccleſiaſticas ſubſidiũ ac opem implorare poſſe magiſtratus ſecularis, pro defenſione ac recuperatione rerũ ſuarum (brachium ſeculare vulgò dicitur) quod nihil facit ad propoſitum noſtrum.

Ad

Ad vltimum reſpódeo, in d.c.vlt. iudicium agitatum fuiſſe inter Eccleſiaſticos & ſeculares, & idcirco iudicē ſecularem cognoſcere potuiſſe, hoc enim & nos quoq; dicimus. ſcilicet quādo Eccleſiaſticæ perſonæ ſeculares ad iudicium trahunt quia actor forum rei ſequitur. Licet in fauorem Eccleſiæ conſtitutum ſit, vt & Eccleſiaſtici iudices cognoſcant, vt dictum eſt ſuprà ex d.c. Cùm ſit, de foro competenti. Et tantum de hac quæſtione.

CAPVT XVI.

Quod ſit probanda in interdicto vti poſſidetis *poſſeſſio, non per vnum duntaxat teſtem. Et quid iuris, ſi vterque ex litigatoribus probauerit ſe poßidere.*

IRrepſit vulgaris quędam opinio, poſſeſſionem probari poſſe vnico teſte, quia modici præiudicij eſt, ex traditis per Bartolum ad l.1.C. quorum bonor, de qua confitanda non tam laborandum videtur, quā me tuendum, ne illam ſequamur, ob multitudinē authorū. Non eſt modici pręiudicij poſſeſſio, imò magnum commodum adfert. §. Commodum, inſt. de interdict. Nec teſtimonio vnius credendū eſt, *etiamſi præclaro curiæ honore præfulgeat*: l.8.C. de Teſtib. Præclarè S. Pontifex in c. Licet, de teſtib. *Licet quædam ſint cauſæ, quæ plures quàm duos exigant teſtes, nulla tamen eſt cauſa, quæ vnius teſtimonio, quamuis legitimo, terminetur.*

Authorum multitudini alios authores objcio, qui negant vnius teſtimonium ſufficere ad probādam poſſeſſionem. Afflict. deciſ. 364. nu. 5. Pontanus de ſpolio li. 2. nu. 100. Andr. Geyll. lib. 1. obſer. 7. Maſchardus alios citans de Probationib. vol. 3. concl. 1189. Nō ingredior illam diſputationem, quam latè proſequitur ibi Maſchardus, an plena requiratur probatio, vel ſemiplena ī iudicijs poſſeſſorijs. Fruſtrà n. hac de re diſputari cōtēdo, cū nihil iure definitum conſtitutumq; ſit, & iudices arbitrio id committatur. Calliſtratus, *Quæ argumenta ad quē modum probandæ cuique rei ſufficiant, nullo certo modo definiri poteſt. Sicut non ſemper, ita ſæpe ſine publicis monumentis, cuiuſque rei veritas deprehenditur. Aliàs numerus teſtium, aliàs dignitas & authoritas, aliàs veluti conſentiens fama confirmat rei, de qua quæritur, fidem. Hoc ergo ſolum tibi reſcribere poſſum ſummatim: non vtique ad vnam probationis ſpeciem cognitionem ſtatim alligari debere, ſed ex ſententia animi tui, te exiſtimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris.* l.3.§...ff. de Teſtibus.

Maior difficultas eſt, quid ſtatuādum cū vterque ex litigatoribus poſſeſſionem probat. Reſpondent Doctores multi, eum eſſe potiorē, qui ex iuſta cauſa ſe poſſidere demonſtrauerit, Menoch. de retinen. remed. 2. q. 87. verſ. Tertius eſt caſus.

Sed obſtat. l.3.ff. vti poſſidetis. Vlpianus. *Si duo poſſideant in ſolidum, videamus quid ſit dicendum, quod qualiter procedat tractemus: Si quis proponeret poſſeſſionem iuſtā & iniuſtam; ego poſſideo ex iuſta cauſa, tu vi aut clam. ſi à me poſſides ſuperior ſum interdicto, ſi verò non à me, neuter noſtrum vincet.* Sētētia Vlpiani hæc eſt, ſi duo poſſideāt, alter ex iuſta cauſa, alter ex iniuſta, neutrū fore ſuperiorē ac victorem, niſi alter ab altero vi aut clā poſſideat.

Verùm Vlpiano obſtare videtur, quod ait, duos in ſolidum poſſidere, & id non poteſt fieri. l. Si vt certo. ff. Si duobus. ff. commod. l.3.§. Ex contrario. ff. de acq. poſſeſ. l. Duo Inſolidum. 19. ff. de Precario.

Iacobus Cuiacius lib. 9. obſeru. c. 32. exiſtimat, Vlpianum id dixiſſe non ex ſua, ſed Sabini & Trebatij ſententia, qui exiſtimabāt duos inſolidū poſſidere poſſe, quoſque refert ac refellit Paulus in d.l.3.§. Ex cōtrario. ff. de acq. poſſeſſ. & ad hoc confirmandum perpendit illa Vlpiani verba in d.l.3.ff. vti poſſidetis, *ſi quis proponeret poſſeſſionem iuſtam & iniuſtam, &c. In ea lege*, inquit Cuiacius, *hæc verba magnoperè expendi velim, ſi quis proponeret. & Sabini & Trebatii ſententia ſcilicet, quibus neque Proculiani, neque nos credimus.*

Sed nil reſpōdet Cuiacius ad priorem difficultatem, & certè nullam video reſpōſionem, nam ſi proponatur fieri poſſe, vt duo inſolidū poſſideāt, vel poſſeſſionē probent, rectè dicit Vlpianus, neutrum vincere poſſe, licet alter iuſtā, alter verò iniuſtam poſſeſſionē probaret, niſi ab altero vi aut clam poſſideret: *Quoniam in ſumma poſſeſſionis nō multū intereſt, iuſtè quis an iniuſtè poſſideat*, vt inquit Paulus in l.3.§. Ex contrario. ff. de acquir. poſſeſſ.

Quod Vlpiani reſpōſum, ſi rectè fuiſſet cōſideratum, & ſimul quod alij Iuriſconſulti reſponderūt, duos in ſolidum poſſidere non poſſe, vt in l.3. Ex contrario. ff. de acquir. poſſeſſ & in alijs legibus ſuperiùs annotatis, non ita ſolliciti fuiſsēt de illa facti ſpecie, qua proponeretur, in iudicio iſto poſſeſſorio vtriuſque ex litigatoribus probationes circa poſſeſſionem æquales eſſe p omnia, quid à iudice pronunciandum eſſet. Alij enim dixerunt pronunciandū. Vti poſſideris ita poſſideatis. Alij diuiſione facta in æquales partes controuerſiam dirimendam, ad exemplum l. Et hoc Tyberius Cęſar. ff. de hæred. inſtit. Alij poſſeſſionem apud ſequeſtrum collocādam, ne partes veniunt ad arma: Alij ſorte rem dirimendam, argu. l. vlt. C. comm. de leg. Alij pronunciandum à iudice, de cauſa non liquere, arg. l. Idem Pomponius 14.§. vlt. ff. de recep. arb. Alij reum abſoluendum. l. Fauorabiliores, de reg. iur. Alij iudicem cui maluerit gratificari poſſe. Alij denique conſulendum eſſe Principem, vt diligēter hæc omnia explicat Menochius de retinen. poſſeſſ. remed. 3. quæſtione 87.

Fruſtrà, inquam, tam acriter concertatum eſt. Primò, quia accidere nō poteſt, vt duo inſolidū poſſideāt vnam & eandem rē, vt dixi, & cōſequenter, vt probationes vtriuſq; ſint per omnia æquales: Si enim res eſſe non poteſt, nec certè pbari pōt. Nō entis nullæ ſunt qualitates.

Secundò, quia poſito caſu, clarā habemus Vlpiani deciſionem, neutrum videlicet vincere poſſe, vt in d.l.3.ff. vti poſſidetis.

Porrò, vt vnus ciuiliter poſſideat, alter naturaliter, fieri poteſt, veluti ſi quis precariò rogauit, vt poſſideret: *Placet enim penes vtrumque eſſe eum hominem, qui precariò datus eſſet: penes eum qui rogaſſet, quia poſſideret corpore: penes dominū, qui nō diſceſſerit animo à poſſeſſione.* l. Et habet. 15.§.1. ff. de precario. Obijcitur l.6. ff. eod. tit. Sed pręclaram ſolutionem indicauit mihi Simon Endellius, auditor meus, nobilis Auſtriacus, eruditus adoleſcēs & doctus, non obſtare, quia textus dicit, nō poſſidere eum qui rogabit, *vt precariò in fundo moretur*. Aliud eſt enim rogare, vt precariò quis poſſideat, ſicut loquitur lex 15. Aliud, *vt in fundo moretur*, ſicut aliud rogare, vt ī poſſeſſione quis maneat. l. 10. ff. de acquir. poſſeſſ. ibi. *Precariò autē rogauit, nō vt poſſideret, ſed vt in poſſeſſione eſſet, &c.*

CAPVT XVII.

Agenti interdicto retinendæ, an obſtet exceptio dominij.

IN interdicto retinēdæ poſſeſſionis, obſtare dominij exceptionē, cuius probatio ſtatim offertur, credidit Accurſius in l. Si de vi, in fine. ff. de iudicijs. Bart. ad l. Si coloni. C. de agricolis & Cenſitis, & multi alij quos refert, ſed non probat Menochius de retinenda poſſeſ. remed. 3. quæſt. 70.

Fundamētum eſt in regula, Dolo facit, qui petit quod reſtituere oportet eūdem. l. Dolo. ff. de doli mali & mēt. except. Et ī l.3.§. Cauſæ. ff. de Carboniano edicto, cuius hæc ſunt verba: *Cauſa cognitio ī eo vertitur, vt ſi manifeſta calumnia appareat eorum, qui infantibus bonorum poſſeſſionem peterent, non daretur bonorum poſſeſſio.*

Poſtremò,

Poſtremò, quia cum probationes incõtinenti offerũtur, multa concedi ſolent, quæ aliàs non cõcederentur. l. Si is à quo, ff. vt in poſſeſſ. leg. l. Ille à quo, §. Si teſtamento, ff. ad Trebell.

Contrarium docuerunt idem Bartolus in d. l. Si de vi. ff. de iudicijs, & multi alij quos refert & ſequitur Menochius loco proximè citato, quibus me lubẽs ſociũ adiungo. Principio enim certũ eſt, cauſam poſſeſſionis & proprietatis ſeparatam eſſe, vt ait Vlpianus in l. 1. ff. Vti poſſidetis. Deinde, nulla alia exceptio idonea eſt, quàm ſi vi aut clã, aut precariò alter ab altero poſſideat. l. 1. C. eo. tit. l. 1. in fi. ff. eod. Tertiò, nihil intereſt in ſumma poſſeſſionis, an ſit iuſta vel iniuſta. l. 3. §. Ex contrario. ff. de acquir. poſſeſſ. l. 3. ff. Vti poſſidetis. Denique, ſi exceptio dominij eſſet impedimẽto, daretur occaſio rerum dominis vim faciendi, turbandi, inquietandi poſſeſſores rerũ ſuarum, etenim illis ad interdictum confugientibus; ſtatim dominij exceptionem obijcerent, eoſq; repellerẽt. Hoc autem iure prohibitum eſt. l. Si quis in tantam. C. Vnde vi. l. Non eſt ſingulis, de reg. iuris.

Ad primum argumentum reſpondeo, regulam illam, dolo facit, &c. nõ habere locum in poſſeſſorijs, alioquin, liceret dominis authoritate propria poſſeſſionem auferre, & poſtea allegare, dolo poſſeſſorem facere, qui petat quod reſtituere debet. Hoc autem abſurdum eſt.

Ad alterum argumentum reſpondeo, illud in illis caſibus ſibi locum vendicare, quibus res agitur coram iudice, & nihil violentiæ committitur, non de facto quis turbatur in ſua poſſeſſione. His. n. in caſibus nõ licet allegare dominũ, aut poſſeſſoris calumniã, quamuis probationes incontinenti adferãtur circa dominiũ rei, quia vt maximè quis dñs exiſtat, non poteſt tamen ſibi ius dicere, aut vim vllam iferre, nec dominij cauſam deducere, quia illa cum poſſeſſionis cauſa nihil habet commune.

Maneat igitur hæc ſententia, non obſtate dominij exceptionem in hoc iudicio, quã Menochius loco proximè citato, quæſt. 80. intelligit cũ exceptione, niſi de dominio cõſtaret ex ſentẽtia lata in petitorio iudicio. Nullo ſanè ſatis firmo fundamento. Nam quod ſcribit de notorio, hoc eſt, ex ſententia notorium eſſe dominium, nihil mouet, nec enim quicquam facit hic quòd dominiũ ſit notorium vel nõ ſit, cùm proprietatis cauſa diſtincta ſit à poſſeſſionis cauſa, ſicut & ſuprà diſputaui hoc eodem libro cap. 10.

Illa magis placet exceptio, niſi poſſeſſor, qui interdicto experitur, conſentiat, vt de proprietate cognoſcatur, argum. cap. 11. de reſtit. ſpoliat.

CAPVT XVIII.

Vſufructuarius vtrum naturaliter poſsideat?

IVris noſtri authores variè reſpondiſſe videtur hac de re. Nam Vlpianus in l. Naturaliter. 12. ff. de acquir. poſſeſſ. *Naturaliter*, inquit, *mihi videtur vſufructuarius poſſidere.* Idem rñdit Papinianus in l. Poſſeſſio. 49. ff. eod. Quãobrẽ interdictũ de vi, vſufructuario cõpetere, idem Vlpianus reſpondit in l. 3. §. vlt. ff. de & vi arm.

Sed contrarium tũdit Caius in l. Acquiritur. 10. in fin. ff. de acquir. rer. dom. *Vſufructuarius autẽ*, inquit, *vſucapere ſeruum non poteſt primò, quia nõ poſſidet, ſed habet ius vtendi & fruendi, &c.* Idem rñdit Macer in l. Sciẽdũ. §. Poſſeſſor. ff. qui ſatiſd. cogan. ſic dicens; *eum qui tantum vſumfructum habet, poſſeſſorem non eſſe Vlpianus ſcripſit*, imò verò idem Vlpianus, tribus in locis negat vſufructuarium poſſidere in l. Certè. §. Is qui rogauit. ff. de Precario. *Nã & fructuarius*, inquit *& colonus, & inquilinus ſunt in prædio, & tamen non poſſident.* In l. 1. §. Quod ait Prætor. ff. quot. legator. *Mouet*, inquit, *quod neque vſusfructus, neque vſus poſſidetur, ſed magis tenetur.* In l. Celſus. §. Iulianus, ad exibẽ. *Sed & eum*, inquit, *qui vſufructus nomine rem teneat, quamuis nec hic vtique poſſideat.*

Accurſius in d. l. Naturaliter, & ĩ d. l. Acquiritur, quatuor adfert ſolutiones. Prima eſt, fructuarium non poſſidere ꝓpriè, & ideo Vlpian. vſus eſt illo verbo, *videtur*. Secunda nõ poſſidere, ſed detinere. Tertia, poſſidere fructuarium naturaliter, ſed nõ ciuiliter, quæ ſolutio cõmuniter recepta eſt teſte Iaſone in d. l. Naturaliter, num. 5.

Baldus autem, Cumanus, Romanus & Aretinus, tertiam ſolutionem ſecuti fuere, fructuarium ſcilicet nõ ſibi, ſed domino poſſidere. Eandem ſententiam amplexus eſt Iacobus Cuiacius libro. 9. obſeru. c. 33. *Fructuarius*, inquit, *eſt tantummodo in naturali poſſeſſione, non etiã vere naturaliter poſſidet. Solus enim dominus poſſeſſor eſt, & poſſidet per fructuarium, nec alia ratione dicitur retentionẽ vſusfructus eſſe ſpeciem traditionis, quàm quod qui retinet vſumfructum, deſinat ſibi & incipiat alij poſſidere: Et in l. Naturaliter, Vlpianus ait. Naturaliter videtur poſſidere & poſſidet.* Et paulò poſt, *verum*, inquit, *licet fructuarius non poſſideat, tamen quia rei emolumentum ad eum pertinet, interdicta poſſeſſoria ei accommodantur, quæ cæteris qui ſunt in poſſeſſione, non accommodantur.*

Hæc ſententia videtur ſanè probabilior, atq; vno verbo poſſumus hãc rem ita explicare. Fructuarium poſſeſſionẽ illam habere quæ corpore, nõ autem quæ iure cõſiſtit. Et ideo non poteſt vſucapere, quia non poſſidet ciuiliter, animo domini, & ita loquitur d. l. Acquiritur.

Quod verò attinet ad l. Sciendum. §. Poſſeſſ. ff. qui ſatiſd. cogant. illa loquitur quantum ad ſatiſdationem de iudicio ſiſti. Qui immobilia poſſidet, non tenetur ſatiſdare. Talis non eſt fructuarius, quia non eſt dominus rei, nec aliud habet ius quàm vtendi & fruendi, quamobrẽ alia cautione opus eſt.

Cæteræ quoq; leges, quibus negatur fructuariũ poſſidere, ita ſunt accipiendæ, vt poſſeſſionem hanc naturalem corporalemq; non excludant. Sic enim promptum erit leges legibus concordare.

CAPVT XIX.

Quomodo acquiritur poſſeſſio rerum corporalium, & an infanti etiam acquiratur.

ACcurſius in l. 1. ff. de acquir. poſſeſ. diſtinguit inter res animatas, & inanimatas, & ait poſſeſſionem rerum animatarum acquiri illis modis, qui habentur in l. Naturalem, & in l. Indaquecum. ff. de acquir. rer. dom. rerum autem inanimatarum hoc modo: Aut poſſeſſio vacans eſt, aut ab aliquo occupata. Poſteriore caſu poſſeſſio acquiritur abſq; traditione & corporali apprehẽſione, vt patet ex l. Quod meo. §. Si venditorem. ff. de acq. poſſeſſ. Priori autem caſu acquiritur poſſeſſio, duntaxat per apprehenſionem. l. 3. §. Neratius ad finem. ff. eodem tit.

Bartolus autẽ diſtinctione omiſſa rerum animatarum & inanimatarum ſic docet, poſſeſſionem acquiri per apprehenſionem, ſi ſit vacans, ſi verò ſit ab aliquo occupata, ſine apprehenſione acquiri, ſi concurrat animus tradentis. l. Quod meo. §. vlt. ff. de acq. poſſeſſ. Si verò animus tradentis non concurrat, apprehenſionem requiri.

Ego verò ſic ſtatuo, poſſeſſionem animo & corpore acquiri, ſi traditio vera vel ficta interueniat, Paulus in l. 3. eod. *Adipiſcimur*, inquit, *poſſeſſionem corpore & animo, neq; per ſe animo, aut per ſe corpore, &c.* De corporali apprehenſione loquitur l. 1. ff. eod. De traditione vera textus in l. 3. C. eod. De ficta. l. 1. §. Si iuſſerim. l. Quarundam. ff. eodem.

Sed oritur difficultas, vtrum infans poſſit acquirere poſſeſſionem. Nam Paulus in l. Quamuis. §. Infans ff. eodem, *nullus ſenſus eſt*, inquit, infantis acquirendi poſſeſſionem. At Imper. Decius in l. 3. C. eodem. *Donatarum rerum*, inquit, *a quacunque perſona infanti uacua poſſeſſio tradita corpore quæritur.*

Accurſius multas adfert ſolutiones, Prima eſt, Iuriconſulti reſponſum ab Imperatore correctum eſſe, quæ ſolutio meritò cæteris diſplicuit.

Altera ſolutio eſt, Imperatorem loqui de Infante, qui aliquod iudicium habet, Nõ rectè, quia nec Imperator hoc dicit, nec dicere poteſt, quia infantes omni carent iudicio.

Tertia ſolutio eſt, Imperatorem loqui de rebus donatis, & ideo ſingulari iure ſic de eis cõſtitutum fuiſſe, de alijs ſecus, & in his Pauli reſpõſum locum habere poſſe.

Idem docuit Cunanus lib.3.comment. iuris, cap.8. num.5.

Mihi non placet, quia repugnat ratio Pauli dicentis, nullum ſenſum infantis eſſe acquirendi poſſeſſionem: licet enim animus donãtis cõcurrat in transferenda poſſeſſione, ex perſona tamen infantis obſtat, quòd non habet animum, ſenſumque acquirendi poſſeſſionem.

Quartam ſolutionem afferebat Azo, quę ab omnibus exploſa eſt, Imperatorem accipiendum, cùm res donata ſerui infantis tradita eſt, Nulla enim huius rei mentio eſt in d.l.3.

Quintæ ſolutionis Bartolus author eſt, Imperatoris reſcriptum accipiendum eſſe de re mobili donata infanti, cuius acquirendæ aliquem animũ & affectum infans habeat, veluti ſunt, inquit Bart. iocalia, latinè crepundia dicuntur, munera ſcilicet puerorum.

Verùm, ſi hæc erat Imperatoris mens, æquùm fuiſſet id exprimere, nõ de rebus donatis generaliter, nulla ſcilicet adhibita diſtinctione, ita reſcribere.

Sexta ſolutio Ioannis antiqui Gloſſatij eſt, Imperatoris legem accipiendam eſſe, cùm tutoris authoritas interuenit: & hanc ſententiam multi alij ex antiquis ſecuti fuere, quos refert & ſequitur Alciatus ad l.1.§. Adipiſcimur.ff.de acquir.poſſeſſ. Et mihi veriſſima videtur: Licet enim alij nullam afferant cõiecturam, ego tamen hãc adfero: Etenim idem Imperator poſtquam dixit rerum donatarum poſſeſſionem infanti acquiri, ſubijcit hæc verba: *Alioqui ex ſententia conſultiſsimi viri Papiniani, nec quidem per tutorem poſſeſsio acquiri poſſet infanti.* Hæc Imperatoris ratio locum habere poteſt, ſi ſuperior ſententia accipiatur de rebus donatis infanti, tutoris authoritate interueniente, ſi verò aliter accipiatur, inepta ratio erit. Id verùm eſſe, ita demonſtro. Sic argumentatur Imperator: Si non acquiratur infanti poſſeſſio rerum donatarum & traditarũ, nec poſſeſſio eidem infantia acquiri poterit per tutorem. Hoc argumẽtum valet, ſi prior ſententia ſic accipiatur, vt dixi. Nam hæc eſt bona collectio, Si non acquiritur poſſeſſio infanti, cùm tutore authore res donatæ ſunt ac traditæ, conſequens eſt, nec per tutorem acquiri poſſe infanti poſſeſſionem. Sed conſequens eſt falſum, quia Papiniani ſententiæ repugnat, ergo & antecedens. Verùm ſi non ita prior ſententia accipiatur, nulla eſt hęc collectio; non acquiritur infanti poſſeſſio rei donatæ ac traditæ, Ergo nec per tutorem poſſeſſio àcquiri poſſit. Negatur conſequentia. Licet enim infanti non acquiratur, quia nullum habet ſenſum, nullum animum poſſidendi, nihil tamen proponitur, cur non poſſit vtilitatis cauſa per tutorem poſſeſſio infanti acquiri.

CAPVT XX.

Quomodo rerum incorporalium quaſi poſſeſsio acquiratur.

Res incorporales poſſideri non dicuntur, ſed corporales. l.3.ff.de acquir.poſſeſſ.l.Seruus. §.Res incorporales.ff.de acquir.rer.dom. l.Sequitur.§.Si viam.ff.de vſucap. Verũtamen quaſi poſſideri dicuntur, & vulgò dicimus, quaſi poſſeſſionem rerũ incorporalium. Sed quæſtio eſt admodum celebris, quomodo acquiratur quaſi poſſeſſio rerum incorporalium. Communis ſentẽtia eſt

A vſu acquiri quum iure proprio quis, non iure familiaritatis exercet, cum ſcientia & patientia aduerſarij. Vide Couar. in cap. Poſſeſſor malæ fidei in 2. parte in initio, num.8. de reg.iur.lib.6. Menochium de Arbitrarijs iud. caſu 160. & ſeq.

Fundamẽtum eſt in l.2.C.de ſeruit. & aqua in l. Quoties.ff.de ſeruit.in l.Si à te emero.ff. ſi ſeruitus vend. l. Si ego.§.1.ff.de publiciana, iuncta l.1.ff. de ſer.ruſt.præd.

Contrariam ſententiam amplexus eſt Ioan. Longouallius ad l. Imperium in 4.parte in 2.articulo.ff.de iuriſdict.om.iud. Exiſtimat enim ſcientiam & patientiam non requiri, Mouetur ex l.Quoties.20.ff.de ſeruit.l.1.§.1.ff.de itinere actuque priuato. ex l.vlt.C. de præſcript. longi tempor.

Ego hanc rem duabus propoſitis cõcluſionibus commodius explicari poſſe iudicaui. Prima concluſio. Ad acquirendam quaſi poſſeſſionem rerum incorporaliũ nõ

B requiritur ſcientia & patientia aduerſarij, ſi de poſſeſſione abſolutè agatur, ita vt tam iuſta, quàm iniuſta poſſeſſio intelligatur, ſed quia de iuſta tantùm poſſeſſione loquimur & ciuili, ſcientia ac patientia aduerſarij non requiritur, ſi adſit titulus & bona fides. Probatur hęc concluſio ex l.vlt.C.de præſcrip.longi temp. ibi: *Nulla ſcientia vel ignorantia expectanda, &c.* Et paulò pòſt: *Eadem obſeruando & ſi res nõ ſoli ſint, ſed incorporales; &c.* Nam ſi præſcriptio longi temporis locũ habet in rebus incorporalibus, abſque ſcientia aduerſarij, cõſequens eſt, poſſeſſionem quoque acquiri abſque ſcientia poſſe; quia ſine poſſeſſione non procedit vſucapio, ſiue præſcriptio.

Secunda concluſio. Cùm titulus iuſtus deeſt ad acquirẽdam quaſi poſſeſſionem rerum incorporalium neceſſaria eſt ſcientia & patientia aduerſarij; Illa enim ſubit vicẽ tituli. l.2.C.de ſeruit. & aqua, l.1.ff. de ſeruit. ruſtic. prædio. l.Si ego, §.1.ff.de publiciana. Hac igitur diſtinctione adhibita, contraria ac diſſidentes ſententię facilè

C conciliantur.

CAPVT XXI.

Quomodo amittatur poſſeſsio.

Oritur controuerſia hac de re, quoniam Paulus ſcribit: Quemadmodum nulla poſſeſſio acquiritur, niſi animo & corpore, ita etiam nullam amitti, niſi in qua vtrunque in cõtrarium actum eſt. l. Quemadmodum.ff. de acq.poſſeſſ. l. Ferè quibuſcunque. de reg.iur. Idem verò Paulus contrarium reſpondit in l.3.§. In amittenda.ff.eod.tit. *In amittenda*, inquit, *poſſeſsione affectio eius qui poſſidet intuenda eſt, itaque ſi in fundo ſis. & nolis eum poſſidere, protinus amittes poſſeſsionem. Igitur amitti animo ſolo poteſt, quamuis acquiri non poteſt.* Sic ille.

D Dicebat Ioannes antiquus interpres, cuius ſententia cõmuniter recepta eſt, aut amiſſio poſſeſſionis à corpore incipit, aut ab animo, ſi à corpore incipiat, tùc etiam animus acquiritur. Exemplum. Is qui fundum poſſidet, egreditur ex fundo, dicitur amittere poſſeſſionẽ, & amiſſio incipit à corpore, qa ſcilicet ex fundo egreditur. Hoc in caſu animus etiam requiritur: quamobrem neceſſe eſt, vt eo animo egrediatur, quia illum poſſidere nolit, ita accipiendæ ſunt leges, quibus dicitur poſſeſſionem non amitti, niſi vtrumque in contrarium actum ſit. Si verò amiſſio incipiat ab animo, tunc ſolo animo poſſeſſio amittitur. Exemplum eſt. Si quis in fundo exiſtens eum nolit poſſidere; protinus enim poſſeſſionem amittit: & ita accipiendus eſt text. in d.§. In amittenda.

Sed huic ſolutioni duo videntur obſtare. Vnum eſt, quia leges, quæ vtrunque requirunt, nullam adhibent diſtinctionem. Alterum eſt, quòd intelligi non poteſt, quomodo quis in fundo exiſtẽs poſſeſſionem eius amittat, ob eam cauſam, quod eum poſſidere nolit, niſi etiam corpore diſcedat ex fundo.

Fran-

Franciſcus Conanus lib.5.commen.Iuris,c.9.num.4. ita hanc rem explicat: Leges quibus dicitur poſſeſſioñe non amitti, niſi vtrunq; in contrarium actum ſit, accipiendas eſſe eo in caſu, quo quis inuitus poſſeſſionem amittit: Exempli cauſa. Poſſeſſor vi deijcitur, poſſeſſionem non amittit, niſi & animum poſſidendi abiecerit. l. Clam poſſidere. §. Qui ad nundinas, ff. de acq. poſſeſ. Si quis autem non inuitus poſſeſſionem amittat, Conanus putat ſolum animum ſufficere.

Sed & huic ſententiæ obſtare videtur, ꝙ generale eſt Pauli reſponſum, quo requiritur in amittenda poſſeſſione vtrunq; in contrarium actum eſſe. Quamobrem nõ videtur commodè reſtringi poſſe ad eum caſum duntaxat, quo quis inuitus poſſeſſione deijcitur.

Petrus Faber ad l. Nihil tam naturale, nu.12. de reg. iur. ſenſit hanc difficultatem, ſed nõ prorſus explicauit. Hoc autẽ vult Pauli reſponſum, in quo dicitur, ad amittendam poſſeſſionem vtrunq; requiri, nõ eſſe perpetuò ac indiſtinctè verum: & poſſeſſionem, quæ ſolo animo B retinetur, ſolo quoq; animo amitti, quæ ſolutio eſt eadẽ quam primo loco poſuit, & refutauit Accurſius in d. §. In amittenda.

Ego igitur ſic ſtatuo, quod Paulus reſpondit in d. §. in amittenda, poſſeſſionem ſolo animo amitti, non ita accipiendum eſſe, quaſi neceſſe non ſit corpore etiã aliquid in contrarium fieri. Etenim neceſſe eſt, vt qui animum poſſidendi non habet, ex fundo etiam egrediatur, ſicuti præclarè docuit Papin. in l. Peregrè, §. vlt. ff. de acquir. poſſ. illis verbis: *Nam eius quod corpore noſtro teneremus poſſeſſionem amitti, vel animo, vel etiam corpore, ſi modò eo animo inde digreſſi fuiſſemus ne poſſideremus*, Sed hæc eſt Pauli ſententia in d. §. In amittenda, affectionem ſolã in poſſeſſione amittenda ſpectandam eſſe; & eum qui in fundo exiſtens poſſidendi animum non habet, protinus poſſeſſionem amittere: *protinus*, id eſt, ſtatim, ex ea hora, qua quis poſſidere noluerit, & poſſidendi animum abiecerit, non autem ex eo tempore, quo egreſſus fuerit ex C fundo, eo tamen præſuppoſito, quod ex fundo poſtea egrediatur. Videbatur enim dicendũ, protinus poſſeſſionem non amitti tunc, ſed primùm, cùm poſſeſſor egreſſus eſſet ex fundo, quia ſicut poſſeſſio non acquiritur, niſi animo & corpore, videbatur etiam non amitti, niſi cùm animum quis poſſidendi abijceret, & ſimul corpore à poſſeſſione diſcederet. Hoc enim eſt, quod Paulus alibi dixit: *Niſi in contrarium vtrunq; actum ſit*. Sed aliter reſpondit idem Paulus in d. §. In amittenda, nimirũ protinus poſſeſſionem amitti, cùm quis poſſidere nolit, ſcilicet ſi poſtea ex fundo diſceſſerit, ſed amiſiſſe poſſeſſionem dicitur, non ex eo die & tempore, quo ex fundo diſceſſerit, ſed ex eo tẽporis articulo, quo poſſidere noluerit: quoniam animus & affectio ſpectanda ſit præcipuè. Atque ita mihi videtur.

CAPVT XXII.

De præſcriptione ſeruitutum realium.

CVm de præſcribendis ſeruitutibus agitur, in promptu eſt cõis veterum Doctorum diſtinctio. Aut ſeruitus habet cauſam perpetuam, vel quaſi, quia ſcilicet ad eam nõ requiritur ſemper factum hominis continuum, veluti ſeruitus aquæductus, item ſeruitus altius tollendi, ſtillicidium, vel ductus aquæ ex cœlo cadẽtis, & præſcribitur decem annis inter præſentes, & viginti inter abſentes. Aut non habet cauſam perpetuam, vel quaſi, quia ſcilicet requiritur ſemper factũ hominis continuũ & ſucceſſiuum, veluti ſeruitus itineris, viæ, actus, & ſimiles, & præſcribitur per tẽpus, cuius initij memoria non extat. Veruntamen ſi quis longo tempore, ſcienteque & patiente aduerſario, vſus fuerit ſeruitute, licet quæ cauſam habeat non continuam, præſumitur ex titu- A lo qui allegatur ſeruitus rectè conſtituta. Vide Accurſ. & alios in l. Seruitus, 14. ff. de ſeruit. Franciſcum Balb. de præſcrip. 2. par. 3. partis princ. q. 1. Couar. qui de ſeruitute iuris paſcendi loquitur, lib. 1. variar. reſol. cap. 17. nu. 11. 12. Mynſingerum cent. 4. obſeruat. 63. cæteros ſciens prætereo.

Fundamentum huius diſtinctionis eſt, quia variè ab authoribus noſtris hac de re reſponſum eſt; nec videtur tam varia diuerſaque reſponſa meliori faciliorique ratione conciliari poſſe, quàm ſi prædicta diſtinctio adhibeatur.

Imprimis Paulus in d. l. 14. ff. de ſeruit. ita reſpõdit ad Sabinum: *Seruitutes prædiorum ruſticorum, etſi corporibus accedunt, incorporales tamen ſunt, & idcirco vſu non capiũtur, vel ideo quia tales ſunt ſeruitutes, vt non habeant certã continuamq; poſſeſſionem. Nemo enim tam perpetuò, tamq; continenter ire poteſt, vt nullo momento poſſeſſio eius interpellari videatur*,

B Ex hoc colligunt ſeruitutẽ itineris, quia cauſam perpetuam non habet, vſucapi non poſſe longo tempore. Veruntamen tempore memoriam hominum excedẽte vſucapi poterit ex l. Hoc iure, §. ductus aquæ, ff. de aqua quot. & æſti. ait n. Pomponius ibi: *Ductus aquæ, cuius origo memoriam exceſſerit, iure conſtituti loco habetur*. Sicut enim in aquæ ductu tantum tempus iure conſtituti loco habetur, ita etiam haberi oportet in aliis ſeruitutibus, licet perpetuam cauſam non habeant.

Deinde Vlpian. in l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arc. ſic ait: *Sanè enim & in ſeruitutibus hoc idem ſequimur, vt vbi ſeruitus non inuenitur impoſita, qui diu vſus eſt ſeruitute, neq; vi neque clam, neque precariò habuiſſe longa conſuetudine, velut iure impoſitam ſeruitutem videatur*.

Ex hoc reſponſo colligunt id quod ſupra dixi: Si quis longo tempore vſus fuerit ſeruitute aduerſario ſciente & patiente, & dicat ſe ex titulo præcedente vſum fuiſſe, præſumi titulum allegatum. Addunt pro cõfirmatione C l. Cùm de in rem verſo, ff. de vſur.

Tertiò, Vlpian in l. 10. ff. ſi ſeruit. vendi. ſic reſpondit: *Si quis diuturno vſu, & longa quaſi poſſeſſione ius aquæ ducendæ nactus ſit, non ei neceſſe eſt, docere de iure, quo aqua conſtituta eſt*, &c. *ſed vtilem habet actionem, vt oſtendat per annos fortè tot vſum ſe non vi, non clam, non precariò poſſediſſe*.

Ex hac lege ſumunt argumẽtum, ſeruitutem aquæductus acquiri longo tempore, quia perpetuam cauſam habet, & idem probatur in l. 1. & 2. C. de ſeruit. & aqua, & de ſtillicidio in l. Foramen, ff. de ſeru. vrba. præd. maximeq; illa verba perpendunt: *Neq; enim perpetuam cauſam habet, quod manu fit, at quod ex cœlo cadit, etſi nõ aſſiduè fit, ex naturali tamen ex cauſa fit, & ideo perpetuò fieri exiſtimatur. Omnes autem ſeruitutes prædiorum perpetuas cauſas habere debent*, &c. quaſi hæc ſit ratio, cur talis ſeruitus præſcriptione tẽporis acquiri poſſit, quia ſcilicet perpetuam cauſam habet. Si igitur non habeat perpe- D tuam cauſam, conſequens eſt, ex eorum ſententia præſcriptionem ceſſare.

Ego veterum interpretum ſcripta ac ſententias ſemper magnifeci, nec ab eis vnquam diſcedo, niſi veritas, cuius ſtudium mihi eſt omnibus antiquius, aliò me impellat, vt in hac, de qua agitur, quæſtione: tot enim errores, ſalua reuerentia, eſſe video antiquorum interpretum, quot penè ſunt reſponſa Iuriſconſultorum, quibus in hac quæſtione decidenda, ſuaq; diſtinctione ſtabilienda, vtuntur.

Imprimis circa Pauli reſpõſum, quod eſt in l. 14. ff. de ſerui. peccari video, primum, quod generale cùm ſit de omnibus ſeruitutibus reſponſum, nõ poſſe videlicet vſucapi, ipſi tamen reſtringunt ad ſeruitutes, quæ ab eis dicuntur non habere cauſam perpetuam.

Deinde, quoniã rationem adferri generalem, cur ſeruitutes vſucapi non poſſint, quia ſcilicet incorporales ſunt, vel quia tales ſunt ſeruitutes, vt non habeant certã

continuamq; poſſeſſionem, & tamen ipſi aliquas conſtituunt ſeruitutes, quas dicunt habere continuā, ſiue perpetuam cauſam: Etſi enim exemplum adferat ibi Paulus ſeruitutis itineris, nō tamen erat inde colligendū, ſeruitutes aliquas reperiri, quæ poſſeſſionem continuam habeāt. & proinde ſeruitutem itineris ſeparādam ab alijs ſeruitutibus ruſticorum prędiorum. Quid enim eſſet abſurdius, quàm rationem adſerre generalem, ſeruitutes ideo non vſucapi, quia non habeant perpetuam continuamq; poſſeſſionem, ſi excepta ſeruitute itineris, & viæ, aliæ ferè omnes haberent? imò, ſi vlla erat ſeruitus ruſticorū prædiorum, quæ perpetuam poſſeſſionem haberet, illa erat à generali regula & ratione eximenda.

Secundò adducunt l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quotidiana & æſtiua; quæ nec de præſcriptione vllum verbum facit, & loquitur de aqua, quæ ex flumine publico ducitur. Ex flumine enim publico, vt liceat nobis aquam ducere, nō poſſumus diuturno vſu obtinere, ſicut cæteras ſeruitutes obtinemus, ideò requiritur tantùm tempus, vt memoriam hominum excedat. Cauſam diuerſitatis eleganter adfert Conanus lib. 4. cōment. iur. cap. 12. nu. 17.

Tertiò, ex l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arc. inferunt ex diuturno vſu ſeruitutis titulum allegatum præſumi, cū tex. dicat: *Qui diu vſus eſt ſeruitute, neque vi, neq; clam, neque precariò, habuiſſe longa conſuetudine velut iure impoſitam ſeruitutem videatur*, quibus verbis hoc vult Iuriſconſultus diuturnum ſeruitutis vſum, perinde valere, ac ſi legitimè impoſita ſeruitus fuerit, vt craſſius dicam, vim habere tituli legitimi, quo ſeruitutes conſtituuntur rectè & legitimè.

Quartò, l. Si quis diuturno. ff. ſi ſerui. vend. afferunt ad probandum ſeruitutes, quæ habent cauſam continuam vſucapi poſſe longo tempore, veluti aquęductus & ſimiles, quod repugnat prorſus l. 14. ff. de ſeruitu. Deinde cū omnibus ſeruitutibus commune eſt; vt patet ex d. l. 1. §. C vlt. ff. de aqua plu. arcen. vbi dicit textus. *Et ſanè in ſeruitutibus hos ſequimur, vt vbi ſeruitus non inuenitur impoſita. qui diu vſus eſt*, &c. ibi non loquitur de aquæductu tantùm, ſed de omnibus ſeruitutibus, ac proinde non ad aquæductus tantùm ſeruitutem & cætera id genus pertinet, ſed ad omnes.

Quintò, perperam intellexerunt l. Foramen. ff. de ſeruitutib. vrba. prędior. ex quo errore etiam exiſtimo ſumptam eſſe illam diſtinctionem inter ſeruitutes, quæ habent cauſam perpetuam, & quæ non habēt. Verba legis hæc ſunt: *Foramē in pariete cōclauis, vel triclinij quod eſſet proluendi pauimenti cauſa, id neq; flumen eſſe, neq; tempore adquiri placuit. Hoc ita verum eſt, ſi in eum locum, nihil ex cœlo aqua veniat, neq; enim perpetuam cauſam habet, quod manu fit. At quod ex cœlo cadit, & ſi non aſſiduè fit, ex naturali tamen cauſa fit, & ideo perpetuò fieri exiſtimatur. Omnes autem ſeruitutes prædiorum perpetuas cauſas habere debent. Et ideo neque ex lacu, neque ex ſtagno concēdi aquæductus poteſt. Stillicidij quoq; immittendi naturalis, & perpetua cauſa eſſe debet.* D

Peccatū eſt igitur primò, quia hæc ſunt diuerſa inter ſe, ſeruitutes habere cauſam perpetuā. Itē habere certā continuamq; poſſeſſionem. Nulla ſeruitus ruſticorum prædiorū habet perpetuam ſiue continuā poſſeſſionem, ſiue factū hominis requiratur, ſiue nō requiratur. Et hęc eſt ſententia l. 14. ff. de ſeruitutib. Omnes ſeruitutes habēt, ſiue habere debent cauſam perpetuā, & hæc eſt ſententia d. l. Foramē. Declarā. Seruitutes prędiorū hāc cōditionē ac naturā habere debēt, vt poſſint eſſe perpetuę, hoc eſt, vt ei cui illæ debentur, perpetuò eis vti liceat. Et ideo neq; ex lacu, neq; ex ſtagno poteſt ſeruitus conſiſtere: Similiter cauſam perpetuā non habet foramē proluēdi pauimēti gratia, ſi manu fiat, & nihil ex cęlo aquę veniat, ideo ſeruitus eſſe non poteſt. Quod ſi de cęlo aqua cadat, perpetuā cauſam habere videtur, quia naturalis eſt cauſa, Quod enim naturaliter fit, videtur etiā eſſe A perpetuum, tametſi aſſiduè nō fiat, vt tradit Ariſtoteles lib. 1. Poſterior. c. 7. quia naturæ cauſa certa & perpetua eſt, idcircò aqua pluuia perpetua cauſa eſt ſtillicidij, etſi non pluat aſſiduè, quia hoc ex natura pēdet. Ea q̄ manu noſtra fiunt, non videntur perpetuò fieri, quia eorū lex neq; certa eſt, neq; perpetua. Ideoq; vt ex imo pariete conclauis mei mihi liceat proluuiē pauimenti, per foramē in ædes vicini immittere, licet hoc ius perſonæ quidē concedi poſſit, prædio tamē hæc ſeruitus imponi vel acquiri nō poteſt, quia eius cauſa cōſtans & naturalis nō eſt. Sic & aquæductus ex ſtagno cōſtitui non poteſt, nec ex lacu, quod ſtagni aqua ſtatiua & collectitia ſit, nō naturalis, mortua, non viua. Lacus, aqua viua non ſit & perpetua: ſecus ſi lacus ſit ꝑpetuus. l. Via. ff. de ſer. ruſt. pd.

Secundò, erratū eſt in eo, quod exiſtimatū à veterib. eſt, ſi ſeruitutes perpetuam cauſam habeant, hoc eſt, nō manu, opera, ſiue facto hominis indigeant, veluti iter, via, & ſimiles, ſed ex cauſa naturali proueniant, veluti B aquęductus & ſimiles eas vſucapi poſſe, ſecus ſi facto hominis indigeant. Et hoc exiſtimarunt, quia tex. ibi dicit, tempore non acquiri foramen, quod manu & opera hominis eget, ſecus autem ſi aqua de cęlo cadat, atq; adeò perpetuam cauſam habeat. Peccatum, inquam, eſt, ideo quia non dicit tex. vſucapi poſſe talem ſeruitutem, ſed tempore acquiri, quæ longè differunt. Omnes. n. ſeruitutes tempore acquiri poſſunt, vt poſtea patebit, licet vſucapi non poſſint. Ideo autem ſeruitus acquiri tempore poteſt, quando cauſam habet perpetuam & naturalem, quia ex ea ſeruitus rectè conſiſtere poteſt. Omnes enim ſeruitutes, vt ſubdit tex. perpetuas cauſas habere debēt. Si non habent cauſas perpetuas, non ſunt ſeruitutes, conſequenter non acquiruntur tempore, vt ex tempore ſeruitus acquiratur, præſupponendum eſt imponi & conſtitui eam poſſe, quia tempus hoc operatur, vt rectè impoſita ſeruitus videatur. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arc. Si non C poſſit imponi ſeruitus pactionibus, ſtipulationibus, & alijs legitimis modis, quia ſcilicet res non eſt ſeruituti accommodata, quemadmodum foramen illud, & aquæductus ex lacu & ſtagno, nec tempore acquiri poterit: hæc eſt ſententia d. l. Foramen.

Cùm igitur hæc ita ſint, non rectè antiquiores docuerunt, valere iuſſa eorum diſtinctione, amplecti iuuat ſententiam recentiorum Longouallij ad l. Imperium. ff. de iuriſd. om. iud. Cuiacij ad l. Sequitur. 4. §. Libertatem. ff. de Vſucapio. Coraſij ad d. l. Seruitutes. 14. ff. de ſeruitut. Duareni ad l. Si quis diuturno. ff. ſi ſeruitus vendicetur. Conani lib. 4. commentar. iuris, cap. 12. nu. 14. quibus ſequentib. huius ſententiæ hæc eſt ſumma. Ruſticorū prędiorum ſeruitutes vſucapi non poſſunt, & idem in vrbanis ſerui. d. l. 14. ff. de ſeruitut. l. 4. §. Libertatem ibi: *Vſucapionem ſuſtulit lex Scribonia, quæ ſeruitutem conſtituit*. l. Si aliena. §. Hoc iure. ff. de vſucap. quibus in locis diſertè id expreſſum eſt. Vtilitatis tamen cauſa receptum eſt, vt diuturno vſu acquiratur, ſi nec vi, nec clā, nec precariò D quis vſus fuerit ſeruitute. Huius rei hæc ſunt teſtimonia. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arc. l. 5. §. vlt. ff. de itinere actuq; priuato. l. Si quis diuturno. ff. ſi ſeruit. vēd. l. 1. & 2. C. de ſeruit. & aqua. Nō requiritur ſciētia aduerſarij in legib. proximè dictis. Ideo autē Imperator in l. 2. C. de ſeru. & aqua. refert Martialem ſciēte domino aquam duxiſſe, vt intelligeremus clam ab eo minimè aquam deductā eſſe vt in l. 5. §. Sed & ſeruitus. ff. quod vi aut clam, ibi. *Quanquam etiam illud ſufficiat celandi animum non habere.* Itaq; ſufficiet nō habere animum celandi dñm, licet eo ignorante quis aquam duxerit, & ſeruitute vſus fuerit.

Nō eſt hæc vſucapio ſiue pſcriptio propriè, nec ex tēpore acquiſitio ſeruitutis, ſed hoc operatur diuturni tēporis vſus, vt rectè īpoſita ſeruitus videat, vt credatur verè ſeruitus fuiſſe cōſtituta. Patientia enim domini certum præbet argumentum impoſitę aliquādo ſeruitutis. Itaque ſeruitus longo vſu cōpetit, non iure præſcriptionis, ſed tāquā cōſtituta ſit & impoſita. Ideo Vlpianus in

d. l.

d.l.Si quis diuturno, ait ei qui longo tempore nactus ſit ius aquæ ducendæ, non eſſe neceſſe docere de iure quo conſtituta ſit, & in l.1.§.vlt.ff.de aqua plu.arcen.tex.ait: *Habuiſſe longa conſuetudine velut iure impoſitam ſeruitutem videatur.*

Malè Duarenus loco proximè citato, & lib.1.anniuerſar.diſputat.cap.34.titulum requirit, quia titulus requiritur in vſucapione: iſta non eſt vſucapio, ideo ſufficit vſus longi temporis, nulla fit mentio tituli in dictis legibus, imò vſus temporis longi vim habet tituli, vt ibi dicitur. Et rectè monet Conanus ad hoc propoſitum loco annotato, nu.16.

Longiſſimo autem tempore 30. vel 40. annorum, & ſeruitutes præſcribũtur.l.Sicut.l.Omnes.C.de Præſcrip. longiſſ.tempor.30.vel 40.annor.

Vnus reſtat ſcrupulus ex l.vlt.C.de Præſcript. longi tempor. Videtur enim intentari poſſe, ſeruitutes præſcribi poſſe longo tempore, propter illa verba: *Eodem obſeruando & ſi res non ſoli ſint, ſed incorporales, quæ in iure conſiſtunt, veluti vſusfructus, & cætera ſeruitutes.* Sed nihil moueor, quia id non agit ibi Iuſtinianus, vt ſeruitutes præſcribi poſſe decernat contra veterum Iuriſconſultorum authoritatem, quorum reſponſa, non niſi ſemper præfatione corrigere ſolitus eſt, & magno cum apparatu. Sed hoc decernit quæ ſit cauſa inter abſentes, & inter præſentes. Et dum in fine dixit, *eodem obſeruando, & ſi res non ſoli ſint*, alludere voluit ad præſcriptionem rerum incorporalium & ſeruitutum, quæ longo tempore amittuntur non vtendo, ſcilicet decem annis inter præſentes, & viginti inter abſentes.l.Sicut.C.de ſeruitutibus. Quare & in illis locum habebit ea cõſtitutio, quæ declarat quando inter præſentes, vel inter abſentes cauſa agi videatur, ſicut & Accurſius rectè explicauit in d.l. vltima.

CAPVT XXIII.

De præſcriptione meri & mixti Imperij.

INueſtiganti mihi veterum ſententias, circa præſcriptionẽ meri & mixti imperij, quinque præcipuè videntur. Vna præſcribi non poſſe. Altera poſſe. Tertia poſſe quidẽ, ſed tempore hominum memoriam excedẽte. Quarta, ordinario tempore 10. annorum inter præſentes, & 20. inter abſentes, cum aliqua tamen diſtinctione. Poſtrema, quadraginta annorum ſpatio præſcribi poſſe, ſi poſſeſſor titulum habuerit, ſi verò non habuerit tantũ tempus requiri, quod memoriam hominum excedat. Vide Doctores, præſertim Iaſonem ad l.Imperium, nu. 20. ff.de iuriſ.om.iud. Balbum de præſcriptionib. 2.parte, 5. partis principalis, quæſt.3. Couarru.ad c.Poſſeſſor malæ fidei, de reg.iur.lib.6. 2.parte, §.3.

Ipſe opinor cõſideratis iuribus, quibus nunc vtimur, præſcribi poſſe ſpatio quadraginta annorum cum bona fide. Moueor ex l.Omnes. C.de præſcriptionib.longiſſ. tempo.30.vel 40.annor.vbi Imperator: *Nullum ius publicum, vel priuatum in quacunque cauſa, vel perſona, quod quadraginta annorum extinctum eſt iugi ſilentio*, moueri prohibet. Publicæ res vſucapionem non recipiunt longi temporis.l.Vſucapionem.9.ff.de vſucap. Ergo nec iuriſdictio merumq; ac mixtum imperium, quia publici & non priuati iuris ſunt.

Dixi cum bona fide, quia alioqui præſcriptioni derogatum eſt, & meritò, a Pontifice maximo in cap.vlt.de præſcriptionib. & alibi.

Non de rebus feudalibus hic diſputo, ſed de mero & mixto imperio, per ſe conſideratis, id eſt, ſeparatis à feudo: Non hoc volo, vt præſcribi poſſint aduerſus Imperatorem, ea quæ ipſe vetat diſertè in l.Cõperit.C.de Præſcript.longiſs.temp. Non hic etiam loquor de reſeruatis Principi, puta iure vectigalium imponendorum, nec de A his quæ pedagia, guidagia, ſalinaria ſummo Pontifici dicuntur, & meritò prohibita eſſe dicit, *quæ non apparent Imperatores, vel Regum, vel Lateranenſis Concilij largitione conceſſa, vel ex antiqua conſuetudine à tempore, cuius non extat memoria, introducta*, in cap.Super quibuſdam. §.Præterea, de verb.ſign. Non ſunt hæc miſcenda, confundendaque cum mero & mixto imperio.

Ergo extricatus cùm ſim ijs obiectionibus, cæteras ſic diluo. Primum, hoc adſertur, priuatos homines, ſi pro poteſtate, vel magiſtratu ſe geſſerint, lege Iulia Maieſtatis teneri.l.3.in fi.ff.ad legem Iul.Maieſtatis.

Reſpondeo, me bonam fidem exigere in poſſeſſione, non prauam hominum priuatorũ vſurpationem, ac impoſturam, quæ per legem Iuliam meritò coercetur.

Secundum argumentum. Merum imperium transferri in alium non poteſt.l.1.ff.de off.eius cui manda.eſt iuriſd. Ergo neque vſucapi.l.2. C.de vſucap.pro empto.

Nihil moueor, quia merũ imperium transferri poteſt B à Principe, non ab eis quibus ſpecialiter mandatum eſt, nec mãdata iuriſdictione transfertur. Nihil ꝑterea ad rẽ facit l.2.hoc.n.vult, quę teſtator ſeruari mandauit, vẽdi non poſſe, & ſi vẽdantur, nõ vſucapi. Rectè, quia titulus iuſtus requiritur in lõgi temporis vſucapione. Nullus autem eſt titulus, quia teſtator ſeruari voluit non vendi.

Brocardicum denique eſt hoc, quæ in alium transferri nequeunt, non poſſunt vſucapi. Contrarium alij multi docuerunt apud Gabrielum lib.5.comm.cõncl.tit.Præſcr.concl.13. Alij quos ibi refert præſcribi poſſe dixerũt 30.annis, non autem longo tempore 10.annorum.

Maius faceſſere videtur negotium, quod reſpondit S.Pontifex in c.1.de Pręſcript.lib.6. vbi *poſſeſſori ius commune contrarium eſt, vel habetur præſumptio contra ipſum, bona fides non ſufficit ſed eſt neceſſarius titulus, qui poſſeſſori cauſam tribuat præſcribendi: Niſi tanti temporis allegetur præſcriptio, cuius contrarij memoria non exiſtat.*

Sic in propoſito videtur, nam ei qui merũ & mixtum C Imperium pręſcribit, ius commune aduerſatur, quum omnis poteſtas penes principem eſt. l.1. ff.de conſtit. princ. Præſumptio igitur pugnat contra eum; quaſi videatur iniuſtè poſſidere, iuraq; Principis ſibi vſurpare.

Reſpondeo, illud reſponſum Pontificis Maximi ad pręſcriptionem decimarum, & rerum Eccleſiaſticarum pertinere, quod nemo negabit: quia de his loquitur, non igitur ad alias res longè diuerſas, ac profanas porrigendum eſt, contra expreſſam iuris ciuilis conſtitutionem, quæ ſpatio quadraginta annorum omnem præſcriptionem, tam priuatarum, q̃ publicarum rerum (inter quas rectè numerabis merum & mixtum imperium) includit in d.l.Omnes.C.de Præſcrip.30.vel 40.annor. Turpè eſt, res Eccleſiaſticas quem poſſidere ſine titulo, cùm ius cõmune repugnat, eiq; aduerſatur præſumptio: puta cùm decimas exigit in diœceſi aliena, præbet ſcãdalum, murmurationem generat, aut certè prauam quandam opinionẽ. At in rebus profanis ſi bona fides adſit (nam ſine ea ruit omnis præſcriptio) ceſſant hæc incommoda, & D publicè intereſt poſſeſſorem tanti temporis authoritate munitum, omni prorſus lite inquietationeq; liberari.

CAPVT XXIV.

De iuris patronatus Eccleſiaſtici præſcriptione, an laicis ſit conceſſa.

EGregia diſputatio eſt, de præſcriptione iuris patronatus Eccleſiaſtici, quæ nec prætermittẽda erat, & digniſſima viſa eſt, quæ ſingulari ſtudio ac diligẽtia inter alias proponeretur, tractareturque.

Exiſtimo laicos præſcriptione tẽporis acquirere non poſſe ius patronatus, niſi iuſtus adſit titulus, bona fides, & ſpatiũ annorũ quadraginta, vel tantum tempus quod memoriam hominũ excedat, arg. c.1.de Præſcrip.lib.6.

Licet.n.olim fuerit,& nunc etiam ſit controuerſia inter Doct.hac de re,& in eam diſtinctionem multi cõſenſerint,vt ſi Eccleſia libera ſit & non patronata, præſcriptio locum non habeat,ſi verò patronata ſit, locum habeat,vt diligenter explicat Couarr.ad reg.Poſſeſſor malæ fidei,de reg.iur.lib.6.a.par.Relect.§.10. Magis tamẽ probo Archidiaconi ſentẽtiam in c.Hortamur.71.diſt. ſimpliciter negantis, laicos præſcriptione temporis ius patronatus acquirere poſſe, quam ſecutus eſt Abb.Pan. in c.Querelam,de Elect.& in diſput.Incip.Augerius, & in conſ.106.lib.2.Felin.in c.Cauſam,7.nu.7.de Præſcri. Niſi præſcriptio ſit temporis hominum memoriam excedentis,vt dictum eſt,quia illa vim habet tituli,arg.d. c.1.de Præſcri.lib.6.c.Super quibuſdam. §.Præterea,de verb.ſig.l.Hoc iure, §.Ductus aquæ,ff.de aqua quot. & æſti.vti docent Couarr.loco annotato,nu.2.verſ.Poſſet tamen is.Rota Romana in nouiſſimis deciſionib.par.3. deciſ.243.Maſchardus de Probation.vol.2.conclu.958. nu.3.& Concilium Tridentinum ſeſ.25.de Reformatione,cap.9.

Non ignoro plurimos ex recentioribus,nonnullos & ex veteribus cõtrarium reſpondiſſe,nimirum ordinaria temporis 40.annorum præſcriptione,vt cætera iura Eccleſiaſtica acquiruntur,ita acquiri etiam ius patronatus Eccleſiaſticum,vt videre licet ex Fede.Senenſ.cõſ.234. ex Couarr.loco annotato.Rolando à Vallè conſ.47.nu. 41.lib.1.Menoch.conſ.241.nu.6.lib.3. Sed hoc ipſe vrgeo,hoc contendo, ſuperiorem ſentẽtiã,quam probaui probabiliorem eſſe,& iuri canonico magis cõſentaneã, quod non difficulter me perſuadere poſſe confido,ſi cõfirmata hac ſententia,quæ negat præſcriptionem ordinariam locum habere; argumenta contrariæ ſententiæ confutauero.

Laicus iura ſpiritualia poſſidere non poteſt,niſi quatenus iuſtas ob cauſas eidem ſpecialiter iure canonico permiſſum eſt. c.Sacroſancta,c.Meſſana,de elect.c.1.c.Laicis.c.Per laicos,16.q.7.& ferè per totam.

Sed ius patronatus,quo de agitur,ſpirituale eſt,vel iuri ſpirituali annexum,c.3.de iud.c.De iure verò,de iur. patronatus.

Ergo laicus illud extra caſus iure permiſſos poſſidere non põt.Igitur nec preſcriptione temporis acquirere,c. Cauſam,de præſcr.c.Sine poſſeſſione,de reg.iur.lib.6.

Cùm itaq; duas ob cauſas laicis conceſſum ſit ius patronatus habere,nimirum fundationis Eccleſiæ,vel dotationis,vt ad hęc pia opera exercenda facilius inducantur,c.3.c.Conſultationis,de iure patr.c.Piæ mentis,16. q.7.conſequens eſt,ceſſantibus iſtis, laicis interdici eiuſmodi iuris Eccleſiaſtici poſſeſſionem.

Reſpondent aliqui,hoc argumentũ non obſtare, quoniam ex hoc apparet, laicos abſolutè incapaces nõ eſſe iuris patronatus,quod ad præſcribendi poteſtatem ſufficere videtur.

Nego conſequentiam, ſufficit.n. vt præſcribere non poſſint,eos non eſſe capaces iuris patronatus,niſi ob certas cauſas,ob quas diſpenſatum cum illis eſt.Nam ſic dicimus,laicos incapaces eſſe decimarum,& ideò eas pręſcriptione temporis acquirere nõ poſſe,c.Cauſam quę, de præſcrip.licet ante Concil.Lateranenſe, ex quadam diſpenſatione,certas ob cauſas eas poſſiderent,c.2.§.ſanè,de decim.lib.6.

Alij ſic reſpõdent,licet habita ratione antiquorum canonum fundatori Eccleſiæ ius patronatus non acquireretur,c.Decretum,c.Nouerint,10.q.1.& ideircò ex gratia conceſſum poſtea videatur,tamen habita ratione nouiſſimi iuris,quo laicis fundatoribus ius patronatus acquiritur, non videri ex gratia, ſed iure communi conceſſum,c.3.de iure patr.

Hæc omnia vera eſſe concedo,ſed non inde efficitur, laicos obtinere ius patronatus poſſe, extra cauſas illas, fundationis & donationis.

Tertio loco reſpondet Dec.in conſ.134.nu.4.Ius pa-

A tronatus etiam ad hæredes transferri,c.4. de iure patr. Item cum vniuerſitate tranſire,c.ex literis,eo.tit. Et exiſtenti in poſſeſſione ius præſentandi competere, c.Conſultationibus,eo.tit.Et conſequenter à laicis obtineri,ac poſſideri poſſe,etiam extra dictas cauſas fundationis ac dotationis.

Replicatur,hæc omnia venire in cõſequentiam eius, quod laicis conceſſum eſt. Nam cùm laicis conceſſum ſit ius patronatus, ex dictis cauſis, fundationis,& dotationis eccleſię,conſequens eſt, vt illud ius ad ſuos tranſmittat hæredes, & vt cum vniuerſitate bonorum tranſmittant in emptorem. Noſtra autem diſputatio non in ijs terminis accipienda eſt, ſed an quis per ſe abſque iuſto titulo poſſidere poſſit,& longiſſimo 40.annorum ſpatio illud acquirere.

Fateor ius præſentandi competere exiſtenti in poſſeſſione iuris patro.; ſed nego, quempiam poſſidere poſſe ius patronatus,niſi Eccleſiæ fundatione, vel dotatione illud acquiſierit,vel fundatoribus aut dotantibus hæres B extiterit,vel iuſto titulo illud acquiſierit, puta ſi ius patronatus cum vniuerſitate bonorum fuerit alienatum.

Sed iam contrariæ ſententiæ argumenta diſſoluenda ſunt.Primum eſt ex c.Querelam,de elect.quem tex.omnes vrgent illis verbis: *Cum nobis conſtiterit quòd populus in quaſi poſſeſſione præſentandi clericum exiſtebat, quando ipſum presbyterum ad illam elegit, &c.*

Reſpondeo,S.Pontificem eo in caſu loqui,quo ex cõſuetudine loci clerici præſentatio ad populum ſpectabat. Id patet ex verbis præcedentibus,ibi: *Sed ipſe per electionem populi, ad quem de antiqua conſuetudine pertinet electio, &c.* Aliud autem eſt conſuetudo,aliud præſcriptio, illa vim habet legis c.Cõſuetudo,1.diſt.l.De quib.ff.de legib.Potuit autem ſic accidere, vt populus cõſtruxiſſet in eo loco Eccleſiam, vel dotaſſet, aut aliam iuſtam ob cauſam ius præſentandi obtinuiſſet.

Secundum argumentum eſt ex c.Generali, de Elect. C lib.6.ibi: *Qui autem ab ipſarum Eccleſiarum,cæterorumq́ locorum fundatione, vel ex antiqua conſuetudine iura ſibi vendicant, &c.*

Reſpondeo eodem modo quo ad primum argumentum. Neque enim tex. dicit,laicos poſſidere poſſe iura Eccleſiaſtica,ſed de illis laicis loquitur,quibus vel ex antiqua conſuetudine,vel ab ipſa Eccleſiarum fundatione tale ius cõpetit,quæ ideo non obſtant, quia antiqua conſuetudo vim legis habet,vt dixi,& qui ſtatim poſt Eccleſiæ fundationem regalia,titulumq; aduocationis & defenſionis in monaſterijs habuerunt,iuſtas ob cauſas habuiſſe iudicandi ſunt,ideo monentur ibi à S.Pontifice, ne illis iuribus abutantur.

Tertium argumentum eſt ex cap.Cura,de iure patronatus,ibi: *Niſi legitima fuerit præſcriptione munitus, &c.* Reſpondeo,non inde colligi, laicum præſcribere Eccleſiam poſſe, vel ius patronatus, ſed clericos ex laicorum D donatione Eccleſias vendicare non poſſe, niſi legitima fuerint præſcriptione muniti. Verba textus hæc ſunt: *Mandamus quatenus ex donatione laicorum, niſi authoritate diœceſani Epiſcopi, & conſenſus adſit, nullus veſtrum aliquas ſibi Eccleſias vendicare præſumat, vel retinere taliter acquiſitas,niſi legitima fuerit præſcriptione munitus.*

Dices,ſi laicus præſcribere non poteſt Eccleſiam, ergo neque clericus, qui ab eo cauſam habet,præſcribere poterit. Reſpondeo,ideo clericum præſcribere poſſe,quia poſſidere poteſt,& bonam fidem habere poteſt, credendo laicum ex aliqua iuſta cauſa donare potuiſſe, laicus verò extra iuſtas dictas cauſas, quibus Eccleſiaſtica iura obtinere permittitur,nec poſſidere,nec præſcribere poteſt.

Quartum argumentum eſt Feder.Senenſis, in d.conſ. 234.*ius eligendi quoad clericos in Eccleſia collegiata* (ſunt verba ipſius) *& ius præſentandi, quoad patronum ſunt paria,vt ſicut vnus habet eligere, ita alter præſentare, cap.1. de Elect.16.q.vlt.c.Congregatio, & c.Nobis,de iure patronatus.*

natus. Sed ius eligendi poteſt præſcribi per clericum, qui non eſt, de collegio illius Eccleſiæ, de cuius electione agitur etiam ſine titulo, c. Cum Eccleſia de cauſa poſſeſ. & propr et. Ergo eodem modo ius præſentandi poterit præſcribi per laicum etiam ſine titulo, dummodo adſit bona fides.

Reſpondeo, maiorem propoſitionẽ, quæ in argumento adfertur, nec probari ijs quæ adferũtur teſtimonijs, nec iuri conſonam videri. Certè in c. 1. de elect. in d. cap. Congregatio. in d. c. Nobis. nulla fit mẽtio comparationis illius clerici & laici, de qua in argumento.

Non videtur autem iuri cõſona illa comparatio, quia clericus capax eſt iurium Eccleſiaſticorũ et ſpiritualiũ, laicus verò nequaquam abſolutè capax eſt, ſed in certis quibuſdam caſibus duntaxat ex gratia ac diſpenſatione Eccleſiæ, quæ id ſuſtinet iuſtas ob cauſas. Et ideo non ſi clericus ius eligẽdi in aliena Eccleſia pręſcribere poteſt, idcirco laicus ius præſentandi præſcribere poterit.

Quintum argumentum eiuſdem Federici Senenſis eſt loco annotato. Ius conferendi Eccleſias vel præbendas præſcribere quis poteſt, vt notatur in c. Cùm Eccleſia Volaterana, de Elect. & in c. vlt. de ſupplen. negl. prælator. Ergo & ius præſentandi. Nam plus eſt conferre, quàm præſentare, vel eligere.

Reſpondeo, præſcribi hęc quidem poſſe, ſed nõ à laicis. Nec contrarium probant teſtimonia in argumento allata, quia nullum hac de re verbum continent.

Poſtremum argumentum eſt, quia 40. annorum præſcriptio regulariter ſufficit, exceptis ijs, quæ Gloſſ. commemorat in c. Cùm non liceat. de Præſcript. Sed ius patronatus exceptum nõ reperitur, Ergo præſcribi poteſt.

Reſpondeo, ſatis exceptum videri ius patronatus in quæſtione noſtra, cùm ſit ſpirituale ius, ſiue annexum iuri ſpirituali, ac proinde à Laicis poſſideri non poſſit, niſi ex cauſis iam dictis. Si enim poſſideri non poteſt, ergo nec præſcribi, vt alibi S. Pontifex argumentatur in cap. Cauſam, quæſt. 7. de præſcript.

CAPVT XXV.

De præſcriptione Ciuitatis, hoc eſt, an Ciuitas præſcribere poſſit rem alienam, quando Ciues ab initiò ſunt in mala fide, ſi illis mortuis alij Ciues bonam fidem habeant?

DOnec viuunt Ciues, qui malam fidẽ habẽt, Ciuitas vſucapere nõ poteſt, cæterũ eis defunctis, ſi alij ſucceſſores ſint in bona fide, vſucapere poteſt, ita docet Bald. de præſcriptionib. in 2. pat. 3. partis principalis, q. 17. ex notatis per Innocentiũ in c. Cura. de iure patronat. per Bart. in l. Poteſt. in fine. ff. de vſucapio. per Socinum ſeniorem in conſ. 187. col. vlt. verſ. Præterea, lib. 2. Alios citat Gabrielius lib. 6. comm. cõcluſ. tit. Quod cuiuſque vniuerſitatis nomine, concl. 1. nu. 14.

Sed iſtis ego non aſſentior, quia licet mortui ſint priores illi Ciues, qui malam fidem habuerunt, & alij in locum eorum ſucceſſerint bonæ fidei poſſeſſores, eadem tamẽ Ciuitas eſſe dicitur. l. Proponebatur. ff. de iudicijs, & conſequenter dicitur, ſemper eſſe in mala fide, ita rectè reſponderunt Corueus in conſ. 22. nu. 12. lib. 1. Hippolytus Riminaldus in conſ. 6. nu. 102. lib. 1. Citaturque ab omnibus eiuſdem ſententiæ Bald. ad l. Imperium. ff. de iuriſd. om. iud. ſed fortaſſe hoc dixit, in antiqua Lectura, ſicut eum citauit Socinus ſenior, quæ nõ habetur, nã in exemplaribus, quæ extant, non inueni.

Non obſtat Bart. authoritas, quæ in contrarium adfertur in d. l. Poteſt. Nam Bart. nititur authoritate Innocentij in d. c. Cura, de iure patronat. vbi Innocentius id non affirmat, imò diſputando in contrariam potiùs ſententiam inclinat, quod & Corueus animaduertit loco proximè citato.

Hæc admonenda putaui, ne quis re non diligenter cõſiderata, Baldi authoritate deciperetur.

CAPVT XXVI.

An bona fides in pſcriptione immemoriali neceſſaria ſit?

NOn eſſe neceſſariã bonã fidem in præſcriptione temporis immemorialis, quia vim habet tituli, priuilegij iuris cõſtituti, legis, veritatis, exiſtimarunt Salic. ad l. 2. C. de ſeruit. & aqua. Bald. conſ. 352. nu. 3. lib. 1. Decius ad l. Traditionib. nu. 12. C. de pactis, & in conſ. 496. nu. 5. conſ. 638. nu. 4. Boerius deciſ. 39. nu. 7. Iaſ. cõſ. 269. lib. 2. alios citat Gabrielius tit. de Præſumptionibus, concl. 1. num. 57.

Sed horum ſententia explodenda eſt, ſiue ratione, ſiue iure, ſiue authoritate certandum ſit. Nam ratio eſt in promptu. Omne quod non eſt ex fide, peccatum eſt, vt ait Apoſtolus: Tantoque ſunt grauiora peccata, quantò diutius infelicem animam detinent alligatam, vt dicebat Gregorius Pontifex in c. vlt. de conſuetud. Ergo qui eſt in mala fide, rem alienam detinens, peccat, nec poteſtat abſq; peccato legis beneficium obtinere, pręſcriptionem inducentis. Omni enim cõſtitutioni derogandum eſt, quæ abſque peccato ſeruari non poteſt, vt inquit S. Pontifex in c. vlt. de Pręſcript.

Ius eſt etiam perſpicuum hac in re. Nam nullam præſcriptionem abſque bona fide valere declarat S. Põtifex in c. Vigilanti, & in cap. vlt. de præſcript. ſi nulla præſcriptio valet. Igitur nec immemorialis.

Nec deſunt authoritates Doctorum, quæ contrarijs opponantur authoritatibus. Nam ſententiam hanc, quã dicimus, non valere præſcriptionem etiam immemorialem abſque bona fide, amplectuntur Gloſ. in c. 1. in verſ. Niſi. de pręſcript. lib. 6. & ibid. Philippus Francus. Angelus Aretinus in §. Furtiuæ, inſtit. de vſucap. Cranet. in cõſil. 146. Baldus de Præſcript. 2. par. 3. partis princip. q. 6. Afflictus deciſ. 368. nu. 10. Abbas Panormitanus in d. c. vlt. de præſcript. Couar. alios citans ad reg. Poſſeſſor malę fidei. de reg. iur. lib. 6. 2. parte. §. 8. num. 4. Guido Papæ conſ. 91. num. 5. Zaſius conſ. 16. num. 51. lib. 2. alios citat Antonius Gabrielius d. conſ. 1. de Præſcriptionibus, nu. 57. verſ. Contrarium. & num. 59.

CAPVT XXVII.

An mala fides defuncti noceat hæredi, quò minus, licet in bona fide ſit, præſcribat? & quid ſi hæres inuentarium confecerit?

VItia poſſeſſionũ à maiorib. contracta perdurãt, & ſucceſſorẽ authoris ſui culpa comitatur inquit textus in l. Vitia. C. de acquir. poſſeſſ. Hęres perſonã defuncti refert omnibus in rebus, adeò vt q̃ fidem defunctus habuit, eandem hæres habere videatur. Nec mirum, cũ vna & eadẽ perſona videantur hæres & defunctus, vt dicit Imperator in Nouella. de iureiurando, à moriente præſtito. Quare nõ diſcedo ab ea ſniã, q̃ amplexus ſum in prima parte cõtrouerſiarũ, li. 1. c. 66. Hæredi in bona fide exiſtẽti nocere malã fidẽ defuncti, atque impedimẽto eſſe, ne præſcribere poſſit, licet non velit acceſſione tpis vti ex defuncti perſona, ſed à ſe ipſo præſcriptionẽ inchoare, mala fides. n. defuncti tranſit in ipſum. Nulla aũt pręſcriptio valet ſine bona fide. c. vlt. c. Vigilanti. de Præſcript. Ergo hæres præſcribere nõ poteſt, quod defunctus non potuit. l. Cùm hæres. ff. de diuerſ. & temp. præſcript.

Nec me diuellũt ab hac ſniã, quæ adfert Vaſquius lib. 2. controuerſiarum Illuſtrium, c. 73. Summa. n. eorũ quę ipſe adfert, ad tria capita reuocari poteſt. Primũ eſt, q̃d leges dicunt, vitia poſſeſſorum tranſire in ſucceſſores & hæredes, accipiendum eſſe, quando ſucceſſores hæredes, vti volunt acceſſione temporis ex perſona defuncti. Secundum, id valere ad impediendam longi temporis præſcriptionem, nõ autem lõgiſſimi temporis 30.

vel 40. annorum, quæ tunc non erat introducta nec cognita. Tertium, hanc eſſe malam fidem, non veram, ſed fictam, quæ à defuncto tranſit in hæredem. Prouenit enim ex eo, quod hæres videtur eadem perſona cum defuncto, & ipſum referre. Ius Canonicū autem toties impedimēto præſcriptioni 30. annorum eſſe, ob malam fidem, quoties mala fides vera eſt, certa, indubitata, non etiam cùm ficta eſt.

Reſpondeo ad primum, ei qui dicit, probationem incumbere. Probationē peto iſtius expoſitionis, vel ex lege, vel ex ratione aliqua. Nullā profert legē. Rationem profert admodum infirmam: *Verum cum hæres, inquit, vult à ſe inchoare præſcriptionem, non ſibi impedimento eſt. Nam inutilis poſſeſſio defuncti, non poteſt hæredi magis nocere, quàm ſi nulla omnino foret, arg. l. Vnica, in princ. C. de rei vxor. act.* Ratio hæc infirma eſt, & nullius planè momenti, Nam cui dubium, quin hæres præſcribere poſſet, ex ſe bonam fidem habens, ſi non obſtaret ei mala fides defuncti? Nego igitur conſequentiam illam. Si nulla eſſet defuncti poſſeſſio, non id hæredi obſtaret, quò minus præſcriberet. Ergo neque obſtare poteſt vitioſa defuncti poſſeſſio. Vbi enim nulla eſt poſſeſſio defuncti, non poteſt in hæredem vlla culpa vitiumve vllum poſſeſſionis tranſire, quia non entis nullæ ſunt qualitates: ſed vbi aliqua eſt poſſeſſio defuncti, eaque vitioſa, trāſire poteſt in hæredem vitium eius. Hæc ratio non eſt in ſpecie l. Vnica. C. de rei vxo. act. ideo inutilis ſtipulatio interpoſita non nocet vxori, nec impedit tacitam à lege inductā ſtipulationem. Nullum vitium ex inutili ſtipulatione expreſſa transfundi poteſt in tacitam illam, ideo nō eſt impedimento tacitæ ſtipulationi.

Ad ſecundum reſpondeo, ſi ius ciuile duntaxat ſpectemus, quo præſcriptio 30. annorum valet, etiam cū mala fide argumētum militate: nam etſi vitia defuncti in hæredem tranſeant, nihil tamen ea res obſtare poteſt longiſſimi temporis præſcriptioni, cū & hæres ipſe præſcribere poſſit, etiam cū mala fide, quā ex perſona propria contraxerit, multò magis ergo ſi ex perſona defuncti ſit in mala fide. Verùm ſi ius Canonicum ſpectemus, quod ſpectandū eſſe in hac materia peccati, etiam in foro Cæſaris inter omnes conuenit, quamuis de præſcriptione longiſſimi tēporis agatur ex c. vlt. de præſcrip. alia ratio ineunda erit. Nam cùm bona fides neceſſaria ſit, & nulla procedere poſſit abſq; bona fide pſcriptio, vt in d. c. vlt. Hæres autem ſit in mala fide propter defuncti vitium, quod tranſit in ipſum, nō intelligo, quomodo præſcribere poſſit. Res enim redit ad antiquum ſtatum, ſcilicet longi temporis præſcriptionis, quæ bonam fidem requirebat, ſiquidem iam illa requiritur in omni præſcriptione longiſſimi temporis. Ergo ſicut olim defuncti culpa vitiū, præſcriptioni hæredis impedimēto fuerat in longi temporis præſcriptione, ita nunc impedimento eſſe oportet in longiſſimi temporis præſcriptione.

Ad tertium argumentum reſpōdeo, negando præſcriptionem valere cum mala fide ficta ſecundùm ius Canonicum. Nam ius Canonicum diſertè requirit bonam fidem: *Synodali iudicio definimus vt nulla valeat abſq; bona fide præſcriptio*, inquit Innocentius in d. c. vlt. de præſcript. Nemo autem dixerit malam hanc fidem fictā, bonam fidem eſſe, non magis quàm bonum eſſe id, quod malum eſt.

Nec obſtant Doctores allegati à Vaſquio ad hoc probādum, nimirum ex iure Canonico fictam malā fidem, non nocere præſcriptioni, ſed veram tantùm. Nam Doctores non ita loquuntur, ſed hoc dicūt, ſi defunctus fuerit in mala fide ficta, ſeu præſumpta, non autem vera, id hæredi nō nocere, quia cùm ex fictione legis hoc inductum ſit, vt mala fides defuncti noceat hæredi, quia videtur eſſe eadem perſona cū defuncto, id accipiendum eſt de vera mala fide defuncti, nō de ficta & præſumpta, ne duę fictiones in præiudicium hæredis, quoad vnā & eandem rem contra æquitatem concurrant. Non mihi

A credatur, ſed ijs Doctoribus, quos ipſe citat, inter quos Couar. eſt loco omnium in c. Poſſeſſor malæ fidei, in 2. parte, §. 9. nu. 6. de reg. iur. lib. 6.

CAPVT XXVIII.

Error iuris an proſit ad præſcriptionem longiſſimi temporis.

Certum eſt, errorē iuris non prodeſſe ad vſucapionem & præſcriptionem lōgi temporis ex l. 4. ff. de iuris & facti igno. ex l. Nunquā. 31. ff. de vſucap. ex l. 1. §. Si à pupillo, ff. pro emptore. Cęterum, an ſaltem proficiat ad longiſſimi temporis pręſcriptionem, controuerſia eſt. Nam tres ſunt Doctorum ſententiæ. Vna prodeſſe, ita docet Paulus Caſtrenſis in l. Celſus, non procul ab initio. ff. de vſucap. & alij multi à Couarruuia citati in B reg. Poſſeſſor malæ fidei, par. 2. §. 7. num. 5. verſ. Secunda concluſio, de reg. iur. lib. 6.

Fundamentum eſt primò in cap. Peruenit, de empt. & vend. vbi nihil de errore iuris dicitur. Secundò, quia in præſcriptione longiſſimi temporis titulus non requiritur, ſed bona fides ſufficit ex iure Canonico neceſſaria. Error autem iuris bonam fidem non impedit. l. Sed & ſi lege. §. Scire. ff. de petit. hæred. quem textum ideo non rectè allatum exiſtimo. quia non dicit errantem in iure bonam fidem habere, ſed prędonem nō eſſe. Ius autem Canonicum requirit bonam fidem poſitiuè, vt loquuntur noſtri. c. Si dil genti. c. vlt. de præſcriptio. Ergo non ſufficit malam fidem abeſſe.

Secunda eſt ſententia, diſtinguendum eſſe inter errorem iuris reſiſtentis, & errorem iuris non aſſiſtentis, neque reſiſtentis. Priore caſu præſcriptioni longiſſimi temporis non prodeſſe, poſteriori autē prodeſſe, ita Couar. C qui alios citat loco proximè citato, nu. 5. verſ. Hæc autē ſecunda concluſio. Ratio eſt, nam ſi ius reſiſtat poſſeſſori, dicitur eſſe in mala fide, quia contra iura mercatur. l. Quemadmodū. C. de agricolis & cenſitis. Mala fides vero pręſcriptioni eſt impedimento, qua de agitur ex iure Canonico, vt dictum eſt. Si verò non reſiſtat, tūc poſſeſſor non eſt in mala fide, conſequēter pręſcribere poteſt.

Sed negari poteſt conſequentia iſta, Licet enim poſſeſſor non ſit in mala fide, non tamen dicitur eſſe in bona fide. Ius autem Canonicum, vt dixi, requirit bonam fidem, ideo non ſufficit malam fidem non eſſe.

Tertia eſt ſentētia, non prodeſſe ſimpliciter errorem iuris ad huiuſmodi pręſcriptionem, ita multi docuerūt, quos refert & ſequitur Felinus in c. De quarta, nu. 34. & ſeq. de præſcript.

Fundamentum eſt primò in l. 7. ff. de iuris & fact. ign. vbi Papinianus reſpondit: *Iuris ignorantiam non prodeſſe acquirere volentibus.* Et rurſus in l. S. Errorem iuris in compendijs non prodeſſe.

D Secundò, quia iuris error non prodeſt in vſucapionibus. l. 4. ff. eod. tit. cum alijs initio huius capitis adductis. Et licet de longi temporis pręſcriptione dictæ leges loquantur, tamen eadem ratio eſt in præſcriptione longiſſimi temporis, ne iuris error proſit ad acquirendum, contra iuris regulas, & quia bonam fidem non inducit, licet interdum à mala fide excuſet.

Huic ſententiæ magis eſt vt acquieſcā. Licet. n. maior ſit numerus eorum, qui fauent ſententiæ ſecūdo loco ſupra relatæ: Rationibus tamen certādum eſt, nō fautoribus.

CAPVT XXIX.

Error iuris, an proſit ad fructuum acquiſitionem?

Inſeram hoc loco aliam controuerſiam de errore iuris, an videlicet proſit ad acquiſitionem fructuum, deinde ad præſcriptionem reuertar. Tres ſunt Doctorum ſententiæ. Prima errorem hūc prodeſſe ad acquiſitionē fructuum

ita

ita docent Ancharanus, Cardinalis, & Imolenſis in c. Ad noſtram, de reb. Eccleſ. non alienan. Couar. lib. 1. variar. reſol. c. 3. num. 8.

Fundamentum eſt in l. Sed & ſi lege. §. Scire. ff. de petitione hæreditatis, vbi Vlpianus: *Et non puto*, inquit, *hunc eſſe prædonem, qui dolo caret, quamuis in iure erranit*.

Altera eſt ſententia, diſtinguendum eſſe inter errorem iuris, neque reſiſtentis, neque aſſiſtentis, & errorem iuris reſiſtentis. Priore caſu locus eſt acquiſitioni fructuũ, poſteriori nequaquam. Ita Bar. in d. l. Sed etſi leg. §. Scire. Felinus in c. De quarta. nu. 3. de præſcript. Abbas Panormi. & Iaſon. Burrius in c. ad noſtram. de reb. Eccleſ. non alienan. Baldus ad l. Celſus. ff. de vſucap. 4. not.

Fundamentum eſt, quod ad primũ diſtinctionis membrum attinet in d. §. Scire, quod autem ad poſterius attinet, in l. Quemadmodum. C. de agrico. & cenſi. in l. 1. C. de fide inſtrum. & iure haſtæ fiſcalis, libro 10. in cap. Si quis presbyteror. de reb. Eccl. nõ alien. quibus probatur, eum qui contra iura mereatur, eſſe in mala fide, ac proinde condemnandum ad reſtituendos fructus; nec diſtinguitur, an iuris error interuenerit, necne.

Tertia eſt ſententia Pinelli ad l. 2. C. de reſcind. vend. part. 2. c. 4. num. 34. 35. 36. errorem iuris indiſtinctè non prodeſſe ad acquiſitionem fructuum.

Fundamentum eſt in l. 7. ff. de iuris & facti ign. vbi Papinianus reſpondit: *Iuris ignorantiam non prodeſſe acquirere volentibus*, & idem Papinianus in l. 8. eod. tit. ait: *Error iuris, nec fœminis in compendijs prodeſt*.

Hæc ſententia mihi veriſſima videtur: nec dubito quin contrariæ ſententiæ cauſam præbuerit praua interpretatio tex. in d. §. Scire. Nam non dicit ibi textus, errorem iuris prodeſſe ad acquiſitionem fructuum, ſed à mala fide excuſare poſſeſſorem, propter quam malam fidem, non ſicut prædo tenetur eo iudicio petitionis hæreditatis ad fructus, qui percipi potuerunt. Tenetur tamen ad reſtituendos fructus perceptos, in quantum factus eſt locupletior, ſicut cæteri bonæ fidei poſſeſſores. Singula ſic vera eſſe demonſtro. In l. Et non tantùm. 21. §. Præter hæc. ff. eod. titu. verba Senatuſconſulti referuntur, quod ad rem noſtram attinet huiuſmodi: *Item qui eos bona inuaſiſſent, cum ſcirent ad ſe nõ pertinere, etiamſi ante litem conteſtatam fecerint, quò minus poſſiderent, perinde condemnandos, quaſi poſſiderent. Eos autem qui iuſtas cauſas habuiſſent, quare bona ad ſe pertinere exiſtimaſſent, vſque eò duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti eſſent*.

Vlpianus ergo in l. Sed & ſi lege, quæ eſt 28. verba Senatuſconſulti interpretatur, & in §. Quod autem. ſic ait: *Quod autem ait Senatus eos, qui bona inuaſiſſent, loquitur de prædonibus, id eſt, de ijs, qui cum ſcirent ad ſe non pertinere hæreditatem, inuaſerunt bona, ſcilicet cum nullam haberent cauſam poſſidẽdi, ſed & fructus nõ quos perceperunt*, inquit, *ſed quos percipere debuerunt, eos præſtaturos*.

Poſtea pergit Vlpianus in d. §. Scire. declarans quis dicatur poſſeſſor ſcire, bona ad ſe nõ pertinere; ad hunc effectum, ſcilicet, vt tanquam prædo condemnetur ſecundùm formam Senatuſconſulti, & ita dicit: *Scire ad ſe non pertinere, vtrùm is tantummodò videtur qui factum ſcit, an & is qui in iure errauit. Putauit enim rectè factum teſtamentum, cum inutile erat, vel cum eum alius præcederet agnatus ſibi potius deferri. Et non puto hunc eſſe prædonem qui dolo caret, quamuis in iure errauit*. Hactenus Vlpianus.

Porrò talem in iure errãtem poſſeſſorem fructus præſtaturum, in quãtum factus eſt locupletior dubitari non poteſt. Nam & ipſi bonæ fidei poſſeſſores hoc iudicio petitionis hæreditatis fructus reddere cogendi ſunt, ſi facti ſint locupletiores. l. 1. C. de petitione hæred. conuenienter Senatuſconſulto, de quo in d. l. Et non tantùm. §. Eos autem. ff. eod. tit.

A

CAPVT XXX.

An titulus ad præſcriptionem neceſſarius, ex longi temporis poſſeſſione ſit præſumendus.

REdeò ad præſcriptionem longi tẽporis præſcriptionem requiri bonam fidem, iuſtũ titulum, & continuatam poſſeſſionẽ, vt habemus ex ipſis iuris elementis Iuſtiniani. in l. Inſtit. de vſucap. Titulus nõ præſumitur, imò probandus eſt. l. Nullo. C. de rei vend. l. Diutina. C. de longi tẽp. præſcript. Sed quõnam proponit Vaſquius controuerſiarum illuſtrium, lib. 2. c. 61. cum aliquot ſequentibus, an ex diutina poſſeſſione titulus ad præſcriptionẽ idoneus præſumendus ſit, ſi allegetur: & vltra quinquaginta argumenta adfert ad probandum eiuſmodi titulum præſumendum eſſe. B Eiuſdem ſnīæ authores complures laudat, & contrariæ quoque ſnīæ commemorat authores, oĩa fideliter mutuatus ex Tiraq. de pia ſcrip. §. 1. Gloſ. 4. quod falſum non accuſo. Illud improbo, q̃ vir doctiſſimi non ſat iuri conſona ſententia eſt, nec argumentis nititur ſatis ad rem hãc idoneis, & Doctorum teſtimonijs multis abutitur. Singularia ordine demonſtrabo.

Non eſt iuri conſentanea doctrina, quia ſi ex diutina poſſeſſione titulus præſumeretur, fruſtra Diocletianus diceret: *Nullo iuſto titulo præcedente poſſidentes, iuris ratio quærere dominium prohibet, idcirco enim etiam vſucapione ceſſante, initio dominij nunquam abſumitur*. l. Nullo. C. de rei vend. Nam poſſeſſor diceret ſe titulum iuſtum probare ex eo, quod poſſedit longo tpe, quia ex longa tẽporis poſſeſſione præſumitur titulus; quod eſt abſurdũ, & contra legem eiuſdem Diocletiani: *Diutina poſſeſſio tantum iure ſucceſſionis ſine vllo titulo obtenta, prodeſſe ad præſcriptionem, hac ſola ratione non poteſt*. l. Diutina. C. de præſcript. longi temp. C Deberet igitur actor oppoſita ei longi temporis præſcriptione, probare poſſeſſorem iuſtum titulum non habuiſſe, quo nihil eſt abſurdius. Nam negantis, per rerum naturam nulla eſt probatio. l. Adſeueratio. C. de non num. pecunia. Nec ei qui negat incumbit probatio, ſed qui dicit. l. 2. ff. de probation.

Præclarè Celſus ad Sabinum: *Errare eos*, ait, *qui exiſtimarent, cuius rei quiſque bona fide poſſeſſionem adeptus ſit, pro ſuo vſucapere eum poſſe, & nihil referre, emerit, necne, donatum ſit, necne, ſi modo emptum, vel donatum ſibi exiſtimauerit, quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote vſucapio valet, ſi nulla donatio, nulla dos, nullum legatum ſit*. l. Celſus. ff. de vſucap. Ab hoc nõ procul diſtare is videtur, qui aſſerit ſe iuſto titulo poſſediſſe ac poſſidere, ſi nullum oſtendat titulum. Probãdus ergo titulus iuſtus eſt, non allegandus ſolum. Malè itaque Vaſquius, eruditiſſimus licet Iuriſconſultus.

D Dixi ſecundò, Vaſquij argumenta non pertinere ad hanc quæſtionẽ, & probo. Nam huc ferè omnia redeunt, titulum præſumi ex diutina vſurarũ præſtatione. l. Cùm de in rem verſo. ff. de Vſuris. ex diuturno vſu ſeruitutis. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æſtiua. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. Item titulum beneficij Eccleſiaſtici ex poſſeſſione diuturna præſumi, emancipationemque filij ſi diu ſe pro emancipato geſſit. l. 1. C. de patria poteſt. Itẽ in aditione hæreditatis. l. Si filius. C. de pet. hæred. l. Qui alienã. ff. de acq. hæred. Itẽ legitimum matrimonium, c. Illud. de præſumpt. Titulum quoque libertinitatis. l. Circa. ff. de probat. Item conſenſum in alienatione requiſitũ à lege vel ſtatuto. Ratificationẽ quoque neceſſariam. Donationem quoq; ex l. Procula. ff. de probation. Temporiſq; diuturnitatem aliàs multũ operari. l. Qui in prouinciali. §. 1. ff. de ritu nupt. c. Licet. de coniugio ſeruor. Domicilij conſtitutionem præſumi ex longa habitatione. Tranſactionem quoque ſic probari, c. Contingit. de Tranſact. Votum continentiæ præſumi, c. Neque viduas. 27. quæſt. 1. Initiatum quem ſacris, ſic,

vnionem

vnionem etiam præſumi. Conſenſumque Epiſcopi in tali vnione. Conſenſum, vt alter ex coniugib. ingrediatur A monaſterium ac religionem. Diuiſionem quoque præſumi. Emphyteuſim ac feudum. Mutationem voluntatis. Conſecrationem Eccleſiæ. Iuramētum. Tabellionatum. Priuilegium. Mandatum. Acta iudicialia. Executionem ſententiæ ritè factam. Solennia alienationis rerum Eccleſiaſticarum. Citationem pactis in inſtrumenti exemplo ſumpto ſolennitatem. Præterea tempus eſſe veritatis patrem, & magnam vim habere. Scientiamq́; & patientiam, vim habere conſenſus. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana. l. Alienationis verbum. ff. de verb. ſig. l. Si quis diuturno. ff. ſi ſer. vend.

Deniq; obliuionem ex longo tempore induci ac præſumi, ac proinde teſtes haud facilè inueniri poſſe, qui de titulo teſtificari valeant: meritò ſolam tituli allegationem ſufficere.

Retuli ſingulatim hæc argumenta, quoniam ea retuliſſe, confutaſſe eſt. Status noſtræ quæſtionis eſt. Si pro- B bauero, me rem tuam longo tpe poſſediſſe, ſiue te ignorante, ſiue ſciente (neque enim lex diſtinguit inter ſcientiam & ignorantiam. l. vlt. C. de longi tēporis præſcrip.) an titulus, quem allegauero ex diutina poſſeſſione præſumendus ſit, titulus, inquam, iuſtus, quem acquiſiuerim ab alio non domino, quem dominum eſſe credebam bona fide, non dico, quem à te domino rei acquiſiuerim. Nam ſi à te cauſam habuero ad transferendum dominium idoneam, dominus effectus ſum. l. Exempto. ff. de act. empt. nec indigeo præſcriptione. Titulus ergo iuſtus ab alio acquiſitus non præſumitur: quia argumenta relata probant, in caſibus illis expreſſis titulum præſumi habitum & acquiſitum, ex longo tempore nō ab alio quodam tertio, vt ita dicam, ſed ab eo qui ſuluit, qui paſſus eſt, qui aliquid fecit. Ex quo ſequitur, ſi argumenta valerent, id ex eis probari poſſe; ſi te ſciente & patiente longo tempore rem tuam poſſedero, videri te cōſenſum accommodaſſe, iuſtamq́ue mihi poſſidendi cauſam tribuiſ- C ſe; quod non pertinet ad præſcriptionem, vt dixi. Nam præſcriptio nō requirit titulum & cauſam ab eo qui rei dominus eſt; ſed ab alio non domino, quem dominum eſſe credebat is qui præſcribit.

Et quidem in ſeruitutibus, quia vſus poſſeſſionis pro traditione accipitur. l. Quoties. ff. de ſeruitu. & patientia vicem obtinet traditionis. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana, obtinuit, vt qui longo tempore vſus fuerit ſeruitute, *non vi, non clam, non precariò*, habuiſſe velut iure impoſitam ſeruitutem videatur. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. l. Si quis diuturno. ff. ſi ſeruitus vend. In alijs rebus corporalibus quia vera traditio locum habere poteſt, non idem obtinuit. Nec mouet. l. Alienationis. de verb. ſignif. quia non hoc probat, eum qui patitur rem ſuam vſucapi, videri titulum tribuere vſucapienti, quia iam illum habet iuſtum, alioqui vſucapere non poſſet, ſed hoc vult, videri alienare, qui patitur rem ſuam vſucapi: ratio eſt, quia D cùm eam vendicare poſſit, & id negligat, videtur cōſentire, vt in alium trāſferatur. Idem iuris eſt in annuis vſuris, ac præſtationibus, de quibus loquitur. l. Cùm de in rem verſo. ff. de Vſuris.

Verùm & ſi ſcientia & patientia vnà cum diuturna poſſeſſione idem in rebus corporalibus efficeret, quod efficit in ſupradictis, nō tamen inde efficeretur, titulum ab alio quàm à ſciente & patiente præſumēdum eſſe. Id Paulus Caſtrenſis rectè annotauit in l. Seruitutes. ff. de ſeruitutibus, his verbis, non procul à fine. *Sed quid ſi non allego titulū ab aduerſario, ſed à quodam tertio, & ad eius probationem induco tempus longum, dico hoc non ſufficere, quia ſcientia & patientia domini, non facit reſultare præſumptionem in facto alieno, ſed in proprio.*

Porrò fateri oportet, ſolennia ex curſu temporis præſumi interceſſiſſe: & temporis diuturnitatem multum operari. Sed inde ſequi quod poſtea ad rem noſtram infertur, negari meritò poteſt quia longe ab ijs differre conſtat, quod in hanc quæſtionem venit.

Illud leuiſſimum mihi videtur, obliuionem teſtium ex longo tempore eſſe præſumendum: Id iure non probatur, experientia repugnat. Quis enim obliuiſcitur eorum quę ante decenniū vidit? & nihil ad rem facit; quia titulus probari poteſt inſtrumentis & publicis ſcripturis, non teſtibus duntaxat.

Poſtremò, dixi doctiſſimum virum abuti teſtimonijs doctorum. Id probo. Nam maior pars doctorum, quos citat, non id quærit. an ex l. Cùm de rem in verſo. ff. de vſuris. præſumatur hoc modo titulus præſcriptionis, à quodam tertio habitus, vt verbis vtar Pauli Caſtrenſis loco proximè citato, ſed an ſicut in annuis præſtationibus titulus præſumitur ex longo tempore; ita etiam in alijs rebus præſumendus ſit; titulus, inquam, ab aduerſario habitus, qui ſcit & patitur, nō à tertio aliquo. Ergo, vt maximè communis ſententia, quæ præſumi titulum hunc affirmat. Vaſquio adſtipuletur, non rectè tamen ad quæſtionem iſtam accōmodatur, in qua agitur de titulo præſumendo ab alio, quàm ab aduerſario: vt ſæpè dixi: Scio tamen nonnullos, quos Baldus cōmemorat, de præſcrip. in 1. par. 3. partis princ. q. 10. apertè docuiſſe titulum ad præſcriptionē neceſſarium ex longo tempore præſumi. Sed Bart. contrarium docuit in d. l. Cùm de in rem verſo. & multi alij quos citat Baldus loco annotato, & quibus magis eſt vt calculum meum adijciam.

CAPVT XXXI.

Vtrum is qui ignorat ſe titulum habere neceſſarium ad præſcribendum, valeat præſcribere.

NOn poſſe eum vſucapere longo tempore, qui titulum habet idoneum ad vſucapionem, ſi ignoret eum habere, authores ſunt Baldus & Salicet. in l. 1. C. per quas perſonas nobis acquiritur, quos Felinus refert in cap. Illud: non procul ab initio. verſ. Dicit etiam Baldus. de præſcrip. Alios quoſdam citat Vaſquius controuerſ. Illuſtrium, lib. 2. cap. 69. qui hoc non dicunt.

Fundamentum ponunt in l. poſſeſſio. §. 1. ff. de acquir. poſſeſ. Papinia. *Etſi poſſeſſio per procuratorē ignoranti quæritur, vſucapio verò ſcienti cōpetit, &c.* Et in l. 1. C. de acq. poſſeſ. Imp. Seuer. & Anton. *Per liberam perſonam ignoranti quoque adquiri poſſeſſionem, & poſtquam ſcientia interuenerit, vſucapionis conditionem inchoari poſſe, tam ratione vtilitatis, quam iuris prudentia receptum eſt.*

Falluntur iſti. Nam his legibus non negatur, eum vſucapere, qui titulū poſſeſſionis ignorat, ſed eum qui poſſeſſionem ſibi quæſitam ignorat; licet enim ignoranti poſſeſſio acquiratur, vſucapio ignoranti tamen non conceditur. Rationem puto hanc eſſe, quia is qui ſe poſſidere ignorat, non habet bonam fidem, hoc eſt, non credit eum dominum qui tradidit. Neſcit enim ſibi quæſitam poſſeſſionem. At ſi non ignoret ſibi acquiſitam eſſe poſſeſſionem, licet ſuæ poſſeſſionis titulum ignoret, vſucapere nihilominus poteſt, Paulus: *Si ſub conditione emptio facta ſit, pendente conditione emptor non vſucapit. Idemq́; eſt, & ſi putet conditionem extitiſſe, quæ nondum extitit. Similis eſt enim ei qui putat ſe emiſſe. Contra ſi extitit, & ignoret, poteſt, dici ſecundum Sabinum (qui potius ſubſtantiam intuetur quàm opinionem) vſucapere eum. Eſt tamen nonnulla diuerſitas, quòd ibi cùm rem putat alienam, quæ ſit venditoris, affectionem emptoris habeat: at cum nondum putat conditionem extitiſſe: quaſi nondum putat ſibi emiſſe. Quod apertius quæri poteſt, ſi cum defunctus emiſſet, heredi eius tradatur, qui neſciat defunctum emiſſe: ſed ex alia cauſa ſibi tradi, an vſucapio ceſſet? ſed mihi eum vſucapere poſſe videtur.* l. 2. §. Si ſub conditione. ff. de vſucap. pro emptore.

His poſtremis verbis clarè & diſertè Paulus reſpondit, eum vſucapere poſſe, qui titulum ſuæ poſſeſſionis ignorat.

ignorat. Nam hæres ignorabat defunctum emiſſe. Is quoque qui ſub conditione emerat, ignorabat conditionem extitiſſe: & ideo ſimilis erat illi, qui nõ putabat ſe emiſſe, & tamen illi omnes vſucapere poſſunt ex Pauli ſententia, quia ſubſtantia rei potius ſpectanda eſt, quàm opinio poſſeſſoris.

Atque ita rectè docuerunt, Bartolus, Angelus & Ioannes Immolenſis in d.l.2.§. Si ſub conditione. Vaſquius Controuerſiarum Illuſtrium lib.2.cap.69.

Baldi diſtinctione in tract. de præſcript. par. 1. tertiæ partis princip. quæſt. 9. opus non eſt; is dicebat nõ requiri, vt præſcribens initio ſuæ poſſeſſionis ſciat eius titulũ & cauſam, & ita accipiendam poſteriorem hanc ſententiam, ſed ſufficere, vt ſciẽtia tituli ſuperueniat poſt completam præſcriptionem, & ita priorem ſententiam accipiendam eſſe.

Non eſt, inquam, neceſſaria hæc diſtinctio, addo etiã nec iuri cõſonam eſſe, quia ſiue initio poſſeſſor titulum ignorauerit, ſiue poſtea, ignorantia tituli præſcriptioni non eſt impedimẽto, ex Pauli reſponſo in d. §. Si ſub conditione, & ex ratione Sabini, qui potius ſubſtantiam intuetur quàm opinionem, vt ibi dicitur. Si neceſſaria non eſt tituli ſcientia initio poſſeſſionis, quod tempus maximè ſpectandum eſſe conſtat, vt bona fides initio præſcriptionis adſit. l. Sequitur. §. De illo. ibi. *Initium vſucapionis intueri debemus.* ff. de vſucap. l. vn. C. de vſucap. transformand. ibi. *Vt in his omnibus baſilicis ab initio eam bona fide capiat, ſecundum quod exigit longi temporis præſcriptio*, multò minus neceſſaria erit poſt inchoatam præſcriptionem. Et ideo Bartolus annotauit ex d. §. Si ſub conditione, poſſeſſori nõ nocere tituli ignorationem initio ſuæ poſſeſſionis, quia non ignorabat initium ſolum ſpectandum eſſe.

CAPVT XXXII.

Bona fides ad præſcriptionem neceſſaria; an præſumatur cùm poſſeſſor titulum non habet?

Communior doctorum ſentẽtia affirmat bonam fidem in poſſeſſore præſumẽdam eſſe, licet titulum non habeat, ſi ius commune non cõtradicit, nec alius poſſeſſor antiquior appareat, vt videre licet ex Baldo ad l. Celſus. ff. de Vſucap. in 3. p. nu. 9. Vaſquio cõtrouerſ. Illuſtrium lib. 2. cap. 79. nu. 15. & cap. 81. nu. 8. Et ex Maſchardo de Probationibus, volum. 1. concl. 224. num. 3. Menoch. de Præſumpt. lib. 3. Præſumpt. 130. nu. 7.

Argumẽta ſunt iſta. Primum, quia nemo præſumitur delinquere, ſed probus eſſe quilibet præſumitur. l. Meritò. ff. pro ſocio.

Sed reſponderi poteſt, quæſtionem eſſe de poſſeſſore rei alienæ, non propriæ, qui cùm nullam poſſidendi iuſtam cauſam habeat, exiſtimare debet, id quod ſuũ nunquam eſt ad alium pertinere. *Omnes enim ſcire debent quod ſuũ nõ eſt, id ad alios modis omnibus pertinere*, inquit Iuſtinianus in l. vlt. C. Vnde vi. Nec ſolet, cũ de præiudicio alterius agitur, locũ habere præſumptio illa quæ allegatur, quemlibet præſumi bonum, vt notat Gloſ. in c. Statutũ. §. Cùm verò. de reſcript. in 6. latè Menochius de Præſumpt. lib. 5. Præſumpt. 1. nu. 19.

Secundum argumentum eſt ex l. pen. C. de Euict. Sed nihil probat, quia de emptore loquitur. Emptio enim titulum iuſtum, ex quo bona fides præſumẽda ſit, tribuit: quæſtio autem noſtra, eſt de poſſeſſore qui nullum habet titulum & iuſtam cauſam poſſidendi.

Tertium eſt (adfertur à Maſchardo) ex l. Si quis emptionis. C. de Præſcript. 30. vel 40. annor. Sed non loquitur de poſſeſſore ſine titulo, nec vllum verbum continet quod faciat ad rem noſtram.

Quartum argumentum eiuſdem Maſchardi eſt ex c. 2. de Præſcript. lib. 6. vbi S. Pontifex. diſtinctè loquitur

A de bona fide & iuſto titulo, & ait titulum requiri, & tempus annorum 40. in eo poſſeſſore, cui repugnat ius commune: alioqui ſi ius commune non repugnet, fatetur bonam fidem ſufficere cũ longiſſimi temporis poſſeſſione.

Nihil prorſus mouet, quia fateor hæc duo diuerſa eſſe, Titulum iuſtum, & bonam fidem. Item bonam fidem abſque titulo generari, & induci poſſe. Poteſt enim quis credere iuſtas ob cauſas ſe poſſidere, & animo domini; atque adeò in bona fide eſſe, licet titulum non habeat. Sed quæſtio noſtra eſt, an talis bona fides præſumenda ſit. & nego præſumendam eſſe. Sed probanda erit à poſſeſſore.

Quintum argumentum eſt ex l. 2. §. Si ſub conditione. ff. de Vſucap. pro emptore. Vbi præſcriptio locũ habet licet quis titulum ſuæ poſſeſſionis ignoret: eſt enim perinde ac ſi titulum non haberet, quantum ad bonam fidẽ attinet: Et inde ſequitur bonam fidem abſque titulo induci poſſe, quia alioqui non procederet vſucapio.

B Reſpondeo, nil aliud probari hoc argumento, niſi bonam fidem eſſe quandoque abſque titulo, quod veriſſimum eſt: ſed non inde efficitur, præſumendam eſſe bonam fidem, quia hæc duo ſimul conſiſtunt, vt poſſit poſſeſſor abſque titulo bonam fidem habere, non tamẽ præſumatur habere.

Sextum argumẽtum ſumi poteſt ex l. Igitur. ff. de lib. cau. ex quo dici ſolet bonam fidẽ induci ex iuſtis & iniuſtis cauſis: & quamlibet cauſam etiã iniuſtam à dolo excuſare: quo nihil eſt ineptius: hoc enim vult ibi Iuriſconſultus *Seruum poſſe ſine dolo malo in libertate morari, vt puta teſtamento accepit libertatem, quod nullius momenti eſſe ignorat, &c. Et generaliter quoties quis iuſtis rationibus ductus vel non iuſtis, ſine calliditate tamen putauit ſe liberum, &c.* ex quo non poteſt tam generalis propoſitio ſumi, nam I. C. iniuſtas cauſas appellat eas, quæ non valent, quod tamen ſeruus ignorat. Iuris ignorantia excuſat

C cum à dolo & mala fide, cui cõgruit quod dicit text. in l. Sed & ſi lege. §. Scire. ff. de Petitio. hæred. *Eum prædonem non eſſe, qui ius ignorauit.*

Hoc igitur argumentum non poteſt ad quæſtionem noſtram accommodari, quia iuris error non prodeſt vſucapere volentibus. l. 4. ff. de iuris & facti ignor. l. Nunquam. ff. de Vſucap. Deinde, non dicit Iuriſconſultus eſſe præſumendam cauſam illam, quæ à dolo excuſat; ſed ſupponit eam adeſſe, concludens ſi adſit, ſiue iuſta ſit, ſiue iniuſta, quæ ſcilicet ex errore iuris procedit, à dolo excuſari.

Poſtremum argumentum ſic fingi poteſt. Dolus non præſumitur, ſed probari debet l. Quoties. §. Qui dolo. ff. de Probation. Ergo nec mala fides quæ à dolo nõ procul diſtat, præſumẽda eſt. Igitur bona fides præſumi debet.

Reſpondeo, concedo non præſumi malam fidem, ſed dico, neque bonam fidem præſumi. Quare ſicut is qui dicit alterum in mala fide eſſe, id probare debet, ita & qui

D ſe dicit in bona fide eſſe, id probare debet iuxta regulam l. 2. ff. de Probatio. fieri enim poteſt, vt quis nõ ſit in mala fide, ſed tamen nec bonam fidem habeat.

Non obſtat, ſi dicatur hæc conſiſtere in animo & conſcientia poſſeſſoris an ſit in bona fide, & ideo eius atteſtationi credendum eſſe, præſertim iuratæ. Reſpondeo, nullum in re propria idoneum teſtem eſſe. l. Omnibus. C. de Teſtib.

Contrariam igitur ſententiã amplector, cuius authores habeo Innocentium & Baldum in cap. Per tuas. de Teſtibus, Imolenſem in cap. vlt. num. 20. de præſcript. & Felinum in c. Si diligenti, poſt num. 4. eod. titu. Ruinum conſ. 41. nu. 29. lib. 1.

Fundamentum eſt firmiſſimum in l. vlt. C. Vnde vi. *Omnes ſcire debent quod ſuum non eſt, ad alios modis omnibus pertinere.* Si ergo quis rem alienam teneat, nec probet vllam cauſam, ob quam credat eam ad ſe pertinere, non eſt in bona fide. Si bona fides præſumenda eſſet, excuſaret ſe poſſeſſor, dicens ſe credere ſuam eſſe. Hanc excuſa-

excuſationem reijcit Imperator tanquam ridiculam.

Nec valet reſponſio Vaſquij, Imperatorem ibi loqui de eo, qui ſciebat rem alienam eſſe: nam id verum eſt, ſed rationem legis vrgeo, quę ſi vera eſt, bonæ fidei præſumptio ceſſat.

Sed omiſſo hoc aliorum fundamento. Sic argumentor, ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. l.2. ff. de Probation. Sed is qui præſcriptionem allegat, dicit ſe bonam fidem habuiſſe, eſt enim hoc antecedẽs neceſſariũ, quia ſine bona fide pręſcriptio nulla eſt, cap. vlt. de Præſcript. Aduerſarius autem id negat. Ergo id probare debet: non is qui negat eum bonam fidem habuiſſe. Negantis non eſt probatio, ſed aſſeuerantis. l. Adſeueratio. C. de non num. pecunia. l.2. ff. de Probation.

At, inquies, allegãs præſcriptionem videtur probare bonam fidem ex iuris præſumptione, quia potius bona fides præſumenda eſt quàm mala.

Eſt petitio principij. Id enim in quęſtionẽ reuocatur, an bona fides pręſumatur. Nego pręſumi, ſi nulla probetur iuſta poſſidendi cauſa. Ex cauſa enim iuſta oritur bona fides: ſi quis à non domino, quem dominum eſſe credebat, rem emerit, &c. vt in Inſtit. de Vſucap. in principio. Si nulla probetur iuſta cauſa poſſidendi, nullum inuenio in toto iure locum, vbi dicatur bonam fidem præſumi: imò contrarium indicat. l. Celſus. ff. de vſucap. *Errare eos ait, qui exiſtimarẽt cuius rei quiſque bona fide poſſeſſionem adeptus ſit, pro ſuo vſucapere eum poſſe, & nil referre emerit necne, donatum ſit necne, &c. ſi modò emptum vel donatum ſibi exiſtimauerit.* Hæc eſt bona fides, credere ſibi donatum aut venditum eſſe, & tamen non ſufficit, ſubdit enim textus non valere vſucapionem, ſi nulla dos, nulla donatio, nullum legatum interuenerit.

Ergo titulus neceſſarius eſt, ex quo bona fides oriatur, & hæc eſt bona fides, quę requiritur ad pręſcriptionem.

Sed dices hęc in longi temporis pręſcriptione locum habere, in qua titulus eſt neceſſarius, ſecus ĩ pręſcriptione longiſſimi temporis, in qua titulus nõ requiritur. Reſpondeo, iure ciuili nec bonam fidem requiri in pręſcriptione longiſſimi temporis. Sed loquimur nunc ſecundum ius canonicum, quo bona fides requiritur in omni præſcriptione, & ideo hoc reſpectu, lõgiſſimi temporis præſcriptio non differt à præſcriptione longi temporis. Sicut igitur bona fides in longi temporis præſcriptione oritur ex iuſtis cauſis & titulis, ita & in longiſſimi temporis pręſcriptione. Nec enim eſt alia bona fides vnius quàm alterius pręſcriptionis. Eſt eadem qualitas non diuerſa, vt patet.

Quod ſi pretermiſſis legum teſtimonijs rationem iuris conſulamus, profectò non intelligo, quo ex fonte manare poſſit hæc bonę fidei pręſumptio ĩ poſſeſſore, ſi nõ probetur iuſta poſſidendi cauſa. Poſſumus quidem imaginari id fieri & accidere poſſe, vt qui nullum titulum ſuę poſſeſſionis oñdere poſſit, ſit nihilominus in bona fide. Sed quo pacto id p̃ſumere nos debeamus, qui iudices ſedemus, nec niſi ex coniecturis & argumentis iudicare poſſumus, nõ ſatis intelligo, nam alienę rei poſſeſſorem intuemur, cauſas ſuę poſſeſſionis, ex quibus bona fides deſcendit, diuinare non poſſumus.

CAPVT XXXIIII.

Præſcriptio temporis memoriam hominum excedentis, vtrum corruat, & vires amittat, ſi conſtet de titulo vitioſo & nullo.

BIs hoc anno reſpondi nomine huius inclyti collegij iuridici de hac facti ſpecie. Proponebatur quędam ciuitas poſſediſſe rem alienã tempore longiſſimo, memoriamq́; hominum excedente, quę titulum habuerat, nec idoneum ad dominij tranſlationem, nec ad vſucapiendi conditionem, puta locationis. l. Malè agitur. C. de Præſcriptionib. lõgiſſ. temp. 30. vel 40. annor. Vel Emphyt. l. Cùm notiſſimi. §. vlt. C. eo. tit. Et quærebatur an cùm in mala fide eſſet, eò quod ex dictis cauſſis intelligere poterat rẽ alienã eſſe, præſcriptione tamen ſe defendere poſſet: Et fuit cõcluſum non poſſe: quia mala fides ita obſtat præſcriptioni, vt nulla prorſus valeat, vt in cap. vlt. de præſcriptionibus, & conſequenter nec præſcriptio, quam vocamus temporis immemorialis, vt probaui ſuprà hoc eodem libro cap. 26.

A Licet enim maxima ſit præſumptio pro eo, qui tanto tempore poſſedit, veritati tamen eam cedere oportet.

Præclarè S. Auguſtinus: *Veritate manifeſta, cedat conſuetudo veritati.* cap. Veritate, diſt. 8. & alibi: *Si conſuetudinem fortaſſis opponas aduertendum eſt, quod Dominus dicit: Ego ſum via, veritas & vita, non dixit, Ego ſum conſuetudo, ſed veritas. Et certè, vt B. Cypriani vtamur ſententia, qualibet conſuetudo, quantumuis vetuſta, quantumuis*

B *vulgata, veritati omnino eſt poſtponenda. & vſus qui veritati eſt contrarius, eſt abolendus.* cap. Si cõſuetudinem. eadem diſtinct. Idem habetur in cap. ſequenti, & tota ferè illa diſtinctione.

Idem igitur & nobis de præſcriptione dicere licet. Maxima eſt vis temporis longiſſimi, veruntamen ſi veritas ipſa detegatur, cedere veritati.

Authores pro confirmatione huius ſentẽtiæ copioſè recenſet Maſchardus de Probationibus. vol. 3. concluſ. 1371. nu. 38. nu. 43. & nu. 63.

Hanc ſententiam inter controuerſias referendam putaui, quia contrariũ latè diſputat. Vaſquius controuerſ. Illuſtrium, lib. 2. cap. 81. nu. 11. cuius argumentis reſpondendum eſt.

Primum eſt ex l. Sicut. l. Omnes. l. Cùm notiſſimi. C. de præſcript. longiſſ. temp. Reſpondeo nullius eſſe momenti, quia ius Canonicum ſpectãdum eſt, quo cautum

C eſt, nullam præſcriptionem longiſſimi temporis abſque bona fide valere. c. vlt. C. de præſcript. & alibi.

Secundum eſt, quia bona fides ſufficit, etiam orta ex ſtulta cauſa, ex communi Doctorum ſententia. Reſpondeo, ſi ex errore facti procedat, id eſſe iuri conſentaneũ: ſi ex errore iuris nequaquã, vt ſuprà latè diſputaui, quia iuris error non prodeſt acquirere volẽtibus. l. 4. ff. de iuris & facti igno. nec vſucapioni. l. Nunquam. ff. de vſucap. Nec illud teſtimonium legitimum eſt, quod ſumi ſolet ex l. Igitur. §. Poteſt. ff. de liberali cauſa, vt diſputaui cap. præced. quia nõ dicit, bonam fidem oriri ex iniuſtis cauſis, ſed à dolo quem excuſari: nec ad materiam & quæſtionem præſcriptionis accommodari poteſt.

Tertium eſt, quia ex lõgiſſimo tempore purgatur mala fides. l. vlt. C. Vnde vi. & ideo licet titulus iniuſtus nocere poſſit in lõgi temporis præſcriptione, quia mala fides ex eo oritur, non tamen nocet in præſcriptione lon-

D giſſimi temporis, quia malæ fidei allegatio & præſumptio ceſſat.

Reſpõdeo, vitium atque iniuſtitiam tituli efficere, vt poſſeſſoris mala fides appareat, q̃ iure Canonico inſpecto impedit præſcriptionem. Nec contrarium probat l. vlt. C. Vnde vi, nec vllum aliud teſtimonium. Licet enim omnes dicunt, & probabiliter ceſſare omnem malæ fidei præſumptionem in poſſeſſore temporis longiſſimi, non tamen id obſtat, quia non præſumptionibus hic agitur, ſed veris probationibus malæ fidei, quæ ex titulo iniuſto perſpicuæ ſunt & certæ.

Quartum argumentum eſt, quia licet titulus iniuſtus appareat, poteſt tamẽ alium titulum poſſeſſor habuiſſe, titulum & idoneum, & bonam fidem, & hoc præſumendum videtur ex poſſeſſione tanti temporis.

Reſpondeo, fieri quidem id potuiſſe, ſed nego præſumendum eſſe. Nam nulla lex hoc dicit, nulla ratio id ſuadet. In claris enim, non eſt opus coniecturis. Certè vulgaris eſt regula inter Doctores. Præſumitur quis poſſidere ex titulo, pręambulo. l. 2. C. de acq. poſſ. l. Quędã mulier.

ff. de

ff. de rei vend. Præſumi autem quem poſſidere ex alio titulo, quem non oſtendit, cùm oſtendatur contra illum, titulus ex quo poſſidere cœpit, nec veteres dixerunt Iuriſconſulti, nec ſatis rationi conſentaneum videtur.

Quintum argumentum eſt; quoniam tanti temporis præſcriptio nullum titulum requirit. Ergo licet titulus adſit, & non idoneus, nil obſtare poterit. argum. l. Vni. C. de rei vx. act.

Reſpondeo, negando conſequentiam. Titulus enim vitioſus & iniuſtus, malam fidem inducit. Mala fides præſcriptionem impedit. Aliud eſt in ſtipulatione dotis inutiliter adiecta, quia illa vitiatur, & nō vitiat, hoc eſt, non impedit tacitam illam à lege fictam, atq; inductam ſtipulationem. Sic dicimus nonnunquam expreſſa nocere, quamuis omiſſa tacitè intelligi potuiſſent, nec eſſent obfutura. l. Nonnunquam. ff. de cond. & demonſtr. Titulus ergo iniuſtus nocet, quia malæ fidei eſt argumentum. Si nullus titulus ſit, procedit temporis longiſſimi præſcriptio, quia mala fides non apparet.

Sextum argumentū eſt ex iure, quod tribuit ipſa per ſe temporis memoriam hominum excedentis præſcriptio. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quot. & æſtiua. c. 1. de preſcript. lib. 6. cap. Super quibuſdam. §. Præterea. de verb. ſig. l. 2. ff. de aqua plu. arc. vbi *vetuſtas pro lege habetur, minuendarum litium gratiam.*

Reſpondeo, maximam proculdubio eſſe tanti temporis authoritatem, ſed vt ſuprà diximus, illa cedit veritati; nec enim rationem vincit, aut legem, nec præfertur veritati. Quare ſi ex iniuſto titulo appareat iniuſta rei alienæ occupatio, & mala fides, non eſt habenda ratio temporis & vetuſtatis.

Septimum argumentum eſt ex authoritate eorum, qui dixerunt, tanti temporis præſcriptionem inducere præſumptionem iuris, & de iure, quæ non recipit probationem in contrariū. Reſpondeo, alios multos contrarium docuiſſe, quos commemorat Maſchardus loco ſuperiùs allegato, hoc eſt, vol. 3. de probationibus, concluſ. 137. numero 38.

Poſtremum argumentum eſt ex authoritate eorum qui in terminis quæſtionis huius docuerunt, titulum iniuſtum non nocere præſcriptioni temporis, memoriam hominum excedentis.

Reſpondeo paucos ex citatis à Vaſquio id docuiſſe, ſicut vidi ego, & alij videre potuerunt. Plurimos verò contrarium voluiſſe, qui à Maſchardo citati ſunt loco ſuperiùs allegato. Quare ſi authores authoribus cōferantur, æquum iudicem ſecundū nos litem daturū confido.

CAPVT XXXIV.

An mala fides reſpectu vnius, impediat præſcriptionem reſpectu alterius?

Concludam hanc materiam præſcriptionis inſigni hac controuerſia, an mala fides ſuperueniens reſpectu vnius, præſcriptionem impediat reſpectu alterius. Exemplum ſit: per litis cōteſtationem poſſeſſores efficiuntur malæ fidei. l. Sed etſi lege. §. Si ante. ff. de petitio. hæred. l. Nemo. C. de acq. poſſ. vbi præclarè Conſtantinus: *Interpellatione verò & controuerſia progreſſa, nō poſſe eum intelligi poſſeſſorem, qui licèt poſſeſſionem corpore teneat, tamen ex interpoſita conteſtatione, & cauſa in iudicium deducta, ſuper iure poſſeſſionis vacillet ac dubitet.* Ergo ſi Titius litem poſſeſſori intendat, & ſuccumbat, quia verus dominus non eſt: Quæritur, quia præſcriptio interrupta eſt reſpectu Titij, an poſſeſſor aduerſus Caium, qui verus dominus eſt, præſcribere valeat, ſi reſpectu ipſius Caij poſſeſſor ſit in bona fide.

Et præſcribere poſſe cenſuerunt Bartolus ad l. Naturaliter. ff. de vſucap. num. 12. Antonius Butrius in cap. Illud. de præſcript. alios citat, communem dicens Soci-
A nus ſenior in conſil. 47. numero 17. lib. 3.

Contrarium reſponderunt Aretinus in conſ. 17. ante num. 12. & in l. 1. §. Item acquirimus. ff. de acquir. poſſeſ. nu. 56. & in l. 3. §. Neratius. col. vlt. eod. tit. & alibi. Abbas Panormitanus in c. Illud. de præſcript. & alij, quos refert & ſequitur Couar. in 2. parte relect. §. 8. num. 5. ad c. Poſſeſſor malæ fidei. de reg. iur. lib. 6.

Prioris ſententiæ fundamentū eſt, primò in l. Si quis fundum. ff. de acq. poſſeſſ. vbi mala fides reſpectu vnius iuris, nimirum vſusfructus, vel hypothecæ, non nocet præſcriptioni alterius iuris. Secūdò, in l. Qui balneum. §. Titia. ff. Qui potiores in pig. habeantur, vbi mala fides reſpectu vnius creditoris, cui res erat oppignorata, non nocet reſpectu alterius. Tertiò, in l. Fulcinius. §. Quid ſi aduerſus. ff. Ex quib. cau. in poſſeſ. eatur. vbi Pomponius ſpectatur, an aliquis latitaret aduerſus omnes, an verò aduerſus aliquos tantùm.

B Poſterioris ſententiæ fundamentum eſt primò; quia iſte poſſeſſor eſt in mala fide, cùm ſciat rem alienam eſſe, licet non ſit eius, cuius ipſe putat; Ergo præſcribere non poteſt. c. vlt. de Præſcr. Secundò, in l. Aut qui aliter. §. Si quis dum putat. ff. Quod vi aut clam: *Si quis dum putat locum tuum eſſe, qui meus eſt, celandi tui non mei cauſa fecerit, mihi interdictum competere,* Sic Vlpianus ibi. Tertiò, in l. 1. §. Sed & per eum. ff. de acq. poſſeſ. vbi reſpōdetur, hominis verè liberi poſſeſſorem non acquirere per miniſterium illius, quem exiſtimabat bona fide ſeruum eſſe; ſed tamen mala fide credebat, eum alterius ſeruum eſſe. Hic enim poſſeſſor bonam fidem habet, quia exiſtimat hunc ſeruum eſſe, habet tamen malam fidem reſpectu alterius, quem cenſet dominum eſſe illius hominis; quæ mala fides totam poſſeſſionem vitioſam reddit.

Mihi de hac re cogitanti hæc monenda viſa ſunt. Primùm, argumenta prioris ſententiæ nullius eſſe momenti: quia non probant aliud, quàm malam fidem, reſpectu
C vnius iuris non impedire præſcriptionem reſpectu alterius iuris diuerſi. Puta mala fides reſpectu vſusfructus præſcriptionem non impedit, quoad proprietatem. Item mala fides reſpectu vnius hypothecæ, quæ res differt à quæſtione propoſita.

Secundò, in exemplo ſuperiùs allato, nimirum cùm mala fides inducitur per litis conteſtationem cum vno factam, non impediri præſcriptionem reſpectu alterius, rem videri mihi perſpicuam, quia, ſi præſcriptio non impeditur. Primò, quia acta inter alios alijs neque nocent, neque proſunt. Toto tit. C. Res inter alios acta. Deinde, quia non fuit inducta vera mala fides, per litis conteſtationem, ſed dubitatio quædam, & vacillatio, ſic enim loquitur Conſtantinus in d. l. Nemo. C. de acq. poſſeſ. Dubitatio autem orta poſt inchoatam præſcriptionē illam non impedit, ſi dubium ſpeculatiuum ſit, non autem practicum, vt diſſerui & probaui in prima parte Controuer-
D ſiarum lib. 1. cap. 65. Tertiò, quia in vſucapionibus veritas ſpectatur, nō opinionis error, vt patet ex l. 2. §. Si ſub conditione. ff. de vſucap. pro empt.

Tertiò. Extra dictum exemplum litis conteſtationis; ſi quæſtio proponatur, aduertendum puto, hāc quæſtionem propoſitam, an mala fides reſpectu vnius, impediat præſcriptionem reſpectu alterius, duobus modis intelligi poſſe. Primò, de mala fide, hoc eſt, de ſcientia rei alienæ. Cùm videlicet poſſeſſor poſt inchoatā præſcriptionem, conſcientiā habet rei alienæ; licet neſciat verè cuius ſit, imò putet vnius eſſe, cū ſit alterius. Error iſte non vr̄ poſſeſſori ſuffragari poſſe; quia ſatis eſt eū ſcire, rem alienā eſſe. Hoc eſt enim quod ſanctus Pōtifex ait in d. c. vlt. de præſcript. oportere vt nullo tpe poſſeſſor rei conſcientiam habeat alienæ. Hic verò conſcientiam hāc habet. Igitur præſcriptio nulla eſt. Secundò, quæſtio intelligi poteſt, malam fidem reſpectu vnius, nō veram poſſeſſori ſuperuenire; ſed opinionem quandam falſam, quia ſcilicet exiſtimabat (falſo tamen) rem eſſe Titij, qua dubitatione ſublata, ac ceſſante, alioqui ſuā eſſe non dubitaſſet.

raſſet. Suſpicabatur verò Titij eſſe, errore quodam & falſa opinione inductus. Iſte nun eſt in mala fide: nec enim rei alienæ conſcientiam habet, ſed ſuſpicionem ac dubitationem habet. Ideo ſiquidem initio præſcriptionis id acciderit, quia bona fides requiritur, non vſucapiet. Si poſtea; vſucapiet, quia dubium eſt ſpeculatiuum. Dubitat enim, an res ſua ſit; exiſtimat Titij eſſe; ſed non putat ſe peccare eam rem poſſidendo, donec de iure Titij cõſtiterit, vt declaraui dicto lib. 1. c. 65.

CAPVT XXXV.

Ad l. 3. & l. 5. C. finium regundorum, vbi de quinque pedum præſcriptione agitur, & ad l. vlt. eod. tit.

IMperator Conſtantinus: *Si quis ſuper ſui iuris locis prior de finibus detulerit querimoniã, quæ proprietatis controuerſiæ cohæreat, prius poſſeſſionis quæſtio finiatur, & tunc agrimenſor ire præcipitatur ad loca, vt patefacta veritate huiuſmodi litigiu terminetur, &c.* l. 3. C. finiũ regund.

Quæſtio de finibus proprietatis controuerſiæ cohære dicitur, ſi quæſtio ſit vltra quinque pedes, quòd fortè vicinus aliquam agri partẽ occupaſſe dicatur, vt declarat Alciatus in Commentarijs, de quinque pedũ præſcriptione, nu. 11. & probatur ex l. 3. C. Theodoſiano fin. regundo. De poſſeſſione controuerſia, nihil pertinet ad menſoris diſciplinam: ſed quæſtionem poſſeſſionis, ſequitur quæſtio finium, in qua potiſſimùm ars menſoris valet: & hoc eſt quod ait lex: *Prius poſſeſſionis quæſtio finiatur, & tunc agrimenſor ire præcipiatur ad loca,* vt bene annotauit Cuiacius lib. 2. obſeruat. cap. 2. Ergo in hunc modum accipienda erit veterum expoſitio in commentarijs d. l. 3. & in §. Quædam, in Inſtitut. de actionibus. Cùm dixerunt, priùs cognoſcẽdum eſſe de poſſeſſione, deinde de proprietate, vt ſenſus ſit, prius de poſſeſſione, cognoſcendum eſſe, deinde agrimenſorem ad loca mittendum, vt proprietatis cauſa dirimatur, ſcilicet à Præſide prouinciæ: *Cùm de maiori ſpatio cauſa quædam non finalis, ſed proprietatis apud ipſum Præſidem debeat terminari,* vt ait lex. in d. l. 3. C. Theodoſ. Controuerſia enim de quinque pedibus per agrimenſorem terminabatur ex l. Mamilia.

Atque hic eſt verus ſenſus d. l. 3. Nunc de quinque pedum præſcriptione, de qua agitur in l. 15. eod. tit. aliquid inſeram, ait lex. *Quinque pedum præſcriptione ſubmota, finalis iurgij, vel locorum libera peragatur intentio.*

Exploſa Accurſij, Caſtrenſis & aliorum veterum expoſitione, aſſentior Alciato in commentarijs huius loci, Nicolao Vallæ de rebus dubijs, Tractatu 8. circa finem, Cuiacio ad l. 4. circa finem. ff. de vſucap. Gregorio Toloſano parte 3. Syntagmatis, lib. 39. cap. 13. nu. 15. hanc legem ita enarrantibus. Inter agrorum vicinorum prædia ruſtica cõſtitutis finibus, quinque pedum ſpatium relinquendum eſſe, quo ire vterque dominus & vicinus poſſet: Et vt eo loco circumuerti aratrum poſſet, & eiuſmodi ſpatium vſucapi non poſſe. Sicut nec lege 12. tabularum, teſte Cicerone libro 1. de legibus, dum ait: *Controuerſia de finibus nata eſt, in qua quoniam vſucapionem 12. tabula inter quinque pedes eſſe noluerunt, &c.* Et hanc eſſe legis huius ſentẽtiam, quod luculẽter probatur ex l. vlt. C. Theodoſ. eodem titu. in illis verbis: *Ac de eo tantùm ſpatio, hoc eſt, pedum quinque, qui veteri iure præſcripti ſunt, ſine obſeruatione temporis arbitros iuſſimus iudicare, &c.*

Sed quid eſt, quod ait l. vlt. eodem tit. *In finali quæſtione non longi temporis, ſed triginta tantummodò annorum præſcriptionem locum habere?* Nunquid his verbis etiam quinque pedum ſpatium includitur, vt videlicet triginta annis præſcribi poſſit? Præclarè Alciatus: *Quamuis per recentiorum Cæſarum leges generaliter fuiſſet conſtitutum, vt omnis actio, omnis res ſpatio x. vel xx. vel xxx.* A *vel xl. annorum acquireretur, huiuſmodi tamen generales conſtitutiones ad eum caſum trahenda non ſunt, in quo ſpecialiter lege veteri prouiſum erat l. Sciendum. ff. Qui ſatiſd. cog. Vnde ſequitur, vt cùm ſpecialiter 12. tabula vſucapionem inter quinque pedes eſſe noluerint, nec hodie quidem, quamuis prorogato tempore, vſucapioni ſit locus, & noua lex à vetere declaretur.*

Sed vereor, vt hæc ſentẽtia rectè defendi poſſit: Cùm finalis quæſtio propriè dicatur, quoties de quinque pedum ſpatio agitur, vt patet ex d. l. 3. C. Theodoſiano fin. regũd. licet dicatur etiam cùm de maiori ſpatio agitur. Verbis igitur tam apertis, tam generalibus magis eſt, vt inhærendum putem, quàm eruditis rationibus Alciati.

CAPVT XXXVI.

B *Ad l. Maioribus. 3. C. commu. vtriuſq; iudicij, & de diuiſione facta per ſortes, an reſcindi poſſit, & an læſio vltra dimidiam requiratur, vt diuiſio reſcindatur.*

DIocletianus: *Maioribus etiam per fraudem & dolum, vel perperam ſine iudicio factis diuiſionibus ſolet ſubueniri: quia in bonæ fidei iudicijs, quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit in melius reformabitur.* lege tertia. C. commu. vtriuſque iudicij.

Non dubito quin vera ſit communis expoſitio, quæ hanc legem accipiẽdam vult de diuiſione dolo vel fraude inita, vel perperam, id eſt, malã, nõ rectè, iniuſtè, quia ſcilicet ex ea grauiter quis læſus fuerit. Nihil enim intereſt, dolus intercedat, vel ipſa res in ſe dolum habeat. l. Si quis cum aliter. ff. de ver. obli. Idq; indicant illa verba: *Quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit.* Licet legem iſtam de diuiſione, dolo, & fraude, duntaxat inita accipiendam
C eſſe, nõ improbabiliter quis dixerit ex verbis eiuſdem legis, quę ex Gregoriano Codice apud Cuiaciũ relata ſunt in Conſultatione veteris cuiuſdam Iuriſconſulti. Sic enim habent: *An diuiſio quam iam factam eſſe proponis, conuelli debeat, Rector prouinciæ præſente parte aduerſa diligenter examinabit: Et ſi fraudibus eam non caruiſſe perſpexerit, quando etiam maioribus perperam factis diuiſionibus ſoleat ſubueniri, quod improbum atque inæquabiliter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabit.* Veruntamen non tanti ſunt facienda hæc, vt à verbis claris Codicis Iuſtiniani recedamus, qui nunc ſolus authoritatem habet.

Illud controuerſum eſt, an diuiſio facta per ſortes, quæ alteri ex diuidentibus grauem intulit læſionem reſcindi poſſit. Etenim affirmant Baldus & Caſtrenſis in explicatione d. l. 3. Plotus in comment. de in litem iurando. §. 15. num. 4. & alij multi, quos commemorat Tira-
D quellus de iure primogeniorum, q. 17. in prima opinione, num. 97.

Sed contrarium videri poteſt idem Baldus ſenſiſſe ad l. ait Prætor. §. vlt. ff. de minoribus. dum ibi negat minoribus 25. annis in integrum reſtitutionem concedendã, ſi diuiſione facta per ſortes, lædantur, quia ſcilicet deteriorem partem habuerint, refert & ſequitur Natta in conſ. 631. nu. 23. lib. 3. ſed Sfortia Oddus poſt Tiraquellum hanc Baldi ſententiam reſtringit, vt non procedat, cùm enormis læſio ex diuiſione oritur in tract. de in integrum reſtit. par. 2. q. 66. artic. 4. circa finem, licet verba Baldi hanc non ferant interpretationem, vt obſeruauit Pinellus ad l. 2. C. de reſcind. vend. par. 2. c. 1. nu. 7.

Quamobrẽ Pinellus ipſe in quæſtione propoſita, hanc diſtinctionem adhibuit, vtrum videlicet ſortes per errorem tam inæqualiter factæ ſint, an verò ſcientibus ipſis diuidentibus. Priore caſu ſubueniendum putat læſis, etiam maioribus, quia forſitan ſi ſciuiſſent, ius ſuum ſorti non commiſiſſent. Poſteriori non item, quia ſcienti & volenti non fit dolus, nec iniuria.

Quæ

Quæ diſtinctio licet non placuerit Emanueli Soarez in ſuis ad Pinellum annotationibus, mihi tamen mirum in modum placet: Sed neceſſe eſt, vt prius expendamus, quàm bono innixa ſit fundamento Baldi, tum aientis, tum negantis ſententia.

Fundamentū Baldi affirmantis diuiſionem per ſortes factā, reſcindi poſſe propter læſionē, poſitū eſt in coniūctione duarum legum. Prima eſt l. 3. C. comm. vtriuſque iud. quæ maioribus ſubueniēdum declarat perperam factis diuiſionibus. Altera eſt l. 2. C. quādo & quibus quarta pars. lib. 10. quæ diuiſionem per ſortes fieri permittit. Nam ſi diuiſio fieri per ſortes poteſt, & rurſus diuiſio perperam facta reſcinditur, cōſequens videtur eam quoque diuiſionem reſcindi, quæ per ſortes facta eſt.

Sed hoc fundamentum ideo mihi videtur infirmum, quoniam l. 3. loquitur de diuiſionibus factis per dolum, vel fraudem, vel perperam, id eſt, non rectè, & iniuſtè. In ſortibus autem nullus dolus eſt, nulla fraus, nullaque iniuſtitia eſſe poteſt, quæ cauſa eſt, vt iudicium p ſortes non rarò legibus approbetur. l. ſi quæ ſint cautiones. ff. fam. hercisc. l. vlt. C. cōmu. de leg. l. Generaliter. §. Quid ergo ſi plures. ff. de fideicōmiſſa. liber. l. Sed cùm ambo. ff. de iud. l. 3. C. quando & quibus quarta pars, lib. 10.

Fundamentum verò Baldi negātis diuiſionem reſcindi poſſe, eſt in l. Verum. §. Sciēdum. ff. de Minoribus, ibi: *Nec euentus damni reſtitutionem indulget, ſed inconſulta facilitas.* Addit Pinellus l. De fideicommiſſo. C. de Tranſact. Addo ego omnes leges quibus edocemur, læſionē allegari non poſſe, cùm conuentio dubia eſt, & incertus euētus eius, an lucrum, vel damnum allaturus ſit. l. Si ea pactione. C. de Vſuris. l. Si ea lege. C. eo. l. 1. C. de pactis. Alia teſtimonia citat Tiraquellus ad l. Si vnquam. in verbo. Donatione. nu. 131. C. de reuo. donatio.

Sed hoc argumentum locum habere poteſt; quando vel neceſſitas id poſtulat, vt ſorti res cōmittatur, vel lex mandat, vel vtriuſque partis conſenſus interuenit. Verùm ſi nullo iure præcipiente, nulla vrgente neceſſitate, aut altero ex diuidentibus neſciente ſortis ducendę conditionem ac modum, id fiat partibus inæqualibus cōſtitutis, nil propoui video, cur grauiter læſo ex hac ſortis miſſione ſubueniri non debeat: Neque enim is qui ignorauit, conſentire videtur in dubium illum fortunæ euentum. Atque hæc eſt Pinelli diſtinctio, quam dicebam mihi magnopere probari.

Excipio minores 25. annis, quibus etiā ſcientibus modum & conditionem ſortis inęqualis ſuccurrendum puto, per in integrū reſtitutionē. Quis enim negauerit, imprudentis eſſe atque adeò incōſultæ facilitatis ius ſuum certum dubiæ ſortis aleæ committere? niſi ſortes ducantur, cùm aliter commodè res diuidi nō poteſt, tūc enim non videtur circumſcriptus minor, qui iure communi vſus eſt. l. vlt. C. de integ. reſtit. minorum.

Sed alia controuerſia oritur, an vt inęqualis diuiſio reſcindatur, neceſſaria ſit lęſio vltra dimidiā. Communior enim ſentētia affirmare videtur. Vide Cagnolum ad l. 2. C. de reſcin. vēd. nu. 59. & Pinellum in 2. parte, c. 1. Ideo dicebat Baldus actorē debere alternatiuè petere, vt vel diuiſio reſcindatur, vel iuſtum preciū ſuppleatur; cui tamen in hoc articulo aduerſantur Petrus, Cynus, & Albericus, Fulgoſius, & Ioan. Faber, à Pinello relati.

Fundamentum relatæ communis ſententiæ eſt, quia diuiſio vicem emptionis obtinet. l. 1. C. cōmu. vtriuſque iudicij. Emptio autem & venditio reſcinditur propter læſionem vltra dimidiam. d. l. 2. C. de reſcin. vend.

Sed vt rectè animaduertit Pinellus, nec l. 3. requirit læſionem vltra dimidiam, neque reo cōuento electionem tribuit, ſicut l. 2. C. de reſcin. vend. Idem monet Modernus Pariſienſis de Commercijs, q. 14. nu. 182.

Quare ego in hanc ſententiam venio, non requiri læſionem vltra dimidiam, quia textus dicit: *Quod inæqualiter factum erit, in melius reformabitur.*

In emptione, & venditione, & ſimilibus cōtractibus, A qui ordinati ſunt, & cōſtituti, mutui commercij gratia, quia contrahentibus permiſſum eſt, ſe inuicem in precio decipere, & circumuenire. l. In cauſæ, 17. §. Idē Pomponius. ff. de minor. l. Itē ſi precio, §. vlt. ff. locati. idcircò ob modicam læſionem non reſcinditur contractus. l. Si voluntate. C. de reſcind. vend. In alijs aliter reſpondendum videtur, puta in ſocietate, Depoſito, Commodato, Pignore, tutela, & ſimilibus; ac proinde etiam minor læſio, quam vltra dimidiam ſufficere debet, vt reſcindantur, nec. n. lex læſionem vltra dimidiam exigit. Id patet ex d. l. C. commu. vtriuſque iud. l. In contractibus. C. ex quibus cauſis maio. l. Si ſuperſtite. C. de dolo. l. 1. C. de erro. calculi, & ſimilibus, quibus nulla fit mentio læſionis vltra dimidiam, ſed reſciſſionis ob grauem læſionem.

CAPVT XXXVII.

B *An lex vlt. C. de ſacroſanctis Eccleſijs vnum vel tria priuilegia contineat?*

ADduci non poſſum vt credam l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccleſ. continere tria priuilegia, nimirum præſcriptionis centum annorum. Item dominij tranſlationis, abſque traditione in rebus venditis, & donatis Eccleſijs, Ciuitatibus, captiuis, & pijs locis, & denique tacitæ hypothecę: ſed magis eſt, vt vnum duntaxat ſingulare priuilegium centum annorum præſcriptionis conceſſum putem in hac lege, quę ſentētia olim fuit Azonis, Petri & Cyni: & fundamentū meum eſt, In ipſis verbis legis, quę nullam prorſus mentionē faciunt alterius, quā huius priuilegij centenarię præſcriptionis. Nemini autem in Iuſtiniani legibus verſato ignotū eſt, quanto præfationis apparatu vti ſoleat, cum aliquod ſingulare priuilegium cōcedit cōtra iuris regulas, Cauſam adferre ſolet, cur ſingulare ius ſtatuat, omniaque clarè C proſequi, & diſertè explicare. Sicut vel in hac lege pſpicuè cernitur, cū ait: *Vt inter diuinum publicumq; ius, &c.* Deinde ſtatuit, quod in ea legitur de centenaria præſcriptione, in rebus venditis, donatis, &c. Erat autem etiam expreſsè decernendum iſtarum rerum dominium, ipſo iure ſine poſſeſſionis traditione tranſire in Eccleſias, Ciuitates, pia loca, & captiuos, quia regulę iuris exigūt traditionem. l. Traditionibus. C. de pactis. l. Si ager. 51. ff. de rei vend. Sed nihil eiuſmodi continetur, nil etiam de tacita hypotheca. Ergo non eſt veriſimile, Iuſtinianum voluiſſe ea lege tria ſingularia priuilegia continere. Sed vnum duntaxat conſtituere voluiſſe præſcriptionis centenarię, quod ipſe luculenter exprimit, maiorem habet veriſimilitudinem.

Scio Accurſium, Bart. Caſtrenſ. Salic. & alios magis communiter tria priuilegia iā dicta, huic legi attribuiſſe, ſed vix moueor his argumentis, quibus ipſi nituntur. D Primum eſt in illis verbis: *Siue itaque memoratis religioſiſſimis locis, vel Ciuitatibus hæreditas, vel legatum; vel fideicommiſſum fuerit relictum, ſiue donatio, vel vēditio præceſſerit, &c. ſit eorum penè perpetua vendicatio.* Vēdicatio domino competit, ergo dominium tranſlatum eſt.

R̄ndeo, vendicationis verbum ibi referēdum eſſe ad res legatas, & per fideicommiſſum relictas, licet enim referatur etiam ad res donatas, tamē id minus propriè accipiendum eſt. Nec nouum eſt, illud verbum ſic aliquando accipiendum eſſe, vt ad multa relatum partim propriè, partim improprie intelligatur, vt in l. Per diuerſas. C. mand. ibi. *Cum certum ſit pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea ſuppetebant iura ſua vendicare, quàm ad alios transferre velle.* Vbi Gloſ. *Largè*, inquit, *pone vendicare, vt etiam contineat actionem perſonalem.*

Secundum argumentum eſt ex illis verbis: *In his autem omnibus caſibus non ſolum perſonales actiones damus, ſed etiam in rem & hypothecariam.*

Reſpondeo, etiam verba ſequētia adiungenda ac perpendenda eſſe, ſic etenim habent: *Secundum noſtra conſtitutionis*

tutionis tenorem, quæ legatarijs & fideicommiſſarijs & hypothecariam donauit. Cōcedit ergo Imperator tres actiones, ſecundum ſuæ Constitutionis tenorem. Conſtitutio autem illa tres actiones concedit, pro rebus legatis, & per fideicommiſſum relictis, non autē pro rebus venditis vel donatis, vt videri poteſt ex l. 1. C. commu. de legat. vbi illa conſtitutio continetur.

Reſpondet Salicetus, hanc interpretationem locū habere non poſſe, quia textus dicit *In his autem omnibus caſibus*, omnes autem caſus ſuperius expreſſi, non ſolùm pertinēt ad res legatás, & per fideicommiſſum relictas, ſed etiam ad res venditas & donatas. Alioqui ſi ad res tantùm legatas pertinerent, vnus ſolus caſus eſſet, non autem omnes.

Replicatur, omnes caſus ſuperius expreſſos contineri huc modo, vt ſcilicet tam Eccleſiæ, quàm Ciuitates, & pia loca, & captiui tres habeāt actiones, pro rebus legatis & per fideicommiſſum relictis, quia ſequētia verba, *ſecundum noſtræ conſtitutionis tenorem*, ad hæc tantùm legata & fideicommiſſa referuntur.

Reſpondet Iaſon illa verba, *ſecundum noſtræ conſtitutionis tenorem*, non reſtringere præcedentia verba, quantum ad caſus expreſſos; ſed quantum ad modum; vt ſenſus ſit, tam in rebus legatis & fideicommiſſis, quàm donatis, & venditis, tres actiones competere, ſecundum tamen modum & formam conſtitutionis ſuæ.

Replicatur, id non eſſe veriſimile, quia ſic extenderet Imperator conſtitutionem ſuam, quæ de legatis & fideicommiſſis loquitur, etiam ad res donatas & vēditas Eccleſijs, Ciuitatibus, & alijs expreſſis in hac lege: quod ſi facere voluiſſet, alia verba adiecisſet dicens, quam noſtram conſtitutionem etiam ad res donatas, & venditas ſuprà dictis porrigimus, extēdimus, &c. Dum autem refert ſe ſimpliciter ad tenorem ſuæ conſtitutionis, non licet nobis eam extendere, ſed relatum eſſe in referente, interpretari debemus, cum omnibus ſuis qualitatibus, ſecundum iuris regulas nouiſſimas.

CAPVT XXXVIII.

Vtrum in Eccleſiam, & pias cauſas, ac Ciuitates, quibus hæreditas per fideicommiſſum reſtituenda eſt, tranſeant iura abſque reali vel verbali reſtitutione.

EX his quæ dicta ſunt in præcedenti capite palam eſſe vt, haud quaquam conſiſtere poſſe eorum ſententiā, qui ex l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccleſ. colligunt, in Eccleſias, Ciuitates, & pia loca, quibus ex fideicommiſſo hæreditas reſtituēda eſt, iura hæreditaria tranſire, abſque verbali vel reali reſtitutione, licet in cæteris aliter ſit conſtitutum, vt notum eſt ex l. Facta. ex l. Reſtituta. ff. ad Trebel. ex §. Reſtituta. inſtit. de fideicom. hæred.

Ita docuerunt Bart. in d. l. vlt. & in quæſt. 13. incipiente, Filium adultum, Paulus Caſtrenſis, Iaſon in d. l. vlt. & alij quos commemorat Tiraquel. de priuilegijs piæ cauſæ, Priuilegio 39.

Fundamentum enim eorum non eſt firmum, ſic ipſi ratiocinantur. Dominium tranſit in Eccleſiam, & Ciuitatē, & pias cauſas, abſque reſtitutione, Ergo nulla opus eſt reſtitutione reali vel verbali. Nam quod textus d. l. vlt. ait de hæreditate iſtis relicta, latè accipiūt, ſiue directò relicta ſit, ſiue per fideicommiſſum. Rurſus qđ text. dicit de fideicōmiſſis, latè accipiendum tam ſingularib. quibus ſcilicet ſingulæ res relictæ ſunt, quàm vniuerſalibus, quibus hæreditas tota, vel eius pars relinquitur.

Non eſt ita; quia Iuſtinianus Imperator in d. l. vlt. refert ſe ad conſtitutionem, quam pro legatarijs, & fideicommiſſarijs fecit in l. 1. C. commu. de leg. ibi verò non loquitur de hæreditate directò vel per fideicommiſſum relicta, ſed de ſingularibus legatis, & fideicommiſſis, pro quibus conſequendis, tres concedit actiones.

A Addunt aliqui pro communiore ſententia textum in §. Si quis autem pro redemptione, in Authent. de Eccleſiaſticis titulis, vbi dicitur, *Epiſcopum vendicare poſſe relicta*, pro redemptione captiuorum.

Sed nihil iuuat hanc ſententiam, quia intelligēdus eſt de legatis & fideicommiſſis particularibus, vel ſi de vniuerſalibus fideicōmiſſis intelligatur, interpretari debet ſecundum leges, quibus conſtitutum eſt, vt fideicōmiſſarius res vendicare poſſit, facta ſibi verbali vel reali reſtitutione. l. Facta, l. Reſtituta. ff. ad Trebell.

Contrariam igitur ſentētiā, quam Baldus, Fulgoſius, & alij à Tiraquello annotati, loco proximè citato, ſecuti ſunt, amplector, nimirum nihil ea in re ſpecialiter cōtra iuris regulas conſtitutum eſſe fauore Eccleſiarum, Ciuitatum, & piarum cauſarum, & locorum, & idcirco reſtitutionem verbalem ſiue realem requiri, vt iura trāſeant ex Trebelliano S. C. in fideicōmiſſarium, de quo agitur.

B Pugnat pro hac ſententia iuris regula, quæ requirit reſtitutionem verbalem vel realem, vt dictum eſt. Nec. n. reperitur contrarium, ſingulariter his caſibus, conſtitutum. Iuuat eam quoq; l. omnibus. ff. ad Trebel. vbi I. C. ait: *Omnibus ciuitatibus, quæ ſub Imperio Romano ſunt, reſtitui debere, & poſſe hæreditatem fideicommiſſariam, & actiones in eas ex Trebelliano transferri.*

CAPVT XXXIX.

Ad l. 1. C. de Sacroſanctis Eccleſijs.

IMperator Conſtantinus ad populum. *Habeat vnuſquiſq; licentiam ſanctiſſimo, catholico, venerabiliq; Concilio, decedens bonorum quod optauerit relinquere, & non ſint caſſa iudicia eius. Nihil enim eſt, quod magis hominibus debeatur, quàm vt ſupremæ voluntatis, poſtquam*

C *iam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtylus, & licitum, quod iterum non redit arbitrium.* lege prima, C. de ſacroſanct. Eccleſ.

Rectè Alciatus hanc legem enarrās ait: *Quoniam ante Conſtantinum Magnum collegia Chriſtianorum damnata erant, eorum ille profeſſionem primus Cæſarum ſyncera fide amplexatus, conſtituit vt quilibet facultatem haberet, quantum vellet, generali ipſius Eccleſiæ relinquendi.* Illud non rectè quod ſubdit: *Fuitq; tunc hæc lex intellecta, vt non ideo Clericis, & Monachis relinqui poſſet, aut particulari templo: Cuius rei rationem D. Hieronymus quadam ad Nepotianum Epiſtola his verbis attingit. Pudet dicere, Sacerdotes idolorum, mimi, & auriga, & ſcorta hæreditates capiunt, ſolis Clericis & Monachis hoc lege prohibetur, &c. Vnde apparet*, inquit Alciatus, *recentiorum interpretatione factum, vt aliter hæc lex noſtro ſeculo, aliter in primitiua Eccleſia intelligeretur.*

D Non rectè, quia S. Hieronymus loquitur de lege Valentiniani, Valentis & Gratiani, qui longè poſt Conſtantinum Magnum imperarunt. Hi iuſtas ob cauſas prohibuerunt Clericis & Monachis aliquid relinqui, in vltima voluntate, à mulieribus, quibus ſe priuatim prætextu religionis adiungebant, vt conſtāt ex l. 20. C. Theodoſiano de Epiſcop. & Clericis, et diligēter explicat Illuſtriſſ. ac Reuerendiſſ. Cardinalis Baronius in 4. tomo Annalium Eccleſiaſticorum anno 370.

Ab eodem lapſu nō procul abeſt Fornerius lib. 3. ſelectionum cap. 28. dum ſcribit, ante hanc legem Conſtantini vetitum fuiſſe lege ſuprà dictorum Valētiniani, Valentis, & Theodoſij, Clericis & Eccleſijs legari. Nam inter omnes conſtat, non hos Imperatores ante Conſtantinum Magnum, ſed contra, ipſum ante eos vixiſſe, et imperio potitum eſſe.

Sed his omiſſis, maiores momēti diſputatio oritur, an vera ſit Bartoli ſententia in explicatione huius legis, quem Baldus ioci gratia Saturninum vocat, quoniā ſcilicet id dixerit, quod nec vſquā relatū eſt, nec vnquam

receptum,

receptũ, vt de Saturnino Vlpianus ſcribit in l.1.ff.de Senatorib. Bartolum tamen ſecutus eſt Paulus Caſtrenſis, & Alciatus dixit eius ſentẽtiam defendi poſſe. Exiſtimauit Bartolus hanc legem ita accipiendam eſſe. Primò, vt vnuſquiſq; etiam non idoneus iure ciuili ad teſtãdũ, púta filiusfam. mutus, ſurdus, & ſimiles, teſtamento legare poſſint bona ſua Eccleſiæ. Secundò, eiuſmodi teſtamentum valere, licet omnibus ſolennibus deſtitutum ſit. Tertiò, hanc legem interpretatione reſtringendam ad eos, qui in articulo mortis conſtituti teſtantur.

Priorem expoſitionem probat ex verbo, *vnuſquiſque*, quo vſus eſt Cõſtantinus. Alteram, ex illis verbis, *& non ſint caſſa iudicia eius*. Tertiam probat ex verbo, *decedens*, & verbis ſequẽtibus, quibus mortis tempus deſignatur, *poſtquam aliud velle non poſſunt, &c.*

His accedunt hæc argumenta. Primum ex verbis tituli, ſic enim inſcribitur: *De ſacroſanctis Eccleſiis, & de rebus & priuilegiis earum*. Priuilegium ergo cõtra ius commune continetur in hac lege. Cõſequenter ita debet intelligi, ne ſit ſuperfluum, ſed vt locũ habeat eo caſu, quo iure communi, aliter eſt conſtitutum.

Secundum argumentum eſt. Nam ſi aliter hæc lex accipiatur, inutilis erit & ſuperuacanea. Poſtquã .n. Conſtãtinus approbauit Chriſtianam fidem, Collegiũ Chriſtianorum cõſequẽter approbaſſe videtur, Collegijs autem approbatis teſtamento legari poteſt. l. Collegiũ. C. de hæred. inſtit. l. Cum Senatus. ff. de reb. dubijs.

Tertium argumentum. Miles liberum habet arbitriũ teſtãdi. l.1. ff. de Teſtam. mili. Ideoq; etiam ſi mutus vel ſurdus ſit, teſtamẽtũ facere poteſt. l. Iure militari. ff. eod. tit. Ergo in propoſito idem eſt dicẽdũ, quia liberum arbitrium datum eſt Eccleſiæ bona legandi, licere vnicuique teſtari, & relinquere Eccleſię quãtũ voluerit bonorũ ſuorum, licet alioqui iure ciuili teſtari prohibeatur.

Quartum. Is qui in loco hoſtili deprehenditur, & moritur, teſtari poteſt quomodo velit, & quomodo poteſt. l. vlt. ff. de mili. teſtam. Ergo multò magis teſtari quocũq; modo voluerit, licet ei, qui in articulo mortis exiſtẽs, & de ſalute animæ ſollicitus, bona ſua relinquit Eccleſiæ.

Poſtremum argumentum. Teſtamentũ imperfectum inter liberos ſeruandum & cuſtodiẽdũ eſt. l. vlt. C. fam. hercisſ. l. Hac cõſultiſſ. §. Ex imperfecto. C. de Teſtam. Ergo multò magis in fauorem Eccleſiæ conditum; atque adeò pro ſalute animæ ipſius teſtantis.

Hæc ſunt argumenta præcipua, omitto enim leuiora quædam ex brocardicis regulis deſumpta, quæ nullius ſunt apud eruditos authoritatis.

Hanc ſententiã Bartoli, argumentis hiſce non obſtantibus, reijciẽdã exiſtimo, & ſequor Accurſium, Cynum, Baldum, Salicetum, Iaſonem, Cagnolũ, Coraſium, & cæteros, tum antiquiores, tum recentiores qui ita hanc legem interpretati ſunt. Vnumquemq; ſcilicet idoneum ad teſtandum, ſiue ſit conſtitutus in articulo mortis, vel nõ ſit, bona ſua Eccleſię legare, & relinquere poſſe, ſi teſtamẽto ſolennia fuerint adhibita; licet hoc vltimum iure canonico locum non habeat, vt infrà dicam.

Fundamentum eſt, quia nulla ſuppetit ratio, cur exiſtimare debeamus, Cõſtantinum verbis hiſce generalibus tollere voluiſſe ſolennia teſtamentorum. Rectè enim Iuſtinianus in l. Si quando. C. de inoff. teſt. *Cùm Princeps liberam teſtamenti factionem concedit, intelligitur concedere legitimam & conſuetam. Neque enim credẽdum eſt Romanum Principem, qui iura tuetur, huiuſmodi verbo totam obſeruationem teſtamentorum multis vigiliis excogitatam atque inuentam velle euerti.*

Conſtat præterea verba generalia legis de idoneis accipienda eſſe. l. Reſcriptio. l. Vt gradatim. §. Et ſi lege. ff. de muner. & hono.

Tertiò, teſtamentũ imperfectum nullius eſt momenti, tantùm inter liberos ſeruatur, adeò vt nec Imperator quidem vendicare hæreditatem ex teſtamento imperfecto poſſit. l. Ex imperfecto. C. de Teſtam.

A Quarto, hæc ſentẽtia probatur ex l. Generali. 13. C. de ſacroſanct. Eccleſ. vbi Valẽtinianus & Martianus viduis poteſtatem concedunt, & religioſis fœminis relinquendi bona ſua Eccleſiæ teſtamento, vel codicillo, *quod tamen*, inquit textus, *omni iuris ratione munitum ſit*.

Reſpõdet Bartolus, legem illam non loqui de eo, qui in mortis articulo conſtitutus, teſtamento, vel codicillo relinquit bona ſua Eccleſiæ. Nõ rectè, quia illa lex loquitur generaliter teſtamento vel codicillo. Conſtat autem teſtamentum & codicillũ ordinari poſſe tã ab eo qui ſanus eſt, quã ab infirmo, & in articulo mortis conſtituto.

Reſpondet ſecundo loco Alciatus, verba illa: *Quod tamen omni iuris ratione munitum ſit*, excludere vitium & impedimentum ex iure naturali proueniens, vtputa, ſi furioſus vel pupillus teſtamentum facere velit, & Eccleſiam inſtituere hæredem.

B Nõ rectè, quia textus dicit, omni iuris ratione munitum ſit. Qui dicit omne, nihil excludit: Igitur ita debet eſſe munitum, vt nullum vel iuris naturalis, vel ciuilis impedimentum, ac vitium ſubſit.

Poſtremò, hanc legem ita accipiendã eſſe, vt dixi, patet ex ſummi Pontificis Epiſtola in c. Relatum, de teſtamentis, cùm ait: *Mandamus quatenus cum aliqua cauſa talis ad veſtrum fuerit examen deducta, eam nõ ſecundum leges, ſed ſecundum decretorum ſtatuta tractetis, tribus aut duobus teſtibus requiſitis, quoniam ſcriptum eſt, in ore duorum vel trium ſtet omne verbum.* Si iure ciuili, hoc eſt ex hac Conſtantini lege non eſſent neceſſaria ſolennia; vt Bartolus exiſtimauit, S. Pontifex non prohibuiſſet eiuſmodi cauſas tractari ſecundum leges, quia nec leges ſolennia exigerent, magis quàm decretorum ſtatuta.

Ad primum argumẽtum Bartoli ex verbo: *Vnuſquiſque*, reſponſio patet ex ijs quæ dicta ſunt. Debet enim intelligi de idoneis, & habilibus ad teſtandum.

C Ad ſecundum ex verbis tituli, reſpondeo ſufficere, vt hæc lex aliquid cõtineat de Eccleſijs, & de rebus ad eas pertinentibus, nec neceſſe eſſe, vt omnes leges ſingulare aliquod priuilegium contineant contra iuris regulas.

Ad tertium argumentũ ex verbo, *decedens*, reſpõdeo, nõ idcirco excludẽdos eſſe eos, qui vel ſani corpore, vel extra mortis periculum teſtantur, quia Imperator rationem habuit eius, quod ſæpius contingit: Sępius enim homines teſtantur cùm ſunt in periculo mortis, & quia teſtamentum ex morte & vltima voluntate vires ſumit.

Ad quartum argumentũ dico, non inutilem eſſe hanc Conſtantini legem. Nam propter Imperatorũ gẽtilium perſecutiones, fideles Chriſtiani non audebãt bona ſua Eccleſiis legare. *Mirum autem dictu*, inquit *Illuſtris. f. Baronius tomo 3. anno 321. relaxata ſemel liberalitate fidelium* (per hanc legem Conſtantini) *in relinquendis vltima voluntate ſuis bonis Eccleſiis, adeò aucta ſunt illarum diuitiæ, vt poſteriores Imperatores veriti ob eam cauſam reipublicæ detrimentum & paupertatem, conati ſint iterum ab huiuſmodi profuſis largitionibus cohibere fideles.*

D Ad cætera argumenta reſpondeo, negando conſequẽtiam. Ita in militibus conſtitutum eſt. Item in ijs qui in hoſtico moriuntur. Item in teſtamento inter liberos. Ergo idem conſtituendũ eſt de ijs, qui bona ſua relinquũt Eccleſiis. Nã non eſt hoc leges conditas interpretari, ſed nouas cõdere, quod iuris interpretib. permiſſum nõ eſt.

CAPVT XL.

Sufficiatne iuratoria cautio cùm vſufructuarius ſatiſdare non poteſt.

Vſufructuarius cauere debet ſe vſurũ boni viri arbitratu, & cùm vſusfructus ad eum pertinere deſinet, reſtituturũ quod inde extabit. l.1. ff. vſusfr. quemad. caue. l.4. C. de vſufru. Et quia lex ſatiſd. verbo vtitur, cautio intelligitur cum fideiuſſorib. l.1. ff. qui ſatiſ. cog.

 l. Sanci-

A l.Sancimus.C.de verb.ſign.Vnde oritur controuerſia.ſi vſufructuarius fideiuſſorem inuenire non poſſit, an ſufficiat iuratoria cautio,aut quod aliud remedium ſit. Et animaduerti quatuor eſſe Doctorum ſententias hac de re. Prima,iuratoriam cautionem non ſufficere, & ideo vſumfructum vendicari non poſſe. Authores ſunt Accurſius in l.4.C.de vſufr. Bertrandus in conſ.144.lib.3. Romanus conſ.439.nu.10.Iaſ.ad l.1.nu.23. & ibid.Socinus ſenior,nu.22.ff.qui ſatiſd.cogan.

Fundamentum eſt in legibus quibuſdam, in quibus conſtitutum eſt cautionem iuratoriam nõ admitti, quoties cum fideiuſſoribus cautio requiritur,l.Filiusfam.§.Diui.verſ.ijdẽ Principes.ff. de leg.1.l.2.C. de tutore vel curat.qui ſatis non dedit.Sed ad rem magis pertinet.l.7.ff.vſufructuari.quemad.cau.vbi Vlpianus ſic ait:*Si vſus fructus nomine,re tradita,ſatiſdatum non fuerit, Proculus ait,poſſe hæredem rem vendicare,&c.*& l.vlt.ff.eod.tit vbi B idem Vlpianus inquit: *Ergo cùm non fiant fructuarii vaſa, vendicari à proprietario poſſunt.cautione non data.*

Altera eſt ſententia, ſufficere iuratoriam cautionem hoc in caſu,niſi fructuarius ſuſpectus ſit,& malæ conditionis & vitæ.Authores ſunt Bart..ad d.l.4.C.de vſufr. Guido Papę deciſ.189.nu.1.Marſilius in pract.criminali.§.Diligenter.nu.104.Io.Immolenſis ad l.Cùm non facilè,nu.2.3.ff.ſi cui plus quàm per legem falcid.Portius lib.3.comm.concl.c.18.in 8.Ampliatione. Cacheranus deciſ.Pedemontana 153.Pinellus ad l.1.C.de bonis matern.in 2.par.nu.79.Andreas Geyll.lib.2.obſeru.47.

Fundamentum eſt in aliquibus legibus,quibus conſtitutum eſt,iuratoriam cautionẽ ſufficere in caſibus,quibus fideiuſſor inueniri non poteſt.l. Cùm non facilè.ff. Si cui plus quàm per legem falcid.l.1.§. Super peculio. C.de aſſer.tollen.Auth. Generaliter.C.de Epiſcopis & Clericis.§.Sed hodie.inſtit.de Satiſdatione.

Tertia eſt ſnĩa,hoc in caſu,quia fideiuſſor nõ põt inueniri,& dubiũ eſt,an ſufficiat iuratoria cautio,aliud remediũ C eſſe, vt ſequeſtrent bona apud aliquẽ virũ honeſtũ, diuitem,ac probũ,qui pręſtet fructus eorum vſufructuario.Ita olim docuit Gulielmus de Cuneo,& idem ſentit Bart.eo in caſu,quo vſufructuarius ſuſpectus eſt in d.l.4, C. de vſufr.refertq́; Guido Papę,hanc ſententiam ſecutum fuiſſe Parlamẽtum Gratianopolitanum deciſ.250.

Quarta eſt ſnĩa,proprietariũ hoc in caſu bona retinere poſſe, & vendicare,ſed fructuario annuatim certam vel fructuum, vel pecunię quãtitatẽ pendere oportere, ipſiq; fructuario,de ea pręſtanda idoneè cauere.Ita Angelus ad l.Hac edictali.§.His illud.nu.6.C.de ſecundis nupt.Salicetus in d.l.4.C.de vſufr. Borgninus Caualcanus alios citans de vſufructu mulieri relicto.nu.150.

Fundamentum eſt in d.l.Hac edictali.§.His illud.C. de ſecundis nupt.in illis verbis: *Vel certè, ſi fideiuſſiones idoneas præſtare diſtulerit,aut nequiuerit, prædicta res mobiles nondum matri à liberis tradita, apud eoſdem manebunt.* D *ſolita verò eidem matri, vel ab eadem dudum reſtituuntur liberis, ſi tam ab his fideiuſſio idonea matri fuerit oblata.qua caueri debet,quod eidem ſuperſtiti pro vſufructu earundem rerum mobilium, vel precio,quo taxata ſunt,vſurarum nomine centeſima partem tertiam annuis quibuſq́; temporibus præſtare non differant,&c.*

Scribit Mynſingerus centur.6.obſer.48.cùm harum quatuor opinionum conflictus in Camera Imperiali incidiſſet, quamuis eam ſententiam de iure veriorem Aſſeſſores exiſtimauerint, quę vſumfructum non deberi, ob non pręſtitam cautionem docet: æquiſſimam tamen hanc poſtremam ſententiam iudicaſſe;quia hac ratione & proprietario conſultum eſt,& vſufructuario.

Et hanc ſnĩam ipſe quoque amplector, licet enim ex l.7.& vlt.ff.vſufruct.quemad.cau.necnon ex l Si vſusfructus 16.ff.de vſufr,rectè defendi poſſit, ſi non fuerit ſatiſdatum, vſumfructum non deberi,tamẽ quia Vlpianus nõ de hac facti ſpecie loquitur,qua fructuarius fideiuſſorem inuenire non poteſt;non prorſus excludere vt

A hoc remedium Imperatoris in d.l.Hac edictali.§.His illud.Nobis igitur in re maximè dubia(ſiquidẽ leges quãdoque iuratoriam cautionem probant, quandoque reijciunt,)amplecti licet æquiorem ac benigniorem ſententiam,nec fructuario aliquid iuris detrahentem,nec proprietario; & Aſſeſſorum Imperialis iudicij authoritate munitam,quæ meritò in tam excelſo loco poſita eſt, vt nefas ſit,temerè ab ea recedere.

CAPVT XLI.

De vſufructu earum rerum quæ vſu conteruntur, qualis ab vſufructuario præſtanda ſit ſatiſdatio.

SVnt quædam res, quæ vſu conſumuntur veluti pecunia,vinum,frumentum,oleum,& id genus alia; ſunt & alia quæ minuuntur, veluti veſtes,dolia,& cetera mobilia. De rebus prioris generis poſtea dicetur, nunc de B his,quæ vſu minuuntur dicam.Vtrum fructuarius ſatiſdationem præſtare teneatur ſe reſtituturum eiuſmodi bona,finito vſufructu in eâ bonitate,& æſtimatione,cuius erant tempore,quo fuerunt ei traditæ,an verò ſicut erunt finito vſufructu.

Et vt ſtatim me expediam, puto eas res reſtituendas, prout inuenientur finito vſufructu,nulla ratione habita æſtimationis,quæ erat tempore traditionis.

Mouet me tex.in l.Si vſusfructus.§.Si veſtis.ff.vſufructua.quemadmo.caueat:*Si veſtis vſusfructus legatus ſit, ſcripſit Pomponius, quanquam hæres ſtipulatus ſit, finito vſufructu veſtem reddi,attamen non obligari promiſſorem, ſi eam ſine dolo malo attritam reddiderit.*

Secũdò mouet l.1.ff.Vſufructua,quemad. caueat.vbi Vlpianus ait: *Si cuius rei vſusfructus legatus ſit, æquiſſimum Prætori viſum eſt de vtroque legatarium cauere, & vſurum ſe boni viri arbitratu, & cùm vſusfructus ad eum pertinere deſinet reſtituturum quod inde extabit.Hæc ſtipulatio* C *ſiue mobilis ſit res,ſiue ſoli, interponi debet.* Et poſt pauca: *Cauere autem debet boni viri arbitratu perceptum iri vſumfructum,hoc eſt,non deteriorem ſe cauſam vſusfructus facturum,cæteraq́; facturum.quæ in re ſua faceret.*

Ex hac lege primum perpẽdo, vſufructuarium eodẽ modo teneri ad res mobiles reſtituendas, quo tenetur ad reſtituendas res ſoli,hoc eſt, immobiles.

Secundò, fructuarium teneri reſtituere, quod inde, hoc eſt,finito vſufructu extabit.

Denique arbitrio boni viri frui debet,& omnia facere,quæ in rebus ſuis faceret.

Si igitur rebus mobilibus vtatur ſecundũ arbitrium boni viri,& in iis verſetur vti virum bonum decet, & prout verſatur in ſuis rebus, nihil proponi video, cur ſi res vſu ipſo conterantur,atque diminuãtur, eo nomine teneatur, eamq́ue æſtimationem præſtare obligatus ſit, quæ tempore traditionis erat. Alioquin non videretur D vſumfructum,hoc eſt,ius vtendi & fruendi habet liberè,ſed cum onere admodũ graui,nec gratuitò,ſed quodammodo cum obligatione mercedis dandæ propter vſum.Fac enim rem ex vſu æſtimatione diminutã,quia tempore traditionis æſtimabatur decem aureis, finito vſufructu æſtimatur tribus, tenebitur ſoluere quod deeſt æſtimationi,quæ fuit traditionis tempore; quod abſurdum videtur.

Atque ita docuerunt Ioan.Imolẽſis, poſt Florianum, quem citat in c.vlt.num.24.de pign.Franciſcus Marcus deciſ.818.in 1.parte.

Sed contrarium reſponderũt Alex.in conſi.58.nu.6.lib.1. Socinus ſenior cõſilio 9.lib.4.Pinellus ad l.1.in 2.parte poſt nu.80.C.de bonis mater.& alij quos commemorat Antonius Theſaurus deciſ.Pedem.80.

Fundamentum eſt in l.Si vini.ff.de vſufr.ear.rer.quę vſu conſum. vbi Caius: *Si vini,olei,frumenti vſusfructus legatus erit, proprietas ad legatarium debet transferri, & ab eo cautio deſideranda eſt, vt quandoque cum is mortuus, aut capite minutus ſit, eiuſdem qualitatis res*

reſtituan-

reſtituantur, aut æſtimatis rebus certa pecunia nomine cauendum, quod & commodius eſt. Idem ſcilicet de cæteris quoque rebus, quæ vſu conſumuntur, intelligimus. Idem docet Imperator in §. Conſtituitur. inſti. de vſuf. vbi nominatim fit mentio veſtimentorum.

Reſpondeo, illud reſpõſum Caij pertinere ad earum rerum vſumfructum, quæ vſu conſumuntur, de quibus iam noſtra diſputatio non eſt. Non obſtat mentio veſtimentorum à Iuſtiniano facta, quia illud eſt accipiẽdum de veſtimentis, quę breui tempore vſu conſumuntur, de quibus nunc non loquimur.

Ratio differentiæ eſt, quia vſusfructus earum rerum, quæ vſu conſumuntur, conſiſtere nõ poteſt, niſi per cautionem quam fructuarius præſtat. Cautio autem debet procul dubio eſſe de reſtituendis rebus eiuſdem qualitatis, quia vſusfructus eſt ius vtendi & fruendi rebus alienis, ſalua rerum ſubſtantia. Per cautionem autem ſubſtantia conſeruari videtur, dum eiuſdem qualitatis res per eam reſtituuntur. At in rebus, quæ vſu nõ conſumuntur, ſed aliquo pacto minuuntur, & conterũtur, adeò vt poſt longum tempus ſalua quidem rei ſubſtantia ſit, verum fortè non eiuſdem æſtimationis, ac precij; in his, inquam rebus, vſusfructus optimè conſiſtit. Et ſi reſtituantur finito vſufructu, prout tunc reperiuntur, non deteriores factæ dolo, vel culpa fructuarij, in eis, bona fide, & ſecundùm boni viri arbitrium verſantis; ſed paululum minutæ, contritæve, ac proinde minoris æſtimationis effectæ, ſatis ſuæ obligationi fructuarium feciſſe crediderim.

CAPVT XLII.

Vtrum ei cui vſusfructus relictus eſt earum rerum, quæ vſu conſumuntur, cautio à teſtatore remitti poſſit?

PEtrus & Cynus in l. 1. C. de vſufru. exiſtimarũt, cautionem remitti vſufructuario poſſe à teſtatore in ijs rebus, quæ vſu conſumuntur, veluti pecuniæ, vini, olei, frumẽti, & ſimilium, ſecuti eandem ſententiam ſunt, Andreas Siculus in conſil. 64. lib. 2. Ancharanus, Panormitanus & Collector, in c. vlt. de pign. & Alexander quem nemo citat in conſ. 120. nu. 6. 7. lib. 7.

Fundamentum ponunt in eo, quod ratio legis prohibentis hãc cautionem remitti, ceſſet in ijs rebus, quæ vſu conſumuntur. Fauor ſcilicet hæredis, & ne fructuario det occaſio delinquẽdi. Hodie enim hoc iure vtimur, vt teſtator poſſit legibus derogare, quæ ad hęredis fauorem & commodum ſpectant. Poteſt enim hæredi auferre legis falcidiæ beneficium, vt in Nouella de hęredibus & falcidia. Occaſio autem delinquendi ceſſare videtur in ijs rebus, quæ vſu conſumuntur, quoniam earum dominium in fructuarium transfertur, vt in l. Si vini. ff. de vſufruct. ear. rer. quæ vſu conſumuntur.

Sed contrarium docuerunt Ioan. Imolen. in c. vlt. de pign. circa finem, Bartolus, Baldus, Fulgoſius & Caſtrenſis in d. l. 1. C. de vſufru. nec non Pinellus ad l. 1. C. de bonis mater. in 2. parte, poſt nu. 76.

Et iſtis ego aſſentior. Primùm ex generali iuris regula. Nemo poteſt facere quin leges locum habeant in ſuo teſtamento. l. Nemo poteſt. de legatis primo.

Nec obſtat, quod dicitur teſtatorem prohibere poſſe, ne lex falcidia locum habeat, quia id non eſt producendum ad conſequentias. Non enim ſi in vno vel altero caſu id permiſſum eſt, ad omnes alios producendum videtur. l. Ius ſingulare. l. Quod verò. ff. de legib.

Secundò ex l. 1. C. de vſufr. Seuerus & Antoninus: *Si vſusfructus omnium bonorũ, vxoris teſtamento, marito relictus eſt, quamuis cautionem à te prohibuerit exigi, tamen non aliter à debitoribus, ſolutam pecuniam accipere poteris, quàm oblata ſecundùm formam Senatuſconſulti, cautione.*

Hic agitur de vſufructu pecunię, vt patet ex illis ver-

A bis: *ſolutam pecuniam*, & ex mentione facta Senatuſconſulti. Illud enim habet locum in vſufructu earũ rerum, quæ vſu cõſumũtur. l. ff. de vſufruct. earum rer. quæ vſu conſum. in vſufructu aliarum rerum locus eſt cautioni ex edicto Prætoris.

Poſtremò ex l. Si pecuniæ. ff. vt in poſſeſſ. legato. Iulianus: *Si pecuniæ numeratæ vſusfructus legatus eſſet, & in teſtamento cautum, ne eo nomine ſatiſdaretur, proprietas legata non eſt, ſed legatario permittendum eſt, ſatiſdare, & vſumfructum pecuniæ habere. Et propterea in hac propoſitione nulla Prætoris erunt partes, quoniſi ſatiſdetur, agi cum hærede non poterat.*

Hic vides remitti nõ poſſe cautionem, quia textus dicit, *niſi ſatiſdetur, agi cum hærede* non poſſe, & loquimur de vſufructu pecuniæ numeratæ.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, rationem legis eſſe, quia nemo poteſt facere, quin leges lo-
B cum habeant in ſuo teſtamento, quæ ratio locum habet etiam in vſufructu earum rerum, quæ vſu cõſumuntur, vt patet. Et cùm in his terminis leges ſint apertę, fruſtrà generales quædam rationes opponuntur.

CAPVT XLIII.

Cautio in vſufructu earum rerum, quæ vſu conſumuntur, an ſit de ſubſtantia vſusfructus?

NOn puto eſſe de ſubſtantia, vt verbis vtar vulgaribus, cautionem in vſufructu earũ rerum, quæ vſu cõſumuntur, quia ſi de ſubſtantia eſſet, omitti non poſſet. Omitti verò poſſe palam eſt ex l. 5. §. Hoc Senatuſcõſultum. ff. de vſufru. ear. rer. quæ vſu conſum. & ideo aſſentior Pinello ita docenti poſt Accurſ. Azonem, Imolenſem, Fabrum & alios, quos ipſe citat ad l. 1. C. de bonis matern. 2. p. nu. 78.
C Contrarium docuerunt Bart. in l. 1. nu. 12. C. de vſufr. Baldus, Salicetus & Fulgoſius ibid. Iaſ. ad l. 1. nu. 125. de leg. 1. & ibidem Alciatus num. 32. Socinus iunior in cõſ. 72. num 3. lib. 2.

Fundamentum ſtatuunt in l. 2. de vſufruct. earum rerum, quæ vſu conſum. *Sed de pecunia*, loquit textus, *recte caueri oportet iis, à quibus eius pecuniæ vſusfructus legatus erit, quo Senatuſconſulto non id effectum eſt, vt pecuniæ vſusfructus proprius eſſet. Nec enim naturalis ratio authoritate Senatus mutari potuit, ſed remedio introducto cœpit, quaſi vſusfructus haberi.* Et in §. Conſtituitur. inſt. de vſufruct. *Sed vtilitatis cauſa*, inquit, *Senatus cenſuit poſſe etiam earum rerum vſumfructum conſtitui; vt tamen eo nomine hæredi vtiliter caueatur, &c.*

Reſpondeo, cautionem quidem hoc efficere, vt vſusfructus videatur haberi earum rerũ, quæ vſu conſumuntur, ſed iam quęſtio eſt, an talis cautio ita ſubſtãtialis ſit,
D vt ſine ea vſusfructus obtineri non poſſit: Et placet, quia quilibet renunciare poteſt ijs quæ in fauorem ſuum introducta ſunt, ſi non exigatur hęc cautio, nihilominus vſumfructum impropriè dici, ex quo conſequitur nõ eſſe de ſubſtantia: poteſt enim hęres fructuarij fidem ſecutus ei pecunias vtendas, & reliqua, quæ vſu conſumuntur, permittere, ac tradere abſque cautione, finitoque vſufructu, ipſam quantitatem, vt Sabinus dicebat, condicere.

CAPVT XLIV.

Operis noui nunciatio manifeſtè iniuſta, an impunè contemni poſſit ad l. 1. ff. de operis noui nunt.

VLpianus in l. 1. ff. de operis noui nunc. *Hoc edicto*, inquit, *permittitur, vt ſiue iure, ſiue iniuria opus fieret per denunciationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio, hactenus, quatenus prohibendi ius, is qui nũciaret, nõ haberet.* Et in l. Prætor ait,

§. Interdictū. ff. eo. *Qui igitur facit*, inquit, *& ius faciendi habuit, tamen contra interdictum Prætoris facere videtur, & ideo diſtruere cogitur.* Et in § Ait Prætor, eadem lege, *quod factum eſt*, inquit, *iubet reſtitui, neq; intereſt iure factum ſit an non, ſiue igitur iure factum eſt, ſiue non iure factum eſt interdictum locum habebit.*

His Vlpiani reſpõſis conſentaneũ eſt, quod idē ſcribit in l. 1. §. Parui. ff. quod vi aut clam. ibi: *Et parui refert, vtrum ius faciendi habuit, an non; ſiue enim ius habuit, ſiue non, interdicto tamen tenetur propter hoc, quod clam fecit.*

Nec his abſimile eſt, quod Paulus ſcribit in l. ſed eximendi. §. pe. ff. Ne quis eum qui in ius voca. eſt, vi exim. *Item ſi quis eum qui per calumniam vocabatur exemerit, conſtat eum hoc edicto teneri.*

Quibus teſtimoniis adductus ſententiam Alberici valde probabilē eſſe iudicani, exiſtimantis operis noui nunciationem haudquaquam ſperni poſſe, licet manifeſtum ſit non iure factam eſſe. Præſertim verò locum habere hanc ſententiā puto, cùm iuramento calumniæ nunciāti præſtito inhibitio à Prætore facta eſt, iuxta l. De pupillo, §. Qui opus nouum, ff. de ope. no. nun. Etſi enim manifeſtum ſit, nunciationem iniuſtam eſſe, & eum cui nunciatur iure ædificare, non poteſt tamen ſua authoritate is, cui nunciatum eſt, nunciationem factam contemnere, ſed vel remiſſionem obtinere debet, vel præſtita ſatiſdatione ſibi proſpicere. l. Prætor ait, §. Deinde ait, ff. de op. no. nunc.

Contrarium docuerunt Bal. Iaſ. Ruin. Crot. Alciat. & alij in explicatione d. l. 1. ff. de op. no. nunc. ſed eorum argumenta nihil obſtant.

Primum eſt, Difficilius aliquid tollitur poſtquam factum eſt, q̃ fieri prohibeatur. l. Patet furioſo, ff. de his, qui ſui vel alie. iuris ſunt: Sed cùm conſtat nunciantem opus nouum, ius nunciandi non habere, remittitur prohibitio iam facta, ergo multò magis nũciatio, ſiue prohibitio ab initio contemni poteſt.

Reſpondeo, argumentum fallaciam continere, vt Iaſon quoque fatetur, quia ſine dubio nunciatio fieri prohibetur, ſi nullum nuncianti ius competat, ſicut & eo in caſu, nunciatio facta remittitur, ſed hoc à Prætore cognoſcendum eſt, non ab eo cui nunciatur. Licet enim ita ſit, non debet Prætoris maieſtatem contemnere, ſed remiſſionem impetrare, iura ſua deducendo apud ipſum Prætorem.

Secundum argumentum, leges non permittũt aliquid iniuſtum, l. Meminerint, C. Vnde vi. & prætor id maximè non debet permittere, qui æquitatem ante oculos habere debet, l. quod ſi Epheſi ff. de eo, quod cer. loco. Sed niſi recipiatur hæc interpretatio, leges vidētur iniqua permittere, vt nimirum is qui nullum habet ius nunciandi opus nouum, prohibeat ædificārem, Ergo recipienda eſt interpretatio iſta, vt nũciatio ſperni poſſit: ſi notorium ſit ei qui opus nouum nunciauit, non competere ius nunciandi.

Reſpondeo, id iniquum non eſſe, qui verũ habeat ius ædificandi, necne, is cui nouum opus nunciatur, à Prætore iudicandum & decernendum eſt, remittendaque erit à Prætore nunciatio eatenus, quatenus is qui nũciauit, ius nunciandi non habuerit. Non igitur ſibi quiſquā ius dicere debet, & magiſtratum contemnere. l. Non eſt ſingulis. de reg. iuris.

Tertium argumentum eſt à ſimili. Spoliatus ante omnia reſtituendus eſt. l. Si quis ad ſe fundum, C. vnde vi. c. In literis, de reſti. ſpol. Veruntamen ſi notorium ſit, nullum ei ius cõpetere, reſtituendus non eſt. c. Ad decimas. de reſti. ſpol. lib. 6.

Rurſus aduerſus tres conformes ſententias, nullitatis exceptio opponi non poteſt, ad impediendam executionem Clem. vt calumnijs, de re ind. Veruntamen ſi notoria ſit nullitas, poteſt; vt notat Alex. in conſ. 77. nu. 16. & conſ. 106. in fi. lib. 3. Rom. ſing. 291.

Rurſus, Ex quacunq; cauſa vocatus ad iudicem venire debet. l. 2. ff. Si quis in ius voc. non ier. Veruntamen is qui extra territorium vocatus eſt, non tenetur venire. l. vlt. ff. de iuriſd. om. iud. quia ſcilicet manifeſtum eſt, vocari non potuiſſe.

Ad hæc & ſimilia, quæ adferri poſſunt exempla, & argumenta reſideo, vt maximè vera ſint, quod nunc non diſputo, non pertinere ad quæſt. noſtram. Nã non probāt, quempiam ſibi ius dicere poſſe, vel Magiſtratũ aut Edictorum eius authoritatem contemnere poſſe ſub colore iuris ſui notorij. Et cùm de magiſtratu loquimur, ſimul præſupponimus eum, cui nouum opus nunciatur, ſubiectum eſſe iuriſdictioni, & imperio eius; ac proinde illud exemplum de non ſubdito, cui aliquid præcipitur à magiſtratu non ſuo, longè à propoſito noſtro alienum eſt.

Quartum argumentū ſumitur ex legibus, quib. apertè dicitur, quandoq; non valere ipſam noui operis nunciationem, vt in l. 1. §. Quod ſi quis in mari, in l. De pupillo, §. Si quis riuos. & §. Si plurium. & in l. Qui viam, ff. de op. no. nunc. & alibi.

Reſpondeo, in caſibus in quibus iure conſtitutum eſt, nunciationem fieri nõ poſſe, eam quoq; nullius eſſe momenti, quia fit lege, eam fieri prohibentē. l. Non dubiũ. C. de legib. Non ergo obligauit eum cui nunciatur, nullum effectum pariet, nullum impedimentum præſtabit, c. Non præſtat impedimentum. de reg. iur. lib. 6. Sed de his ſpeciebus, quæ legib. comprehenſæ ſunt, noſtra quæſtio & concluſio accipienda non erit.

CAPVT XLV.

Aedificans ſpreta noui operis nunciatione, an demoliri cogatur, cùm litem ſuper negotio principali conteſtatus eſt?

SI is, cui opus nouum nunciatum eſt, ante remiſſionem ædificauerit, deinde cœperit agere, ius ſibi eſſe ita ædificatum habere, Prætor actionem ei negare debet, & interdictũ in eum, de opere reſtituendo reddere. Ita reſpondit Vlpianus in l. 1. §. Sed ſi is, ff. de noui op. nun.

Cæterùm hic controuertitur. Quiſpiam ſpreta operis noui nunciatione ædificauit, deinde cum aduerſario litem ſuper negocio principali conteſtatus eſt, ſcilicet an liceret ædificare necne. Vtrum ante omnia ædificium demoliri debeat, & in eum competat interdictum de opere demoliēdo, priuſquàm de ipſo principali negocio, hoc eſt, iure ædificandi cognoſcatur?

Reſpondet Iaſ. ad l. 1. nu. 3. in 4. lim. ff. de ope. no. nun. de toto principali negotio prius cognoſcendũ eſſe, nec ante omnia ædificium demoliendum; quoniam ea quæ dicuntur attentata, reuocari debent ante litem conteſtatam ſuper cauſa principali. Iudex. n. qui de meritis cauſæ cœpit cognoſcere, ſuper illis pronunciare debet, non autem ſuper attentatis, ſecundum Baldi ſententiam, in conſ. 245. nu. 2. lib. 2. quã ante eum Specul. habuit in tit. de Appell. §. Nouiſſimè, circa fin.

Sed quoniam ſententia hæc Baldi magnoperè cõtrouerſa eſt, prius eam examinare oportet, quàm propoſita quæſtio à nobis decidatur. Præiudicium enim illa continet huius principalis quæſtionis: ſi vera eſt ſentētia Baldi, rectè Iaſon monet, ſi falſa eſt, Iaſonis quoq; ſententia falſa erit.

Igitur à ſententia Baldi & Specul. alij ſunt, quos commemorat Iacobus Menochius, de recup. poſ. remed. 17. num. 37.

Argumenta verò ſunt iſta. Primum ex c. Significante. de appel. vbi vertebatur quæſtio, an liceret alibi, quã in ſtallis Decani & capituli carnes vēdere. Et cum lite pendente carnes in aliis ſtallis venditæ eſſent, Inſtitit Decanus & Capitulũ, vt quod factũ fuerat, veluti attentatum reuocaretur, ſed reſponſum fuit, id peti non potuiſſe, quibus iudicibus ex conſenſu partium, certus erat conſtitutus

dies

A dies ad litigandum, ſuper ipſo negotio principali; quod reſponſum cùm iudices non admitterẽt, ſed potius reijcerent, fuit ad ſedem Apoſtolicam appellatum, & S. Põtifex pro appellante pronunciauit.

Secundum eſt ex l. 1. §. Non ſolùm, ff. vt leg. no. cauea. in illis verbis: *Plane ſi quis omiſſa ſtipulatione litem de legato conteſtatus ſit, probandum eſt ceſſare debere ſtipulationem.*

Tertium argumentum eſt ex c. 1. de reſtit. ſpol. vbi dicitur, quanquam ante omnem contentionem poſſeſſiõ violenter ablata ſit reſtituenda, tamen quia ſpoliato cõſentiente, pars aduerſa conſtituit ſe legitimè probaturũ de ſuo iure, S. Pontifex reſpondit, veritatem eſſe ſuper eo inquirendam.

Quartum eſt ex regula vulgari ſed brocardica; Quãdiu ordinarium ſupereſt auxilium, non eſt ad extraordinarium recurrendum. Eſt autem ordinarium auxilium ipſius cauſæ principalis deciſio: Extraordinarium verò, attentatorum reuocatio. Ergo de cauſa principali cognoſcendum videtur omiſſis attentatis.

B Contrarium docuerũt Io. Andr. Geminianus & Ancharanus in c. Non ſolùm, de appel. lib. 6. & alij quos refert & ſequit. Menochius de recup. poſſeſſ. remedio 17. nu. 37. Lancellotus de Attentatis in 3. par. c. 23. nu. 9. vbi etiam refert deciſionem Rotæ Romanę 25. aliàs 185. Licet pars rea. de appella. in nouiſſ.

Argumenta ſunt iſta. Primum, quia per litis conteſtationẽ non ſolet deterior fieri conditio eorũ, qui litẽ cõteſtati ſunt. l. Non ſolet. l. Nemo enim, de reg. iur.

Secundum eſt ex c. Nõ ſolùm, de Appel. li. 6. quatenus textus dicit, attẽtata ſemper ante omnia reuocanda eſſe.

Tertium argumentum eſt, quia etiam in interdicto Vnde vi, ſpoliatus ante omnia reſtituendus eſt, licet ſuper petitorio lis fuerit conteſtata, Clem. 1. de cauſa poſſeſſ. & propriet. ſecundum communiorem ſententiam, teſte Ripa in l. Naturaliter. §. Nihil commune, nu. 164. ff. de acq. poſſeſſ.

C Ego poſteriorem hanc ſententiam probabiliorem iudico, quia pro ea iuris regulæ pugnare videntur. Attentata inprimis reuocanda eſſe. Spoliatum ante omnia reſtituendum; Pro contraria verò ſententia nullum ſolidum argumentum adfertur.

Primum enim ex cap. Significante, de appellat. nihil obſtat. Ratio enim deciſionis illius eſt, quia cùm de conſenſu partium coram iudicibus ad litigãdum ſuper ipſo negotio certus dies ſtatutus fuiſſet; & quantum ad illum diem ſolutum fuiſſet iudicium, præuenire diem ipſum, ac audire partem aduerſam, in tali imploratione (ſcilicet reuocationis attentatorum) abſque cõſenſu partis alterius non debebant: de hac facti ſpecie quęſtio nõſtra accipienda non eſt.

Secundũ argumentum ex d. l. 1. §. Non ſolùm, ideo nõ obſtat, q̃a loquitur, quando omiſſa ſtipulatio eſt, quę ad cautionem ſcilicet præſtãdam pertinet, non verò loquimur vbi omiſſa non eſt petitio reuocationis attẽtatorũ, imò pars petijt reuocari attentata, deinde lis conteſtata eſt ſuper negotio principali.

D Ad tertiũ ex c. 1. de reſtitut. ſpoliat. r̃ndeo, S. Pontificẽ loqui, cũ pars cõſenſit, vt de re ipſa principali cognoſceretur, vt patet ex illis verbis, *quia conſentiẽte illo*, &c. Talem conſenſum non ſupponimus in quæſtione noſtra.

Ad quartum reſpondeo, vt verum ſit brocardicum illud, quod falſum eſſe aliquando oſtẽdã, nec rectè ad rem noſtram applicari, quia nunquam attẽtata in primis eſſent reuocanda, nunquam ſpoliatus ante omnia reſtituẽdus eſſet: quia ſemper dici poteſt remediũ ordinarium ſupereſſe, vt interim de cauſa principali cognoſcatur, qua ſanè allegatione nil ineptius allegari poteſt.

His ita conſtitutis, ita puto planum eſſe quid ad propoſitam quæſtionem reſpondendum ſit. Nam reſpõdendum eſt, ędificium eſſe demoliendum antequam cognoſcatur, an ius ædificandi habuerit, is cui nouũ opus nunciatum eſt, iuxta l. 1. §. Sed ſi is, ff. de oper. no. nunc. quam ſententiam contra Iaſonem egregiè defendit eruditiſſimus Siluius Spanochius li. 4. quæſtionum ad tit. de operis noui nunciatione. Gratiſſima eſt occaſio mentionem faciẽdi D. Siluius: Eſt enim frater Excellentiſſ. D. Angeli Summi profeſſoris Bononiẽſis, & Clariſſ. ac p̃ſtantiſſimi D. Horatij, quibuſcũ mihi nõ vulgaris neceſſitudo eſt.

CAPVT XLVI.

Ad l. 3. §. 1. & l. De pupillo. §. Si plurium, ff. de ope. noui nunciat.

VLpianus in l. 3. §. 1. *Si in loco communi quid fiat, nunciatio locum habebit aduerſus uicinum. Plane ſi unus noſtrum in communi loco faciat, non poſſum ego ſocius nouum opus ei nunciare, ſed eũ prohibebo communi diuidundo iudicio uel per Prætorem.*

B Aſſentior Vdalrico Zaſio in 1. parte, ſingul. intell. c. 1. ita hunc textum explicãti, quemadmodum olim Petrus Beſazius, ſocium ſocio, in re communi, nunciare non poſſe nouum opus, ſed vel communi diuidũdo iudicio, eum prohibere poſſe, vel per Prætorem, qui videlicet prohibeat ſocium. Hæc eſt illa prætoris cognitio, cuius mentio fit in l. 1. §. 1. ff. de rei vend. & alibi ſæpè. Non eſt officium iudicis mercenarium actioni intentatæ deſeruiens, vt veteres dixerunt.

Ideo ſocius opus nouum nunciare nõ poteſt, quia certum ius non habet in aliquam partem ipſius rei. Ergo res diuidenda eſt, communi diuidundo iudicio, aut per prætorem inhibẽdum. Hic eſt caſus ſpecialis, in quo nũciatio facta per Prætorem, valet, per ſociũ facta nõ valet, licet aliàs & verbo, & per lapillum nunciatio valeat. l. De pupillo. §. Meminiſſe. ff. de ope. no. nunc.

C Cæterùm eidem Zaſio, non abſque diſtinctione, aſſentior in explicatione l. De pupillo. §. Si pluriũ. Vlpianus; *Si plurium dominorum rei opus noceat, utrũ ſufficiet unius ex ſociis nunciatio an verò omnes nunciare debeant? Et eſt verius unius nunciationem omnibus non ſufficere; ſed eſt ſingulis nunciare neceſſe, quia & fieri poteſt, vt nunciatorum alter habeat, alter non habeat ius prohibendi.*

Communis expoſitio eſt, vnius nunciationem omnibus non ſufficere, id eſt, ſufficere quidem & prodeſſe nuncianti, ſed non alijs. Itaque ſi vnus tantùm nunciauerit, eius victoria alijs proderit, quia res eſt indiuidua. l. Stipulatio. §. Quæſitum. ff. eod. tit. l. loci corpus. §. Si fundus. ff. ſi ſer. vend. ne aliorum negligentia, nuncianti noceat. d. l. De pupillo. §. Si plurium. verſ. Neque enim.

At Zaſius contra, li. 1. ſing. intell. cap. 3. omnibus non ſufficere, id eſt, nemini ſufficere, q̃a negatiua dictio vniuerſali ſigno poſtpoſita, æquipollet ſuo contrario. l. obligari. ff. de auth. tuto.

D Reſpondeo, non ſemper ęquipollere. Exemplũ affert Alciatus li. 5. Parergon. c. 17. ex l. Si ſeruus. §. Si plurium. ff. ſi quis cautio. cui Zaſius non ſatisfacit.

Secundum argumentum eſt, quia nec illi qui nunciauit, prodeſſe poteſt nunciatio, quod ſic oſtenditur. Aut is petit opus deſtrui, aut id quod intereſt. Primum petere non poteſt, quia deſtructio operis nõ recipit diuiſionẽ, conſequenter pro parte peti non poteſt, vt opus deſtruatur. Non poteſt id quod intereſt petere, quia aut petet id quod ſua intereſt, aut quod aliorum ſociorum intereſt. Commune aliorum ſociorum intereſſe petere non poteſt, quia ſuo tantùm nomine, & pro ſuo intereſſe nunciauit. Proprium autẽ itereſſe petere nequit, quia priuſquam res diuidatur intelligi non poteſt, quæ ſit eius portio in re communi, & non magis ipſius quàm aliorum intereſt. Huc accedat quod ait text. in d. §. Si plurium, factum vnius ex ſocijs alijs non nocere, Ergo, inquit Zaſius, nec prodeſſe debet.

Reſpondeo, vt aliàs dixi, communem ſententiam accipiendam eſſe cum diſtinctione. Aut enim opus nouum

omnibus

A omnibus dominis quandocunque diuidentibus rē communem,nociturum eſt,puta ſi contra debitam ſeruitutem ædificetur. Eſt enim indiuidua, & omnibus competit,ideoq; vnus agere poteſt.l.Loci corpus.§.Si fundus ff.ſi ſeru .vēd. & hoc in caſu vnus poteſt opus nouū nunciare , & eius victoria alijs quoque ſocijs proderit. Aut opus nouum omnibus dominis nociturum non eſt, quandocunque diuidentibus, vel incertum eſt an nociturum ſit , & tunc rectè monet Zaſius , & locum habet ratio legis: *Quia & fieri poteſt , vt nunciatorum alter habeat , alter non habeat ius prohibendi* . Nec enim horum verborum ſenſus eſt,quem Accurſius putat, dum exemplum adfert,ſi vnus ſociorū pacto conſenſerit,&c.quia non poteſt vnus ex ſocijs paciſci in præiudicium aliorū, ſed ſenſus eſt, quia diuiſione facta inter ſocios rei communis, fieri poteſt,vt alter pręiudicium patiatur ex opere nouo,atque adeò ius prohibendi habeat , alter verò nullum præiudicium patiatur,ac proinde nullum prohi- B bēdi ius habeat,quia videlicet alterius parti nocet ędificium,alterius verò parti non noceat,diuiſione facta .

CAPVT XLVII.

Ad l.Si prius.ff.de operis noui nunc.

DIſſentio ab eodem Zaſio,impugnante communem ſententiam ſingul.intell.lib.1.cap.4.in explicatione l.Si prius.ff.de oper.no.nunc.in illis verbis: *Idemq; è contrario , ſi cùm agere vellet quis ſibi ius eſſe inuito aduerſario altius tollere, &c.*

Doctores communiter illa verba accipiunt de negatoria actione.Zaſius contra de confeſſoria . Fundamentum Doctorum eſt, quia is qui contendit ſibi licere altius tollere,effectu negat ſe vllam debere ſeruitutem,& pro libertate agit , quod actionis negatoriæ officium C eſt .

Fundamentum Zaſij eſt , quia ſeruitus altius tollendi datur & deberi poteſt,vt patet ex l.1.ff.de ſer.vrb.pręd. ibi. *Altius tollendi aut non extollendi , &c.* Vnde cùm Africanus de ſeruitute altius nō tollendi locutus fuerit, ſubdit de ſeruitute altius tollendi, *E contrario, &c.*

Non rectè Zaſius,quia non eſt duplex ſeruitus, altius tollendi,& non tollendi,ſed vna tantùm , quòd eleganter Franciſcus Conanus explicat lib.4.commentarior. iuris,cap.7.ad finem,dum ait: *Has ſeruitutes ex formulis ipſarum actionum appellatas fuiſſe, modò aientibus , modò negantibus verbis . prout ab eo cui competerent , aut qui eas deberet nominarentur . Itaque ſeruitus altius tollendi , aut non tollendi eadem eſt , quia cùm ago tecum , ius tibi non eſſe altius tollere , idq; tu negas , nullamq; te mihi debere eo nomine ſeruitutem aſſeris , hoc ius altius tollendi , aut non tollendi controuerſum eſt inter nos : ideoq; dicitur hæc ſeruitus al-* D *tius tollendi , aut non tollendi : vt eiuſdem ſeruitutis gratia datur actio confeſſoria & negatoria: Idem dicendum in reliquis ſeruitutib. quas enumerat Caius(in l.1 ff. de ſer. vrb. præd.)in quibus perridiculum fuerit putare eſſe aliquam ſeruitutem , qua quis compellatur efficere meis luminibus.* Hactenus Conanus.

Rectè Cuiacius & conuenienter communi expoſitioni tractans hunc locum ad Africanum, tract.9. *Si agam,* inquit, *ius mihi eſſe altius ædes extollere iure naturali, figura verborum confeſſoria eſt actio , vt ipſa negatoria , quia ſeruitutem nego ædes meas debere , altius non tollendi libertatem adſeri ædibus meis .*

Verum eſt ſeruitutem altius tollendi deberi poſſe iure īpoſito,vt declarat ibi Cuiacius paulò ſuperius: Verbi gratia,cùm tibi ceſſiſſem , ius mihi nō eſſe ædes meas altius tollere, poſtea tu ceſſiſti ius mihi eſſe. Nam ſi contendam nunc mihi ius eſſe, erit actio confeſſoria ; ſeruitutem enim mihi aſſero, quia minuiſti ius ædium tuarū, auxiſti mearum.l.Si domus.ff.de ſer.vrb.præd.

A Sed an de tali ſpecie Africanus loquatur incertū eſt. Nec illa verba *E contrario, &c.* magnoperè vrgent,quia contrarietas eſt in hoc quod ſupra locutus eſt de eo, qui egit ius vicino non eſſe ædes altius tollere, nunc verò è contrario de eo,qui egit ius ſibi eſſe altius ædes tollere: Illa cōfeſſoria eſt actio,hæc autem negatoria.Et ſicut in illa contumax actoris partes ſuſtinebit , quia non poterit ędificare,niſi prius egerit ius ſibi eſſe altius ędes tollere,ita è contrario in illa contumax actoris partes ſuſtinebit , quia nouum opus cauebit ſe non nunciaturum, niſi prius probauerit, aduerſario ius non eſſe altius ædificare.

Aſt,inquit Zaſius,nullā hoc poſteriori caſu pęnam patietur contumax , etſi probare debeat , vicini ædes non eſſe liberas,& ideo non liceret altius vicino eas tollere.

Reſpondeo , hanc pœnam contumacem ſubiturum, quod cum cauere oportebit,nec opus nouum ſe nuncia- B turum, nec ædificanti vim facturum , vt inquit Africanus.Hæc res pœnam continet ſatis grauem, quia ſi nunciare opus nouum poſſet priuſquam ageret , ædificare volentem impediret,donec remiſſa eſſet nunciatio.

CAPVT XLVIII.

Ad l.vn.C.de operis noui nunciatione.

GRauis controuerſia eſt, quomodo accipienda ſit l.vn.C.de oper.no. nunc. *Sancimus ſi quis denunciationem emiſerit in hac quidem regia vrbe.præfectum vrbi feſtinare , in prouincia verò rectorem eius intra trium menſium ſpatium cauſam dirimere . Sin verò aliquod fuerit quocunque modo ad deciſionem ambiguitatis impedimentum: licentiam habere eum , qui ædificationem deproperat , opus* C *de quo agitur efficere: prius fideiuſſore ab eo dato officio vrbicaria præfectura,vel prouincialis: vt ſi non rectè ædificauerit, omne opus, quod poſt denunciationem fecerit, ſuis ſumptibus deſtruet.*

Facit controuerſiam, quòd anterioribus legibus cautum eſt,nunciationem ſeu prohibitionem remitti pręſtita cautione de demoliendo.l. Stipulatio.§.1.l.De pupillo.§.Si is cui,l.Prætor. §.Interdum.l.Non ſolùm.§.Si cū poſſem.& §.Sciendum.ff.eod.tit. Iuſtinianus autem hac lege ſua ſtatuit tres menſes ad expediendam cauſam,intra quod tēpus ſi cauſa expediri nō poſſit,tunc primum cautionem præſtandam decernit , de opere demoliendo,quod factum erit poſt nunciationem .

Veteres Gloſſographi varias attulerūt explicationes. Prima, Iuſtinianum loqui cùm operis noui nūciatio per Pręturem fit,Superiores autem leges,cùm per nos ipſos fit nunciatio.

D Non placet,quia huius diſtinctionis nullum argumentum adferri poteſt.

Secunda,in arbitrio nūciatoris eſſe,an velit recipere cautionem,ſi receperit,nunciationem remitti; ſi non receperit,ſed petierit cauſam expediri dicens , ſe iura ſua in promptu habere , tunc expectandum eſſe terminum trium menſium,& ſi intra illud tempus cauſa non fuerit expedita,locum eſſe cautioni de opere deſtruendo .

Non ſatisfacit,quia in iudicijs ſeruanda eſt æqualitas, quare non magis hæc res ex nunciantis arbitrio, quàm eius cui nunciatio facta eſt,pendere debet .

Tertia,in arbitrio eſſe ędificantis,cui fit nunciatio,an velit ſtatim ſatiſdare,& poſtea ædificare .

Nullo modo recipienda eſt,quia repugnat verbis textus, Iuſtinianus enim præfixit trium menſium ſpatium, vt cauſa terminetur, quo elapſo , tunc primùm cautionem præſtandam voluit.

Quarta eſt ſolutio, diſtinguendum , vtrum ædificans locum poſſideat,in quo ędificat , & tunc admittendum eſſe ſtatim cum ſatiſdatione,ſecundum anteriores leges,

ſi verò

ſi verò non poſſideat, tunc ſeruandum eſſe, quod hac lege conſtitutum eſt.

Sed non placet hæc ſententia, quia huius diſtinctionis nullum veſtigium apparet, ſiue anteriores leges ſpectemus, ſiue poſtremam hâc legem Imperatoris Iuſtiniani.

Quinta ſententia eſt, diſtinguendum inter publica & priuata ædificia, de publicis ædificijs accipiendam eſſe Iuſtiniani legem, cæteras autem leges de priuatis.

Non probatur hæc expoſitio vlla probabili ratione. Verba legis indiſtinctè loquētis repugnat, idcirco mihi placere non poteſt.

Sexta expoſitio eſt Socini iunioris, Ruini, & aliorum, quos ſequi videtur Senatus Pedemontanus, apud Antoninum Theſaurum deciſ. 204. ſi mora periculū ædificanti, ac præiudicium allatura ſit, tunc ſtatim cautione præſtita de opere demoliendo prohibitionem remitti, ſecus ſi periculum allatura non ſit; quare in arbitrio iudicis erit, conſideratis circumſtantijs omnibus, an rem differendam in tempus trium menſium exiſtimet. Priori membro diſtinctionis ſuffragari videtur. l. De pupillo. §. Si quis riuos. ff. eod. tit.

Sed cùm nulla fiat à Iuſtiniano Imperatore huius diſtinctionis mentio, imò verba legis generalia magnoperè refragari videantur, vix eſt, vt huic ſententiæ acquieſcendum putem. Tribuit enim iudicis arbitrio, quod ſatis clarè ipſa lege comprehenſum eſt, licet vbi mora periculum allatura ſit, à regulis iuris diſcedendū fore non dubitem, vt in d. §. Si quis riuos.

Poſtrema igitur ſentētia eſt, legibus anterioribus, hac Iuſtiniani lege, hac in parte, aliquantulum eſſe derogatum, licet enim cautione præſtita remittat Prætor operis noui nunciationem, nec quicquam de lite intra tres menſes expedienda legibus anterioribus fuerit conſtitutum, hac tamen Iuſtiniani lege id apertè ſancitum eſt, vt videlicet priùs iudices ſtudeant intra trium menſium ſpatium omnem litem dirimere, & interim non ędificetur. Cæterùm, ſi non poſſit res eo temporis ſpatio dirimi, tunc cautione præſtita de deſtruēdo opere, ædificanti licere vlterius pergere, atque adeò prohibitionem remitti. Ita docent Iaſon in l. 1. nu. 15. ff. eod. tit. Andreas Geyll. lib. 1. obſeruat. 16 num. 17.

Hæc ſententia mihi maximè probatur; Verbis Iuſtiniani conſentanea eſt, & nullū abſurdum continet. Nec enim abſurdum eſt, quę prioribus legibus cōſtituta ſunt adiuuare, ſupplere, moderari, & in nouam formam quodammodo redigere id; quod maximè ſemper facere ſolitus ſum. Hanc legem ita S. Pontifex accepiſſe videtur in c. pen. & vlt. de ope. no. nunc. cū ait; *Is cui opus nouum nunciatum eſt non obſtante cautione, quæ ab ipſo offertur de opere deſtruendo, ſi non iure ædificatum extiterit, tenetur te per trium menſium ſpatium expectare, aduerſarium prætendentem probare volentem, &c.*

CAPVT XLIX.

Vtrum minor XXV. annis reſtituendus ſit aduerſus ſpretam operis noui nunciationem.

Accurſius in l. 1. §. Nūciatio. ff. de operis noui nunc. negat minorem annis XXV. reſtituendum eſſe aduerſus ſpretam operis noui nunciationem, quoniam reſtitutio eſſet ei inutilis. Eſt enim reſtitutio in priſtinum ſtatum repoſitio, Ergo ędificium demoliendum eſſet, vt in priſtino ſtatu res eſſet. Ad hunc tamen effectum, vt aduerſarij ſumptibus ędificium deſtruatur eſſe cōcedendum in integrum reſtitutionem, reſponderunt Riminaldus ſenior in conſ. 427. nu. 51. & Natta conſ. 17. nu. 6.

Sed non puto iſtos audiendos eſſe, quia cùm quęritur an minor reſtituendus ſit aduerſus contemptam nunciationem, non illud quæritur, an ſit ædificium demoliendum, & ad hunc effectum cōcedenda reſtitutio; id enim inutile eſt minori, & ridiculum: ſed hoc quæritur, an minor præſtare poſſit, nunc cautionem de opere demoliendo, quam tunc ei cùm nunciaretur nouum opus, præſtando ædificare potuiſſet, ad hunc ſcilicet effectum, vt non ſtatim ędificium deſtruatur, ſed data cautione prius de iure minoris cognoſcatur, an licuerit ei opus facere, & ſimul de iure aduerſarij.

Bartolus in l. 1. §. Nunciatio. ff. eod. tit. minorem putat reſtituendum, vbi conſtat eum iuſtè ædificaſſe. Sed non ſatisfacit mihi, quia id cognoſci non poteſt, ſed inprimis demoliendum eſt opus l. 1. §. Sed ſi is. ff. eod. tit. niſi reſtituatur in integrum.

Ruinus in d. §. Nunciatio. nu. 77. verſ. Vel fortè reſtituendum minorem docet, vt cautionem præſtet, & ea præſtita audiatur, & res definiatur, argum. l. Minor 25. annis omiſſam, ff. de minoribus.

Sed Alciatus eundem locum tractans nu. 66. hāc ſententiam impugnat, ea ratione, quia aduerſarius minoris dicere poteſt cauſam expediri potuiſſe intra ſpatium trium mēſium, & ideo cautionē non fuiſſe neceſſariam, ſecundùm l. Vn. C. de ope. no. nunc.

Verùm ſententia Ruini placuit doctiſſimo Oddo de reſtitut. in inte. parte ſecunda, quæſtione 80. artic. 3. & mihi quoque placet, quia minor lęſus ob miſſam allegationem in integrum reſtituendus eſt, d. l. Minor 25. annis omiſſam: ſed hic minor omiſit cautionem, quam præſtare potuiſſet: ergo per in integrum reſtitutionem ea præſtita, audiendus eſt.

Argumentum Alciati in alijs qui ſunt maiores 25. annis locum habere poteſt, non in minoribus, quibus ſpeciale auxilium reſtitutionis cùm indulgetur, ſimul & ea concedi debent, ſine quibus in integrum reſtitutio vtilis eſſe non poteſt.

CAPVT L.

Ad l. Vn. ff. de remiſſionibus.

Ait Prætor quod ius ſit illi prohibere, ne ſe inuito fiat, in eo nunciatio teneat: Cæterum nunciationem miſſam facio: ſed hoc ſiue remiſſiones proponuntur, & verba Prætoris attendunt remiſſionem ibi demum factam valere, vbi nunciatio non tenet. Nunciationem ibi demum voluiſſe Prætorem tenere, vbi ius eſt nuncianti prohibere, non ſe inuito fiat. Cæterum, ſiue ſatiſdatio interuenerit, ſiue non, remiſſio facta hoc tantum remittit, in quo non tenuit nunciatio. Verba ſunt Vlpiani in l. 1. de remiſſionibus. Sic enim affirmant legendum eſſe ex Pandectis Florentinis, Antonius Auguſtinus lib. 1. Emendationum, cap. 5. & Iacobus Cuiacius lib. 1. obſeruat. c. 16.

Cæterùm in eodem capite ſubiungit Cuiacius, cùm Vlpianus dicat; *Item Iuliano placet fructuario vindicandarum ſeruitutum ius eſſe, ſecundum quod opus nouum nunciare poterit vicino, & remiſſio vtilis erit, ipſi autem domino prædij ſi nunciauerit, remiſſia inutilis erit,* ſubiungit, inquam, Cuiacius, Iuliani ſententiam referri tantùm ab Vlpiano, ſed non probari, quia vſufructuarius nec nunciare nouum opus ſuo nomine poteſt l. 1. §. Vſufructuarius. ff. de oper. nou. nunc. nec ſeruitutem vendicare. l. 1. ff. Si vſusfructus petatur.

Rurſus putat corrigēdum textum, cùm ait, ſi fructuarius opus nouum vicino nunciauerit, remiſſionem vtilem eſſe. Et legendum putat inutilem eſſe, quia tunc eſt vtilis remiſſio, cùm nunciatio non tenet: Igitur vbi nūciatio tenet, inutilis eſt remiſſio. Rurſus dum ait lex. *Ipſi autem domino prædij, ſi denunciauerit, inutilis erit remiſſia* legēdum putat, *vtilis erit,* quia vbi nunciatio non tenet, vtilis eſt remiſſio.

Cæterùm hæc non probātur Roberto Aureliano li. 2. receptar. iuris Ciuilis lectio. c. 12. nec Duareno ad tit. de

oper.

oper.nou.nunc.Prælect.6.nec Hotomano reſponſorum amicab.lib.2.cap.16.

Iſti docent Iuliani ſententiam Vlpiano probari, ſed ita accipiendam, vt vſufructuarius non ſuo nomine, ſed nomine domini núciare poſſit. iuxta l.1.§.vlt.ff.de ope.no.nunc. Et licet fructuarius ius non habeat vendicandarum ſeruitutum directum, vtilem tamen vendicationem habet.l.Si vſusfructus.ff.de aq.plu.arcen.

Quod verò attinet ad illa verba textus, quæ corrigenda putauit Cuiacius, ipſi exiſtimant nihil eſſe mutandum, quia ſenſus legis eſt, ſi fructuarius opus nouum vicino nunciauerit, vtilem eſſe remiſſionem, id eſt, neceſſariam. Nam valet tunc nunciatio conſequenter prodeſt, & vtilis eſt remiſſio. Cæterùm, vbi non tenet nunciatio, ibi remiſſio eſt inutilis; id eſt, ſuperuacanea, & nullam adferens vtilitatem, vtpotè nó neceſſaria, cùm ipſa nunciatio non valeat.

Mihi hæc poſterior interpretatio aduerſus Cuiacium maximam videtur habere veriſimilitudinem, etenim verbis legis conſentanea eſt, & nullam continet abſurditatem.

Ad argumentum Cuiacij reſpondeo, non dicit textus in ſuperioribus verbis vtilem eſſe remiſſionem, vbi nunciatio non tenet, & cótrà, inutilem vbi nunciatio tenet; ſed textus dicit, remiſſionem factam valere, vbi nunciatio non tenet. Rectè, quia nunciatio remittitur, quatenus is qui nunciauit, ius nunciandi non habuit.l.1.ff.de oper.no.nunc. Itaque ſi iure ſit nunciatio, non valet remiſſio. Contrà remiſſio valet, ſi non iure nunciatio facta ſit.

Cæterùm, quod attinet ad fructuarium, magis probo ſententiam Cuiacij, quia Vlpianus in l.1.ff.ſi vſufr.pet. amplectitur ſententiam Labeonis & ſequacium, exiſtimantium fructuario non competere ius vendicádarum ſeruitutum. Huic autem repugnat ſententia Iuliani, cuius facit mentionem in d.l.1.de remiſſion.

Huc accedat, quod Vlpianus dicit, *& ſecundum hoc*, id eſt, ſecundùm hanc Iuliani ſententiam, fructuarius poterit opus nouum nunciare, quod eſt falſum, quia nó poteſt, niſi nomine domini.l.1.§.vlt ff.de ope.no.nunc.

Nec obſtat l.Si vſusfructus.ff.de aqua plu.arcen.quia loquitur de actione aquæ pluuiæ arcendæ, nec de vtili actione Iulianus ſenſiſſe videri poteſt, cùm dixit, fructuario ius competere vendicandarum ſeruitutum, vt in d.l.1.de remiſſion.

CAPVT LI.

Vtrum fideiuſſor, qui in maiorem ſummam ſe obligauit quàm deberetur à reo principali, teneatur ſaltem vſq; ad ſummam debitam.

ADnectam hic paucula quoq; de fideiuſſoribus controuerſia; & ſibi primum vendicabit locum celebris, & ſæpe agitata quæſtio de fideiuſſore, qui ſe in maiorem ſummam obligauit, an ſaltem teneatur in ſummam verè debitam. Cõis eſt veterum opinio, non teneri. Vide Bart. & alios ad l.Græcè.§.Illud.ff.de fideiuſſoribus.

Contrarium docuit Alciatus lib.5. parergon, cap.17. Duarenus in tit.de fideiuſſorib.cap.3. nouiſſimè Fornerius ſelect.lib.3.cap.11.

Eandem ſententiam, & ipſe ſecutus ſum, nónunquam docendo, diſputandoque, nunc verò communem antiquorum ſententiam amplector. Rationem adſeram, ſi prius teſtimonia indicauero, quibus vtraque ſententia defendi ſolet.

Communis ſententia, quæ fideiuſſorem teneri negat, fundamentum habet in d.l.Græcè.§.Illud.ff.de fideiuſſ. dum textus ait: *Omni modo non obligatur.*

Contrariæ ſententiæ fundamentum eſt primùm, quia non ita legendum ſit in d.§.Illud, ſed *omnino non obligatur*. A Secundò, quia illa negatio poſtpoſita ſigno vniuerſali, non ſemper æquipollet ſuo cótrario, vt patet ex l.Si ſeruus.§.Si plurium.ff.ſi quis cautio. Tertiò, in l.Rogatus 33.ff.mand.in l.Si vltra.C.de fideiuſſ.in l.17.§.Mulier.ff.ad Velleian.in l.Siue.ff.de iure dotium, in l.Si totius.ff.de fideiuſſorib.

Sed cur iſtam priorem, iſtis non obſtátibus, nunc amplectar, fecit doctiſſimus Conanus, qui ita apertè hanc ſententiam argumentis contrarijs refutatis euincit, vt cuilibet veritatis ſtudioſo & amáti perſuadere poſſit, id ita eſſe. Reddam ipſius verba elegantiæ plena & eruditionis. Is lib.6.commentariorum iuris, c.6.nu.8.ſic ait:

In iudicijs tamen, quod ad ſummas attinet, minor videtur eſſe in maiore, & qui poſcenti X. ſpondet V. in V. erit adſtrictus, vt placet Vlpiano: Fideiuſſoris alia ratio eſt, qui non conſtituit obligationem per ſe, ſed ei accedit. Ideò minus polliceri, quàm debitor dum illud quod promittit ſit pars prima obligationis; B *maius aut aliud, non poteſt. Nec enim quod maius eſt, accedere ei quod eſt minus, poteſt; nec pars eſſe totius, quod aliud eſt à toto. Quapropter in hac ipſa lege & ſequenti T. Lenſate negat ex Marcelli ſententia Vlpianus fideiuſſorem obligari, qui pro Stichi debitore promittit Stichum, aut X: non ſolùm quia durior eſt fideiuſſoris cauſa, ſed magis quod alia eſt à principali: veluti ſi pro eo qui ſcyphum aureum promiſit, ego adpromittam argẽteum. leuior eſt cauſa mea obligationis: neque tamen valet, quia ſeparatam habet rationẽ à prima, nec eius omnino pars eſſe poteſt. Ex quo dicendum videtur, non eſſe iuſtam fideiuſſionem eius, qui pro eo qui debet XV. promittit XX. quoniam hæc ſumma in illa eſſe non poteſt. Quod ſi nec eadem ſumma eſt, nec pars eius, relinquitur alterius rei & ſumma factam eſſe fideiuſſionem, & propterea nullius eſſe momenti. Atq; in alijs ſpeciebus expeditum eſt, vt non obligetur fideiuſſor, qui purè vel breuiori die ſpopondit pro eo qui ſub conditione, vel in longiorem diem tenebatur. At iſta comparat Iuſti-* C *nianus, & eodem iure cenſet; Fideiuſſores, inquit, ita obligari non poſſunt, vt plus debeant, quàm debet is pro quo obligantur. Nam eorum obligatio acceſſio eſt principalis obligationis, nec plus in acceſſione eſſe poteſt quàm in principali re. At ex diuerſo vt minus debeant obligari poſſunt. Itaque ſi reus X. aureos promiſerit, fideiuſſor in V. rectè obligatur. Contra verò obligari non poteſt. Præterea nulla eſt Imperatorum Conſtitutio nullum Iuriſconſultorũ reſponſum, quod dicat fideiuſſorem in duriorem cauſam acceptum teneri in eo tantum, & quatenus reus ipſe eſt obligatus. quod omiſſuri non fuerant. Eſt enim cognitione digniſſimum, & magni in hac materia ponderis: Imò verò apertè ac dilucidè vbique dicunt non obligari. Et Vlpianus dicit, ne quis relinqueretur hac de re ſcrupulus, eum commodè non obligari.*

Et poſt pauca hæc ſubijcit, reſpondens ad l.Si vltra.C.de fideiuſſo.& ad l.Rogatus.ff.mandati. Nam cætera quæ ſuperiùs attulimus teſtimonia, nulla egent confutatione, quia ad rem non faciunt.

D *Quod ſi contrà formam iuris eſt fideiuſſio,* inquit Conanus, *quæ iniquiore eſt conditione, certè nulla in parte valere poteſt. Atque hæc in fideiuſſore; qui propriè dicitur, qui interuenit poſt cõſtitutam obligationem debitoris, ad quam omnino accommodandus eſt, vt minus vel tantum quantum reus ipſe promittat, nihil præterea. In fideiuſſore, qui præcedit obligationem, quem propriè mandatorem dicimus, ſecus eſt dicendum. Nam antecedentem fideiuſſionem interpretatur, & pro arbitrio limitat ſubſequens obligatio, ſic vt ad illam hæc nihil poſſit addere, detrahere de ea aliquid & diminuere valeat. Veluti ſi mandaui tibi, vt X. aureos crederes Meuio Calendis Ianuarijs reddendos, tu quinque tantum dediſti, aut X. reddendos longiore tempore puta Calendis Martijs, quamuis aliud mandaueram. Sed in eo tu nihil feciſti contra mandati legem, cum feceris conditionem meam meliorem. Fideiuſſores enim & in partem pecuniæ, & in partem rei rectè accipi poſſunt, vt ait Pomponius. Sin dediſti Meuio XV. præſenti die reddendos, tamen ſum obligatus, quatenus mandaueram, vt X.*

tibi

tibi reſtituam Calendis Ianuarij. Mandatum enim ueteri poſt trahitur, adaptaturq́; contractæ obligationi, cuius portio quadam eſt, aut potius ad partem eius tantùm refertur, & eatenus obligor, vt ſi poſtquam Titio XV. aureos Calendis Martijs ſoluendos numeraſti, interpoſuam fidem meam pro X. aureis reddendis Calendis Martiis, obligatus ſum promiſſione mea, cùm minus contineat, quàm prima cui accedit, & melioris conditionis ſim, quàm reus ipſe. Et poſt pauca: *Hac ratione fundatum eſt, quod Iulianus reſpondit. tit. Mand. & l. Rogatus, &c. & Doctor. & Maxim. in l. Si vltra. C. de fideiuſſor.* Sic ille, cui rectè monenti, & aſſentior, & ab omnibus etiam ſtudioſis in hac diſciplina legali gratias habendas exiſtimo.

CAPVT LII.

An exceptio excuſſionis competens fideiuſſoribus ex Nouella Iuſtiniani dilatoria ſit, & neceſſariò ante litem conteſtatam proponenda.

EXceptionem excuſſionis Doctores multi dilatoriam eſſe cenſuerunt, & idcirco ante litem conteſtatam proponẽdam iux. l. Exceptionem. C. de probation. cap. Inter monaſterium, de ſent. & re iud. Alij anomalam eſſe dicunt, & ideo tam antè, quàm poſt litis conteſtationem obijci poſſe. Alij dilatoriam eſſe fatentur, & ante litis conteſtationem opponendam, ſed tamen, & ſi non fuerit oppoſita, condemnandum non eſſe fideiuſſorem, niſi probet actor inopiam principalis debitoris. Vide Bartolum in l. 3. ff. de except. Portium comm. opinionum lib. 2. concluſ. 41. in 3. Ampl. Antonium Gabriel. commun. concl. tit. de fideiuſſorib. concluſ. 1. nu. 12. Andream Geyll. lib. 2. obſeruat. 27. num. 3.

Ego ſic me breuiter expedio, hanc eſſe dilatoriam exceptionem, & conſequenter ante litis conteſtationẽ opponendam eſſe. Nam exceptio dilatoria eſt, quæ differt actionem, ad tempus nocet, & temporis dilationem tribuit. l. 2. ff. de except. §. Appellantur. Inſtit. eod. tit.

Eiuſmodi hæc eſt, quia differt actionem, donec facta ſit excuſſio principalis debitoris.

Fundamentum contrariæ ſententiæ eſt, quia fideiuſſor non ſimpliciter obligatus videtur, ſed ſub iſta conditione, quatenus à principali debitore non exigatur. Hic enim videtur effectus huius beneficij excuſſionis prius faciendæ ex bonis debitoris.

Reſpondeo, id non rectè dici, quia nullam obligationi fideiuſſoris conditionem iniecit excuſſionis exceptio quam conceſſit Imperator Iuſtinianus, imò purè obligatus eſt fideiuſſor. Veruntamen vti exceptione hac poteſt, quæ cùm dilatoria ſit, meritò ante litis conteſtationem opponenda eſt.

CAPVT LIII.

Excuſſionis exceptio an locum habeat cum cauſa ex bono & æquo, puta inter mercatores, vel coram arbitratore, vt loquuntur, vel ſine ſtrepitu & figura iudicij ſola facti veritate inſpecta cognoſcenda eſt.

TRactant confuſè hanc quæſtionem noſtri Doctores, nec eſt eadem omnium ſententia. Vide Baldum ad l. Si mancipium. §. 1. ff. de Euict. Aretinum in §. Item ſi quis in fraudem, numero 10. verſ. Quæro ſtatuto cauetur, de except. & ibidem Iaſonem, num. 78. Socinum ſeniorem in conſi. 24. lib. 1. Alexandrum ad l. Si conſtante, col. 9. ff. ſol. matrim. Gabrielium lib. 3. commu. concluſ. tit. de fideiuſſorib. concl. 1. nu. 71. Straccam de mercatura, tit. quomodo in cauſis mercator procedatur. num. 8. Andream Geyll. lib. 2. obſer. 27.

A num. 26. Deciſſionem Genuenſem 90. Deciſionem Pedemontanam Theſauri 25. Menochium tit. de arbit. iudicum, quæſt. 51. Nattam conſi. 231.

Ex his aliqui negant excuſſionis exceptionem in his caſibus, quos propoſuimus locum habere, quia ex iuris apicibus eſſe videtur.

Alij affirmant locum habere, quia non tam ordinem iudicij reſpiciat, quàm partis beneficium.

Alij hac diſtinctione vtuntur, vt ſiquidem fideiuſſor ea nitatur exceptione ad iudicium infirmandum, quaſi nullum ſit, & tunc nequaquam admittẽda ſit. Sin autem ad alium finem, nimirum ne ipſe cogatur ſoluere, ſed prius debitor excutiendus ſit, & tunc admittenda ſit.

Ego verò totam hanc controuerſiam explicari commodè & ſolidè exiſtimo, propoſitis aliquibus cõcluſionibus in hunc modum.

Prima concluſio: Inter mercatores qui argentarij ſeu argenti diſtractores appellantur, locum non habet exB cuſſionis exceptio. Ita ſtatuit diſertè Imperator in Nouella de fideiuſſoribus & mandatoribus, ad finem.

Secunda concluſio. Si inter alios mercatores res agatur, locus eſt huic conſtitutioni de excuſſione facienda. Probatur, quia Imperator in d. Nouella excipit tantùm argenti diſtractores. Ergo in alijs mercatoribus firma manet conſtitutio.

Tertia concluſio. Vbi ſummariè, ſimpliciter, ſine figura iudicij procedendum eſt, locum habet excuſſionis exceptio. Probatur, quia in huiuſmodi cauſis cautũ eſt, exceptiones dilatorias & fruſtratorias reijciendas eſſe. Legitimas verò exceptiones admittendas, vt habetur in Clem. Sæpe, de verb. ſign. Sed exceptio, qua de agitur, legitima eſt, & iuſta à Iuſtiniano tributa iuſtas ſanè ob cauſas, vt habetur in d. Nouella de fideiuſſorib. & mandatoribus. Ergo reijcienda non eſt.

Quarta concluſio. Vbi ex bono & æquo cauſa cognoſcenda eſt, locum habet exceptio iſta. Probatio. Nam C exceptio hęc ſummam continet æquitatem, vt prius debitor qui pecunias accepit, & debitum contraxit, ſoluere cogatur, quàm fideiuſſor, vt latè proſequitur Imperator in d. Nouella de fideiuſſo. & manda.

Non obſtat quod obijcitur exceptionem hanc eſſe ex apicibus iuris: Nam nulla lex hoc dicit, nõ l. Fideiuſſor. §. Quædam. ff. mand. non alia vlla lex. Quomodo enim reſpiceret apices iuris exceptio, quam ſumma ratione & æquitate inniti, tam latè ac diligẽter Iuſtinianus demonſtrat in dicta Nouella.

Poſtrema concluſio. Sed & ſi procedẽdum ſit, in cauſa & lite ſola facti veritate inſpecta, idem puto reſpondendum, quia legitima eſt hæc exceptio. Iudex autem qui ſola facti veritate cognoſcit, eam ſequi veritatem debet, quæ legib. roborata eſt, vt docet Andreas Geyll. lib. 1. obſeruat. 42. num. 2.

D CAPVT LIV.

Si fideiuſſor obliget ſe, vt principalem debitorem inſolidum, an beneficium omittat excuſſionis?

TRes ſunt Doctorum ſententię hac de re. Prima fideiuſſorem non amittere beneficium excuſſionis cùm ſe obligat vti principalem debitorem in ſolidum. Ita Accurſius in Authent. de fideiuſſo. §. 1. in verſ. fideiuſſorem. Speculator tit. de Renunciatio. nu. 18. Paplenſis in forma libelli contra plures reos debendi, in verſ. beneficio nouarum, num. 3. Iaffredus deciſ. 83. cent. 1. & alij quos commemorat Antoninus Theſaurus deciſ. Pedemont. 166. vbi teſtatur ſenatum illum hanc ſententiam ſecutum fuiſſe.

Fundamentum eſt, quia nouatio non inducitur, niſi expreſsè id agatur. l. vlt. C. de Nouatio. Conſequẽter nõ eſt obligatio ipſa principalis debitoris ſublata, Ergo neque

que fideiuſſoris obligatio, quæ acceſſoria eſt, ac perinde A ſuam retinet naturã, vt ſcilicet fideiuſſor non prius conueniatur, quàm principalis debitor fuerit excuſſus.

Secunda eſt ſententia Cyni & aliorum, quos refert & ſequitur Natta in conſi. 345. Alexandri in conſi. 31. lib. 3. & aliorum, quos Antonius Gabrielius citat cõmun. concluſ. tit. de fideiuſſorib. concl. 1. nu. 99. ſi fideiuſſor eodẽ tempore ſe obliget quo principalis debitor, non habere beneficium excuſſionis, quia ipſe & principalis debitor conſtituti videntur duo rei debendi, quibus non competit excuſſionis beneficium. Si verò diuerſo tempore fideiuſſor obliget ſe, tunc quia duo rei debendi conſtitui non poſſunt, inſtitut. de duob. reis, in princip. ideo fideiuſſori competit ſolitum beneficium excuſſionis.

Tertia eſt ſententia in propoſita facti ſpecie fideiuſſorem amittere beneficium excuſſionis, ita Marſilius ad Rubr. de fideiuſſoribus, nu. 62. Ancharanus quæſt. famil. in prima parte, c. 32. nu. 9. Rota Genuenſis deciſ. 78. nu. 2. Andreas Geyll, lib. 2. obſeru. 28. nu. 2. 6. B

Fundamentum eſt, quia verba contrahẽtium ita ſunt accipienda, vt aliquid operentur, & ne ſuperflua ſint, argum. l. Si quando, de legatis 1. c. Si Papa, de priuil. lib. 6. Ergo vt aliquid operentur illa verba, quibus fideiuſſor obligat ſe tanquam principalem debitorem, dicendum omnino vt non habere locum excuſſionis beneficium.

Hæc poſtrema ſententia maiorem mihi veriſimilitudinem habere videtur in re tam obſcura & ancipiti: ea ratione, quòd huiuſcemodi fideiuſſoris obligatio videatur continere tacitam renunciationem beneficij excuſſionis. Nam ſi fideiuſſor vult ſe obligatum tãquam principalem debitorem, Ergo non vult gaudere beneficijs fideiuſſorum, quia hoc applicaret maximam repugnantiam. Quilibet autem renũciare poteſt fauori ſuo. l. pen. C. de pact. ſi itaque creditor cõuenerit in propoſita ſpecie fideiuſſorem, & is excipiat, prius conueniendum eſſe principalem debitorem, replicare poterit, imò non eſſe conueniendum, quia fideiuſſoris obligatio ſic conſtituta eſt: ac ſi non fideiuſſor ſit, ſed debitor principalis. Non C poteſt autem videri ſic conſtituta eſſe, ſi ipſe velit vti exceptione illa excuſſionis.

Non obſtat illud argumentum contrariæ opinionis, Nouationem nõ induci, niſi expreſsè id agatur, quia hoc concedo, ſed nego conſequentiam. Ratio eſt, quia hæc duo poſſunt ſimul cohærere, & coherẽt, vt debitor principalis remaneat obligatus, & ſimul quoque fideiuſſor, ſine beneficio excuſſionis. Non poteſt hoc in caſu fideiuſſoris obligatio naturam ſuam ſeruare, quia repugnat fideiuſſoris conuentio, qua ſe vti debitorẽ principalem obligauit. Si enim vt principalis debitor obligatus eſt, ergo non vt fideiuſſor. Conſequenter non habet fideiuſſoris beneficium, quaſi tacitè illi renunciauerit.

Non obſtat quoque ſi [illegible] fideiuſſorem ſi ex interuallo ſe obligauit, ha[illegible] nõ poſſe pro correo debendi; quia id cõcedo. Dico enim haberi pro fideiuſſore, ſed D ita comparato & conſtituto, vt videatur eſſe principalis debitor; ex hoc enim efficitur, eum vti nõ poſſe exceptione excuſſionis. Nullum autem ius repugnat, nulla iuris ratio, quò minus & ſi non ſint duo rei debẽdi, nihilominus eſſe queant vnus debitor, alter fideiuſſor ſine beneficio excuſſionis.

CAPVT LV.

Vtrum confiſcatis bonis principalis debitoris conueniri poßit fideiuſſor antequam fiſcus conuentus fuerit?

Controuertitur quoque, ſi debitoris bona confiſcata ſint, vtrum creditori liceat fideiuſſorem conuenire, antequam fiſcum bonorum poſſeſſorem conueniat. Quod videtur Ancharano conſilio 294. Socino ſeniori conſilio 46. libro quarto, & Pa- A normitano conſilio 29. num. 52. lib. 2.

Fundamentum eſt, quia fiſcus non eſt debitoris hæres, ſed poſſeſſor bonorũ debitoris. l. 1. §. An bona. ff. de iure fiſci. Deinde, quia is cuius bona confiſcantur, plerunque non eſt præſens, ſed vel capite plectitur; vel in contumaciam cõdemnatur, ex moribus & conſtitutionibus paſſim ferè receptis. Cùm autem debitor præſens non eſt, fideiuſſorem conuenire licet, nec obijci poteſt illa exceptio, prius debitorem eſſe conueniendum, vt expreſsè conſtituit Imperator in Nouella de fideiuſſoribus & mandatoribus.

Denique, hęc ſententia probatur ex l. Sententia. C. de fideiuſſor. & mãdator. *Sententia*, inquit textus, *bonorum omnium ademptionẽ continẽte, rei damnati principalis intercesſores eligendi creditori poteſtas non adimitur*. Idem probatur in l. 3. C. eod. tit.

Contrarium docuerunt Bartolus, Caſtrenſis, Decius in l. vlt. ff. ſi certũ pet. & alij à Gabrielio citati lib. 3. cõm. B concluſ. tit. de fideiuſſorib. concluſ. 1. num. 3. nouiſſimè M. Antonius Peregrinus de iure fiſci, lib. 5. tit. 1. nu. 66.

Fundamentum eſt, quia fiſcus ſuccedit in bonis debitoris ad inſtar hæredis, licet hæres non ſit, & ideo tenetur creditoribus ſatisfacere, ſicut hæres tenetur. l. 2. C. ad l. Iul. de vi pub. l. Si marito. ff. ſol. matr. l. Si vt proponis. C. de bonis præſcrip. l. 2. C. de ſentent. paſſis. l. 1. C. de fideiuſſo. Cõſequẽter fiſcus loco eſſe videtur ipſius debitoris, Ergo ex Nouella Conſtitutione Iuſtiniani de fideiuſſ. & mãdat. conueniendus eſt priùs quàm fideiuſſor.

Hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior, & æquior.

Ad primum argumentum reſpondeo, fiſcum quidem non eſſe abſolutè hæredem, ſed nec abſolutè cenſeri debere, tãquam tertium poſſeſſorem bonorum debitoris. Nam ſi videretur eſſe tertius quidam poſſeſſor, actionibus perſonalibus conueniri non poſſet, quia illæ nõ dantur contra poſſeſſorem bonorum. l. 1. §. Si hæres. ff. ad C Trebell. Fiſcus autem conuenitur actionibus perſonalibus, vt dictum eſt.

Ad ſecundum argũ rñdeo, licet debitor ſit abſens, fiſcum tñ qui loco debitoris eſt quantum ad hoc, vt creditoribus ſatisfacere teneatur; præſentem eſſe; & conſequenter non rectè adaptari ad hanc quæſtionem, quod de debitore abſente ab Imperatore adiectum eſt, in dicta conſtitutione de fideiuſſoribus & mandatoribus.

Ad vltimum argumentum reſpõdeo, leges quæ adferuntur, locum non habere inſpecta conſtitutione Iuſtiniani, qua nunc vtimur, vt nimirum fideiuſſor cõueniri non poſſit, antequam debitor conueniatur: olim cum legibus illis locus erat, electio dabatur creditoribus conueniendi vel debitorem, vel fideiuſſorem eius, quã electionem ſublatam non eſſe, cùm ad fiſcum bona debitoris peruenerunt, dictis legibus declaratur. Sed alio iure nunc vtimur, vt dixi, ex Iuſtiniani conſtitutione, qua D creditoribus electio adempta eſt conueniendi vel debitorem, vel fideiuſſorem. Debet enim prius debitor conueniri, quàm fideiuſſor conueniatur.

CAPVT LVI.

Excuſſio principalis debitoris, ſi facta ſit, & eo reperto non ſoluendo, actum ſit aduerſus fideiuſſorem, cæterum iudicio pendente debitor factus fuerit ſoluendo, an creditori opponi poſſit, vt priùs agat contra debitorem?

Præterea controuerſia eſt, ſi facta ſit excuſſio debitoris, & inuentus fuerit non ſoluendo, & ideo creditor agere aduerſus fideiuſſorem cœperit, an ſi inter moras debitor diues factus ſit, competat fideiuſſori exceptio iſta, vt prius creditor agat contra debitorem. Affirmant Iacobus Beluiſius in §. Sed neque, in Authen. de Fideiuſſor. Raynerius ciuis meus, & Iacobus de Arena in Authen. Præſente. C. de

Fide-

Fideiuſſor. Alex. ad l. vlt. ff. ſi cert. pet. & ad l. Si mulier. ff. ſol. matr. & in conſ. 100. lib. 5. alios citat Antoninus Gabrielius lib. 3. cõm. concl. tit. de Fideiuſſor. cõcl. 1. nu. 80. A

Cæterum, negant Decius ad l. vlt. ff. ſi cert. pet. & ibidem Caſtrenſ. Petrus & Cyn. in d. Authent. Præſente, & alij à Iaſone citati in l. Si conſtante, nu. 224. ff. ſol. matr. & à Gabriello loco proximè citato.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia exceptio lite pendente ſuperueniens reo, prodeſt, vt eam obijcere poſſit, vt probatur in §. vlt. inſtit. de perpet. & temp. act. in l. Cùm decem. §. vlt. ff. de ſol. in l. Si diuerterit. ff. ſol. matr. in l. Sin autem. § 1. ff. de rei vend.

Facit pro confirmatione. l. De ætate. §. Ex cauſa. ff. de interrog. act. ibi. *Quod ea quæ poſtea emergunt, indigent auxilio.* Et l. His oneribus. §. penult. ff. de vaca. mun. ibi. *Audis poſt appellationem medio tempore facultatibus non excuſantur.*

B Fundamentum poſterioris ſententiæ eſt in l. vlt. ff. ſi cert. pet. in illis verbis: *Sed ſi cum Seio egero, quantumcunque eſt, quò minus à Titio exigere poteſt eo tempore, quo iudicium inter me & Seium accep. tum eſt, tanto minus à Titio poſtea petere poſſum.* Sicut ergo ibi creditori non licet omiſſo Seio, à quo partem petebat ſecundùm formam ſtipulationis, totum à Titio petere poſtea diuite effecto; ſed quantumcunque fuit, quod à Seio petijt, amplius à Titio petere non poteſt; ita & in quæſtione noſtra tempus iudicij cœpti attendi debet; ita ſcilicet, vt ſi tempore iudicij cœpti ſoluendo debitor non ſit facta excuſſione, & idcirco contra fideiuſſorem agatur; non liceat creditori poſtea agere contra debitorem, & ab eo petere amplius id quod à fideiuſſore petijt.

Huc accedit ratio. Nam creditor iam conuenit debitorem, & excuſſit eum ſecundum Iuſtiniani conſtitutionem in Nouella de fideiuſſor. & mandator. non videtur ergo iuſtum, vt cogatur iterum debitorem conuenire, licet dicatur effectus iam diues & ſoluendo.

C Ego ſanè ſi id certum ſit debitorem litis conteſtationis tempore bona acquiſiuiſſe, & factum eſſe locupletem, nec vlla calumniæ ſuſpicio ſubſit, exiſtimo priorem ſententiam æquiorem eſſe, & iuri magis conſentaneam, tum ex ijs argumentis quę ſuperius allata ſunt, tum etiã arg. l. Inter eos. §. Fideiuſſor. ff. de fideiuſſo. ibi. *Sed humanius eſt, &c. Si alter ſoluendo ſit litis conteſtationis tempore, per exceptionem ei qui ſoluit ſuccurri.*

Cæterùm, ſi id non vſque adeò certum & exploratum ſit, nec nullus omnino calumniæ timor ſit, non puto creditorem eſſe compellendum, ad nouum iudicium aduerſus debitorem inſtituendum. Primò, quia iam ſatisfecit præceptis legis conueniendo prius debitorem. Deinde, ne altera ſuper his altercatio oriatur, an poſt ſemel factam excuſſionem debitoris, is ſoluendo factus ſit, ac proinde conueniri iterum debeat: quod nimis magnam hominum aſtutijs & calumnijs feneſtram aperiret.

D Porrò l. vlt. ff. ſi cert. pet. non facit ad rem, quia in illa ſpecie creditor ſponte redire volebat ad Titium, quem reliquerat, Seium conueniendo, qui promiſerat ſoluere, quãtò minus à Titio exigere poſſet. Non poterat ad Titium redire, quia via quam elegerat ei patens erat, nec variare & conſilium mutare in damnum alterius quiſquam poteſt. At in quæſtione noſtra creditor, qui ſemel conuenit debitorem, & excuſſit, non vult ad eum redire, imò recuſat, ſed fideiuſſor vellet eum compellere. Dicimus non iure id velle, niſi eo tempore, quo lis conteſtatur inter ipſum creditorem & fideiuſſorem, hoc eſt, initio ipſius iudicij, exceptio iſta opponatur: & nullus ſit calumniæ metus, ſecundùm ea, quæ ſuperius deducta ſunt.

CAPVT LVII.

De fideiuſſore iudicatum ſolui in prima inſtantia dato, an teneatur ex ſententia lata à Iudice appellationis?

Fideiuſſor iudicatum ſolui apud primum iudicem, cuius nomen expreſſum eſt, in cauſa appellationis non tenetur. l. Cùm apud Sempronium. ff. iud. ſolui. idque inter omnes conſtat. Sed ſi Iudicis nomen expreſſum non ſit, vtrum teneatur necne, non eſt eadem omnium ſententia. Nam Martinus antiquus Gloſſator exiſtimauit teneri, quem alij multi ſecuti ſunt apud Vincentium Francum deciſ. 208. num. 2. & 220. parte 2. & apud Antoninum Theſaurum deciſ. Pedemont. 202. Egid. Bellern. deciſ. 353. Cantiones.

Cæterùm Gulielmus de Cunio, quem & alij ſecuti ſunt ab Antonino citati, hac vtebatur diſtinctione. Aut is pro quo fideiuſſor interuenit à primo iudice condemnatus eſt, aut abſolutus. Si fuerit condemnatus, licet à ſententia appellauerit, tamen committi ſtipulationem aduerſus fideiuſſorem dicebat: ſin autem abſolutus fuerit, licet poſteà à Iudice appellationis fuerit condemnatus, nequaquam committi ſtipulationem, atque hoc in caſu fideiuſſorem non teneri.

Bartolus autem in d. l. Cùm apud Semproniũ. ff. iud. ſol. cui ſequaces non deſunt, arbitratus eſt, appellatione interpoſita fideiuſſorem, de quo agimus, non teneri.

Prioris ſententiæ, quę fideiuſſorem teneri aſſerit, fundamentum eſt, quia cauſa appellationis eadem eſſe videtur cum cauſa principali; quãtum ad exceptiones dilatorias, arg. l. Ita demum. C. de Procu. Fideiuſſio autem iudicatũ ſolui pertinet ad dilatorias exceptiones. l. Pomponius. §. Ratihabitionis. ff. de procur. Denique videtur eſſe idem iudicium, arg. l. Proponebatur. ff. de iud.

Fundamentum autem diſtinctionis Gulielmi eſt, quia ſi debitor pro quo fideiuſſor interuenit condemnatus eſt à primo Iudice, meritò commiſſa videtur ſtipulatio, ne ſit in poteſtate debitoris condemnati appellando liberare ſuos fideiuſſores, arg. l. Ne in poteſtate. ff. de arb. Si verò debitor abſolutus ſit à primo Iudice, non committitur ſtipulatio: quia fideiuſſor promiſit iudicatum ſolui. At debitor à iudice condemnatus non eſt, ſed abſolutus. Ergo nõ eſt opus, vt fideiuſſor iudicatum faciat; etſi enim à Iudice appellationis debitor ſit condemnatus, ad hunc tamen caſum obligatio fideiuſſoris pertinere non videtur. Et hoc eſt quod ait tex. in d. l. Cùm apud Sempronium. ff. iud. ſol. *Ideo in ſtipulatione adijci, queve in eum locum ſubſtitutus erit.*

Denique fundamentum Bartoli eſt primò in l. 2. C. de procur. Secundò in §. Si verò, in Inſtit. de ſatiſdat. in illis verbis: *Omnia dabit fideiuſſor quæ in condemnatione continentur, niſi fuerit prouocatum.* Tertiò, quia mutatione inſtantiæ liberantur fideiuſſores. l. 2. ff. iud. ſolui. Quartò, quia actio oritur ex ſententia confirmante, non ex confirmata, vt no. in l. eos. C. de appellat.

Sed nullum ex ijs argumentis idoneum mihi videtur excepto eo, quod ſumitur ex d. §. Si verò aliquis: Inſtitu. de fideiuſſo. vbi cùm habeamus clarum & euidens teſtimonium, non videor cur Bartoli ſententia præ alijs amplectenda non ſit, & noſtrum quoque approbationis calculum non mereatur. Erit igitur fideiuſſoris obligatio ita latè concipienda, vt ad hãc ſpeciem producatur, quæ fuerit à priori Iudicis ſententia prouocatum.

Ad argumentũ prioris ſententiæ reſpõdeo, quantum ad exceptiones dilatorias æquiparari rectè cauſam principalẽ, & cauſam appellationis hoc modo, vt exceptiones quæ dilatoriæ ſunt, ac proinde initio litis proponendæ, non poſſint opponi poſt litem cõteſtatam, nec apud Iudicem cauſæ appellationis: Sic loquũtur leges allegatæ

quæ res toto cęlo diſtat ab hac diſputatione noſtra. Licet enim fideiuſſiones huiuſmodi nonnihil commune habeant cum dilatorijs exceptionibus, quãtum ad hoc, vt ante litem conteſtatam proponi debeant, tamen hac de re noſtra diſputatio non eſt, ſed de ipſa ſtipulatione & obligatione fideiuſſoris an ſit commiſſa, quod cum dilatorijs exceptionibus nihil prorſus commune habet.

Ad argumentum prioris membri diſtinctionis Guilielmi (nam poſterius nobiſcum conſentit) reſpondeo, commiſſam non videri ſtipulationem, quia fideiuſſor quidem promiſit iudicatum ſolui, ſed ſententia, qua iudicatum continetur, per appellationem reſciſſa eſt. l. 1. §. vlt. ff. ad Turpil. Conſequenter ſtipulatio committi non poteſt. Etſi enim poſtea ſententia confirmetur à Iudice cauſæ appellationis, tamen non eſt illud iudicium, cui fideiuſſor ſe ſatisfacturum promiſit, ſed aliud longè diuerſum; ad quod ſtipulatio, quæ ſtrictè accipienda eſt, l. Quidquid aſtringendæ, de verborum oblig. non tam facilè extendenda videtur. Porrò ad hanc rem non pertinet. l. Proponebatur. ff. de iud. quæ mutatione perſonæ nõ mutari iudicium ad alium longè diuerſum effectum ſtatuit: nos enim hic de fideiuſſoris obligatione agimus, quæ ſtrictè accipienda eſt, & reſtringenda ad eum caſum, quo iudicatum ſit à primo Iudice, apud quem fideiuſſio interpoſita eſt, non ab alio niſi dictum ſit. Et non ſolùm iudicatum eſſe oportet à primo Iudice, ſed etiam hoc requiritur, vt maneat iudicatum, hoc eſt, non extinguatur prouocationis remedio, iux. d. l. 1. §. vlt. ff. ad Turpil.

CAPVT LVIII.

Tutor vel curator, an condemnari & cogi poſſit ad reddendam pecuniam pupilli, vel adulti, ante redditas rationes adminiſtrationis?

TVtorem ſeu curatorem cogi poſſe ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem adminiſtrationis, reſpondit Socinus ſenior in conſil. 24. lib. 1. quem ſequitur Petrus Benintendus deciſ. Rotæ Bononienſis 90.

Fundamentum eſt, quia tutoris & curatoris debitum eſt liquidum. An autem ei quicquam ex adminiſtratione debeatur, dubium & incertum eſt. Ergo non rectè obijcitur compenſatio. l. vlt. C. de compenſa.

Sed hoc fundamentum valde infirmum eſt. Negari enim ſumma ratione poteſt, debitum tutoris vel curatoris liquidum eſſe, quia etſi pecuniam pupilli vel adulti acceperit, poteſtatem tamen habuit res adminiſtrando eam collocandi & exponendi in vtilitatem & neceſſitatem pupilli vel adulti, quare iniquum eſt priuſquã reddat rationem adminiſtrationis ſuæ, ex quibus apparebit an ſit debitor vel creditor, eundem compelli ad reddendam pecuniam, atque ita rectè docuerunt Alexander in conſi. 192. lib. 7. Ancharanus conſ. 235. Prima facie. Crauetta conſ. 275. nu. 13. Caualcanus de tutore & curatore, num. 214. quibus me ſocium adiungo.

CAPVT LIX.

Proximiore agnato intra annum non petente tutorem dari pupillo, ac proinde à ſucceſſione eius excluſo: an reliquis agnatis hæreditas pupilli debeatur, ſi & ipſi tutorem non petierint, quaſi annus eis currere incipiat.

SI proximior agnatus non petierit tutorẽ dari pupillo intra annum, excluditur ab eius ſucceſſione, & idem eſt in matre ac ſubſtituto. l. 2. ff. qui petant tuto. l. 2. ff. ad Tertyl. l. Sciãt. C. de legit. hæred. Sed an proximiore non petente, incipiat annus currere ſequenti in gradu,

A controuerſia eſt. Bartolus enim affirmat in Lege. Nepotibus. C. qui pet. tuto. & idem reſpondit Calcaneus in conſilio 33. nu. 11. & alij à Gabrielio citati comm. concl. lib. de Tutelis, concluſ. 1. num. 9. Contrarium autem docuerunt Paulus Caſtrenſis in d. l. Sciant. & alij à Gabrielio citati, loco proximè annotato.

Fundamentum prioris ſententiæ eſt, quia proximiore non petente alij poſſunt petere d. l. Nepotibus. Ergo ſi non petant à ſucceſſione excluduntur. d. l. Sciant.

Fundamentum poſterioris ſententiæ eſt in l. 2. §. vlt. ff. ad Tertyl. vbi dicitur matre tutorem non petente, ſucceſſionem ad alios pertinere, nec id requiritur, vt etiam ab alijs agnatis, qui in ordine & gradu poſt matrem vocantur, tutor & petatur.

Huc accedat, quòd ſi eſſent quatuor vel quinq; agnati, & nemo eorum peteret tutorem dari pupillo, nemo poſſet hæreditatem obtinere, & fiſco eſſet applicanda, quod abſurdum eſſe videtur, & iniquum.

B Huic poſteriori ſententiæ ſubſcribo. Licet enim proximiore viuente & negligente, alijs inferioris gradus cognatis liceat tutorem petere; non tamen eis pœna legibus irrogatur, vt niſi petierint hæreditatem amittant: ſed pœna matri & proximioribus irrogatur, eorumque negligentia, non aliorum mulctatur, & ita accipienda eſt. l. Sciant. C. de legitim. hæred.

CAPVT LX.

Vtrum minori inuito dari poſſit curator ad litem, ſi actor ſit.

MInori inuito curatorem ad litem dari non poſſe, ſi actor ſit, haud obſcurè docuerunt Alexander & Salicetus in l. Tutori. C. de negot. geſtis, Gloſ. & Bartolus in l. 3. §. Si pupillus. ff. de tutelis. Glo. & Albericus in l. Ait Prætor. 7. §. Permittitur. ff. de Minoribus.

C

Alij dixerunt, hoc verum eſſe, ſi minor cum tutore agat, aliàs ſecus Archidiac. & Ioan. Andr. in cap. Si annum, de iud. lib. 6. Alex. conſil. 112. num. 5. lib. 2. Veſillus ad Afflictum deciſ. 256.

Alij nulla diſtinctione adhibita minori etiam inuito, ſiue agat, ſiue conueniatur tutorem ad litem dari cenſuerunt, Angelus Aretinus in Inſtit. de curat. in principio, num. 6. authoritate tex. in §. Item inuiti. Inſtit. eodem tit.

Hanc difficultatem ſimul & controuerſiam peperit, l. 3. §. Si pupillus. ff. de tutelis, cuius hæc ſunt verba: *Si pupillus pupillaue cum iuſto tutore, tutorue cum eorum, quo litem agere vult, & curator in eam rem petitur, vtrum poſcentibus datur, an verò & aduerſario? Et ſciendum eſt, ſiue agant, ſiue conueniantur dari his hunc curatorem poſſe: ſed non aliàs, quam ſi ipſe petat, cui dari eum oportet.*

D *Denique Caius lib. 6. ſcripſit, talem curatorem nemini dari poſſe, niſi præſentem, neque cuiquam, niſi præſenti & poſtulanti: Itaque infanti non poteſt dari. Idemque Caſſius ait. ſi pupillus curatorem poſcere non vult, quo minus cum eo agatur, cogi eum à Prætore debuiſſe.*

Difficultas ex hoc oritur, quia textus dicit curatorem non dari, niſi is petat, cui dari eum oportet, & paulò inferiùs ait, ſi pupillus curatorem petere non vult, quo minus cum eo agatur, cogi eum à Prætore debere. Ita igitur hunc textum aliqui accipiunt, vt prior pars loquatur de pupillo actore, & ſenſus ſit ei, inuito curatorem ad litem dari non debere: poſterior autem pars loquatur quando pupillus conuenitur, & ait, ei curatorem eſſe dandum, etiam inuito.

Sed hic eſt error manifeſtus, primũ, quia in prima parte textus loquit᷑, ſiue pupillus agat, ſiue cõueniat᷑, vt patet ex illis verbis: *Et ſciẽdũ eſt, ſiue agãt, ſiue cõueniãtur, &c.* nõ ergo rectè intelligit᷑ eo in caſu dũtaxat, quo pupillus agit. Deinde, quia nõ hæc eſt ſñia legis, non eſſe dandum

curato-

curatorem ad litem pupillo inuito, ſed nõ eſſe dandum ei curatorem, niſi petat. Ipſe enim prius petere debet, ſed ſi non petierit, tunc ei etiam inuito dandus eſt curator à Prætore, ita hanc rem explicat Imperator Antoninus in l. 1. C. qui pet. tuto. *Admone adoleſcentem aduerſus quem conſiſtere vis, vt curatores ſibi dari poſtulet, cum quibus ſecundum iuris formam conſiſtas: qui ſi in petendis eis ceſſabit, potes in competentem Iudicem adire, vt in dandis curatoribus officio ſuo fungatur.*

Atque iſtud eſt etiam quod ait tex. in d. §. ſi pupillus, in verb. Idemque Caſſius.

Et licet Antoninus loquatur quando adultus conuenitur, eadem tamen ratio eſt, ſi agat. Nam is qui ab eo conuenietur, rectè petet ei curatorem ad litem dari, ne fruſtrà litigetur, quia ſi Iudex ſecundùm minorem pronunciauerit, valebit ſententia. l. Non eo minus. C. de procurat. ſi verò contra minorem non valeret. l. Cùm & minores. C. ſi aduerſus rem iud. Cogetur itaque minor non præciſè, vt ſic dixerim, ſed cauſatiuè, curatorem accipere, hoc eſt, ſi agere voluerit, & aduerſarium cogere ad litem conteſtandam, & conſiſtendum in iudicio. Et hoc eſt quod Imperator Iuſtinianus docet, inuitis adoleſcentibus curatores non dari, præterquam ad litem, vt in §. Item inuiti. in Inſtit. de curato. Maneat ergo hæc ſententia, minorem ſiue agat, ſiue conueniatur, cogendum eſſe accipere curatorem ad litem.

CAPVT LXI.

Geſta per falſum procuratorem, an poſt latam ſententiam ratificari à domino poſſint, in ſui commodum & fauorem?

Conſtat inter omnes pendente iudicio dominum ratificare poſſe geſta per falſum procuratorem, ex Vlpiani reſponſo, in l. Licet 56. ff. de iud. Similiter dubium non eſt, quin in ſui præiudicium dominus poſſit, etiam poſt latam ſententiam ratificare geſta per falſum procuratorem ex l. 3. §. Falſus. ff. rem ratam haberi. Verùm controuerſia eſt, an etiam in ſui fauorem poſſit dominus ratificare geſta per falſum procuratorem, puta ſi lata ſit ſententia in fauorem falſi procuratoris. Et affirmant quamplurimi. Gloſſ. in l. Si mater. §. Hoc iure. ff. de except. rei iud. Bart. in d. l. Licet. §. 6. ff. de iud. Iaſon in l. Licet. C. de procurat. Sebaſtianus Vantius tract. de nullitatibus. tit. quibus modis ſentent. null. nu. 102. Egidius Beſſamera deciſ. 29. Antoninus Teſſaurus deciſ. Pedemont. 7. Andreas Geyll. lib. 1. obſer. 47. vbi teſtatur, cùm hæc quæſtio ex facto proponeretur, ita in Auditorio illo Spirenſi concluſum fuiſſe.

Fundamentum eſt primò in d. l. Licet, 56. ff. de iud. ſed nihil ad rem facit, quia loquitur de ratificatione pendente iudicio facta. Secundò, quia ratificatio mãdato æquiparatur & retrotrahitur. l. vlt. C. ad Maced. ſed reſponderi poteſt id locum habere re integra, cùm videlicet ratificatio fit eo tempore quo actus celebrari poteſt. Tertiò, quia videtur imputandum aduerſario, cur mandatum procuratoris diligentius non examinauerit, & exceptionem falſi procuratoris non oppoſuerit. Sed nihil mouet hoc argumentum, quia maior eſt culpa falſi procuratoris, quàm negligentia aduerſarij. Item, quia fieri poteſt, vt oppoſuerit exceptionem, ſed Iudex non attenderit. Quartò, nam iudicium eſt nullum hoc in caſu, quia conſenſus domini nõ adfuit. Ergo quandocunque conſenſus eius ſuperueniat, quod fit per ratificationem, reconualeſcit. argum. l. vlt. C. ad Maced.

Sed nihil etiam hoc euincit, quia ratificatio debet fieri re integra, & tempore congruo, non autem poſt ius quæſitum aduerſario. Non enim poteſt ſuperueniens conſenſus vnius, auferre alteri ius quæſitum ſecundùm regulas vulgares.

Contrariam igitur ſententiam veriorem ac probabiliorem eſſe iudico, quam amplexi fuere Salicetus in l. Si tutor. num. 4. 5. C. In quib. cau. in integr. reſt. non eſt neceſſ. Petrus de Ferrarijs in pract. in forma libelli reſponſionis rei conuenti, in verbo Simoni Spelte. nu. 4. Myniſingerus cent. 1. obſeru. 44. Rota Romana deciſ. 13. Nota quod geſta, & deciſ. 149. Nota quod vbi in antiquis & deciſ. 428. Si habens, in nouis, & apud Caſſiodorum deciſ. 40. introducta ſuper reg.

Fundamentum eſt primò, quia ratificatio fieri debet tempore congruo, quo actus celebrari poteſt. l. Bonorum. ff. rem rat. haberi. Sed poſt latam ſententiam actus iudiciales fieri non poſſunt, iam enim facti ſunt. Ergo poſt ſententiam geſta per procuratorem falſum ratificari non poſſunt. Secundò, quia malitijs & dolis obuiandum eſt. l. In fundo. ff. de rei vendic. Occurritur autem hominum malitijs, ſi ratificatio hoc in caſu non valeat. Nam ſi valeret, occaſio daretur domino expectandi finem iudicij: Et ſi ſententia contra ſe proferretur, eum non ratificaret, ſi pro ſe, ratificaret; quod eſt iniquum.

Tertiò, in iudicijs ſeruanda eſt æqualitas. l. vlt. C. de fruct. & lit. expen. Sed æqualitas non ſeruabitur, ſi valet ratificatio. Nam ſi lata eſſet ſententia contra falſum procuratorem, non eſſet in poteſtate eius aduerſarij, hoc obtinere, vt domino præiudicaret, hic autem in poteſtate domini, pro quo lata eſſet ſententia, foret hoc efficere, eam ratificando vt aduerſario ſuo præiudicaret.

Poſtremò, quia vbi falſus procurator inuenitur, nec controuerſiæ dici ſolent, nec poteſt eſſe iudicium. l. Licet. C de Procur. Ergo non eſt in poteſtate hominis priuari per ratihabitionem efficere, vt iudicium, quod nullum eſt, valeat atque conſiſtat. Et vt ius aduerſario ſuo iam quæſitum, nullum eſſe iudicium, dicendi, auferat. Atque ita ſentio.

CAPVT LXII.

Vtrum in abſolutione à iuramento, ad effectum agendi requiratur partis aduerſæ citatio? & an Eccleſiaſticus Iudex, qui abſolutionem à iuramento conceſſit, remaneat Iudex cauſæ principalis?

Antiquà eſt & celebris hæc controuerſia. Videbatur prima, quod aiunt, fronte citationem partis requiri in abſolutione impetranda à iuramento ad effectum agendi. Primò, quia iuramenti abſolutio requirit cauſę cognitionem. cap. Quanto. de iureiur. Cauſæ autem cognitio requirit partis citationem. l. In cauſæ 14. §. Cauſa autem cognita. ff. de Minoribus.

Secundò, quia pars lædi poteſt ex ipſa iuramenti abſolutione. Nam abſolutus à iuramento agere poteſt, & multa commoda habet ex ea abſolutione. Citatio autem ſemper requiritur eius qui lædi poteſt. l. Nam ita diuus. ff. de Adopt. l. De vnoquoque. ff. de re iud.

Tertiò, quia ſi pars citaretur, forſitan oſtenderet abſolutionem per calumniam peti. argum. l. Satis apertè. C. ad leg. Corn. de Falſis. Ergo aduerſus partem inauditam nihil definiendum eſt. cap. 1. de cauſ. poſſeſſ. & propriet. cap. Caueant. 3. quæſt. 9. cap. Inter quatuor. de maior. & obed.

Quartò, propter authoritatem eorum qui ita expreſsè docuerunt. Ita docuerunt Aocharanus in conſ. 198. Prædictis ſubtiliter, & in conſ 382. Retento. nu. 3. Federicus Senenſ. conſ. 300. Dominicus à S. Gemin. conſ. 16. ad finem. Alexander in conſ. 222. nu. 8. lib. 2. Guido Papæ quæſt. 225 Felinus in c. 1. num. 23. de iureiur. Curtius ſenior conſ. 43. in 2. artic. Hippolytus Marſilius ad l. De vnoquoque. num. 163. de re iud. Ruinus conſil. 26. lib. 4. Panormitan. conſil. 12. lib. 2. Socinus ſenior conſil. 59. lib. 3. Bertrandus conſil. 41. lib. 1. & 154. eod. Iaſon ad l.

Nec quicquam. §. Vbi decretum, col. 9, de off. proconſ. & leg. Gozadinus conſ. 69. ad finem. Ioannes de Amicis conſ. 31. Loffredus conſ. 12. Pariſ. conſ. 45. nu. 85. & 96. nu. 88. lib. 1. Vrſillus ad Afflictum deciſ. 130. nu. 11. Andreas Geyll. lib. 1. obſeru. 23. num. 3.

Verùm iſtis nil morantibus contrariam ſententiam ſemper ſecutus fui, eo argumento adductus, quoniã per abſolutionem à iuramento conceſſam ad effectum agendi, nullum aduerſario præiudiciũ generatur, cuius de iure ſit habenda ratio, conſequenter citandus nõ videtur.

Conſequentia ſatis certa eſt. Antecedens autem probatur.

Nam abſolutio conceditur tantùm ad effectum agendi, hoc eſt, vt qui iuramento obſtrictus eſt, agere valeat, nec à limine iudicij repellatur, tanquã periurus. Ex hoc autem quod aliquis agere poſſit, nullum præiudicium alteri generatur, cuius habenda ſit ratio. Nam aut agendo probabit iniuſtitiam & turpitudinem contractus, propter quam meritò reſcindendus ſit, aut nõ probabit. Si non probabit, nihil eum iuuabit abſolutio à iuramento conceſſa, manebit enim obligatus vinculo ipſius contractus, nec poterit ab eo recedere. Si verò probabit, tunc aduerſarius quidem præiudicium ſentiet, ſed ſumma ratione, quia non expediebat eiuſmodi contractum ſeruari, turpem ac iniuſtum, ſed magis vtile eidem fuit eum reſcindi, ne contra iuſtitiam ex alieno damno compendium faceret, ne animæ ſuæ iacturam faceret. Quid enim prodeſt homini, ſi vniuerſum mundum lucretur, animæ verò ſuæ detrimentum patiatur?

Non obſtat ſi dicatur intereſſe aduerſarij, ne ſumptibus in iudicio vexetur. Nam huius præiudicij rationem habendam nõ eſſe, vel ex eo perſpicuum eſt, quod ſi habenda eſſet ratio, nullus poſſet alterum ad iudicium vocare, & ad agendum admitti, niſi prius cauſa cognita appareret, eum bonã & iuſtam cauſam obtinere; quod eſt abſurdum & ridiculum. Pœnæ ſunt enim aduerſus temerè litigantes conſtitutæ, quibus iniuſtè vexatis opportunè conſultum eſt. l. Cùm quem temerè. ff. de iud. in Inſt. de pœna temerè litigan. c. Calumniam. de pœnis, & alibi.

Exemplum adferunt Doctores liberti, qui patronum ſuum, vt in ius vocet, veniam à Prætore petit. Itẽ emancipati filij, qui litis inſtituendæ cauſa aduerſus patris teſtamentum inofficioſum bonorum poſſeſſionem apud Iudicem agnoſcit. Hæc enim omnia expediuntur parte non citata, quia nullum verè præiudicium inferunt, tametſi ratio illa adferri poſſit, Patroni intereſſe ne temerè à liberto in lite vexetur. Item hæredis inſtituti intereſſe, ne temerè inofficioſum teſtamentũ arguatur. Non habetur ratio huius præiudicij, quia temerè litigãtes ſuis ſubiacebunt periculis & pœnis; & iniquè vexatis ſua nõ deſunt legum auxilia, quibus indemnes conſeruentur.

Et hanc ſententiam, quæ docet citationem nõ requiri, ſecuti ſunt etiam plurimi, Ancharanus ſibi parũ conſtans in conſ. 18. Oldradus conſ. 120. Io. Calderinus conſ. 7. tit. de iureiur. Io. And. ad Specul. tit. de iureiur. verſ. Vbi autem iuraſſet. Alciatus ad c. Cùm cõtingat. nu. 125. de iureiur. Afflictus deciſ. 220. nu. 10. Natta in conſ. 167. Io. Crotus conſ. 106. nu. 8. Crauetta in conſ. 7. nu. 7. & ibi Stracca in addit. adiungit alios Couar. variarum reſol. lib. 1. c. 4. nu. 6. Rolandus à Valle alios citans in conſ. 12. nu. 38. & 42. nu. 28. lib. 1. Ioſephus Ludouicus deciſ. Peruſina 18. in 1. part. Rota Romana in antiquis deciſ. 767. Sciendum eſt, quod aliquoties.

Ad argumenta contrariæ ſententiæ hanc adfero reſpõſionem. Concedo requiri cauſæ cognitionẽ aliquam in abſolutione concedenda; ſed quia per eam non infertur præiudicium, cuius ratio habenda ſit, nego citationẽ requiri. Cõcedo eum eſſe citandum qui lædi poteſt, qui actum impedire poteſt, nihil inaudita parte decernendũ eſſe, ſed nego aduerſarium lædi propter abſolutionẽ iuramenti, quia omnia ei iura ſunt ſalua, & nihil contra eum decernitur, nec poſſet impedire abſolutionẽ, quia

A conceditur tantùm ad effectum agendi, nec cuiquam ius ſuum aufertur, aut imminuitur, denique conceditur ſub ea conditione, ſi preces veritate nitantur, de qua poſtea cognoſcetur.

Quod attinet ad alteram quæſtionem, Bald. in l. Ordinarij. C. de rei vendic. exiſtimauit Iudicem Eccleſiaſticum abſolutione à iuramento conceſſa totius principalis cauſæ iudicem fore: & eandem ſententiam ſecuti fuere quamplurimi, Alex. & Iaſ. in l. Quoties. C. de iudi. Fel. in cap. Cùm ſit generale, nu. 4. de Foro competenti. Curtius iunior in rubr. C. de Edendo. nu. 14. & multi alij à Couar. citati lib. 1. variar. reſol. cap. 4. nu. 8. & ab Oſaſco deciſ. Pedemont. 78.

Sed contrarium docuerunt plurimi alij, quos ijdem citant, quibus addi poteſt Seraſinus Senenſis de priuilegijs iuramenti, Priuilegio 60. nu. 19. & Proſper Farinacius lib. 1. quæſtionum, tit. de Inquiſitione, quæſt. 8. nu.
B 144. & quibus ipſe quoque conſentio.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt primò, quia ratione iuramenti Iudex Eccleſiaſticus eſt competens, c. vlt. de foro competen. ſiue agatur de eius obſeruantia, vt ibi, ſiue de inobſeruantia, vt in cap. 1. de iureiur. Secundò, quia Iudex competens in cauſa præparante, eſt etiam competens in cauſa præparata. l. Ordinarij. C. de rei vendicatione.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt primò in l. 1. C. ad exhib. illis verbis: *Præſes prouinciæ eam exhiberi iubebit, vt apud iudicem de rei veritate quæratur*, quibus verbis probatur, non eſſe eundem iudicem in actione ad exhibendum, & in rei vendicatione, cùm tamen actio ad exhibendum præparatoria eſſe vulgò dicatur rei vendicationis. l. 3. §. Eſt autem perſonalis ff. ad exhib.

Secundò, quia actor ſequitur forum rei, l. 2. C. de iuriſd. omn. iud. l. vlt. C. vbi in rem actio, c. Cùm ſit generale: de foro competen. Ergo ſi iudex laicus ſit compe-
C tens iudex rei conuenti, ille adeundus erit, non autem Eccleſiaſticus Iudex.

Et hoc poſtremum argumentũ mouet me. Nam cùm hæc ſit generalis iuris regula, vt actor ſequatur forũ rei, non eſt ab ea recedendum, niſi de exceptione doceatur. Non probatur autẽ hæc exceptio argumentis contrariæ opinionis. Nam Iudicem Eccleſiaſticum competentem eſſe quoties de iuramenti obſeruantia agitur, lubens fateor: ſed hic non agitur de iuramento ſeruando, ſed de iuſtitia vel iniuſtitia contractus & obligationis, quam reſcindi actor poſtulat, reus negat reſcindendam eſſe.

Fateor quoque Eccleſiaſticum Iudicem cogere poſſe creditorem ad iuramentum relaxandum, vt in c. 1. de iureiur. Sed quid hoc ad quæſtionem noſtram facit? Iam enim relaxatum eſſe iuramentum ſupponimus, & de ipſa re principali quærimus, an à Iudice Eccleſiaſtico cognoſcenda & tractanda ſit.

D Ad brocardicum illud quod attinet, iudex cauſæ præparatoriæ, eſt iudex cauſæ præparatæ, vix dignum puto reſponſione. Nego id verum eſſe. Non hoc dicit l. Ordinarij. C. de rei vend. cuius hæc ſunt verba: *Ordinarii iuris eſt, vt mancipiorum orta quæſtione, prius exhibitis mancipiis, de poſſeſſione iudicetur: & tunc demum cauſa proprietatis ab eodem Iudice decidatur.*

Nego poſſeſſionis cauſam, præparatoriam eſſe cauſæ proprietatis. Nihil enim commune habet poſſeſſio cum proprietate. l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acquir. poſſeſ. Nego ab eodem Iudice ideo vtramque cauſam decidendam, quia altera alterius ſit præparatoria: Hæc eſt ratio, quia cauſæ continentia diuidenda non eſt: Et quod in vno eodemque iudicio terminari poteſt, apud diuerſos Iudices ventilari non debet, vt in l. Nulli. C. de iudicijs, quæ ratio in quæſtione iſta locum non habet, quia abſolutionis à iuramento cauſa nõ pertinet ad obligationem & contractum, & ad iuſtitiam vel iniuſtitiam eius. Nego Iudicem qui de poſſeſſione cognoſcere poteſt, alioqui incompetentem fuiſſe ad cognoſcen-

gnoſcendum de proprietare, vt in ſpecie noſtra incompetens alioqui Iudex Eccleſiaſticus eſſe præſuppunitur, quantum ad cauſam principalem attinet. A

CAPVT LXIII.

De poteſtate Principis circa tollendum ius quæſitum.

MAximi momenti eſt, & maximum vſum habet illa controuerſia, quæ de Principis poteſtate circa ius quæſitum auferendum agitari ſolet. Ego quia multa habet capita, ſex quæſtionibus omnia comprehendam, quæ videntur mihi præcipua.

Prima quæſtio eſt, Vtrum Princeps ex certa ſcientia, & de plenitudine poteſtatis auferre poſſit alicui ius ſuũ ſine cauſa. Affirmat Angelus ad l. Item ſi verberatum. §. 1. ff. de rei vend. Iaſon ad l. vlt. in 6. limit. C. ſi contra ius vel vtili. pub. Decius in conſ. 169. nu. 7. alios commemorat Antonius Gabrielius lib. 3. comm. concl. tit. de iure quæſito non tollen. concluſ. 1. B

Fundamentum eſt, quia ſacrilegij inſtar eſt de Principis poteſtate diſputare. l. Diſputare. C. de crim. ſacrileg. Deinde, quia duplex eſt poteſtas Principis, vna ordinaria, altera abſoluta; Hæc poſtrema nullis legibus reſtricta eſt, nullis regulis ſubijcitur, ideoque Principis eſt pro ratione volũtas, & legis habet vigorem. l. 1. ff. de conſtit. Princip. Tertiò, quia Princeps dicitur eſſe dominus totius mundi. l. Deprecatio ff. ad l. Rhod. de iactu. l. Bene à Zenone. C. de quad. præſcript.

Contrarium docuerunt multi alij à Gabrielio citati loco proximè citato. Zaſius in conſil. 19. lib. 2. & ad l. 2. verſ. Ratum eſſet. de orig. iuris. Menochius in conſ. 103. nu. 68. lib. 1. Hartmannus Piſtorius lib. 2. quæſt. iuris, parte poſteriore, cap. 4. nu. 43.

Et iſtis ego aſſentior. Probatur hæc ſententia ex lege Quoties. C. de precibus Imper. off. ibi: *Quod autem totius negotij cognitionem tollit, & vires principalis negotij exhaurit ſine graui partis alterius diſpẽdio, conuelli nõ poteſt, &c.* Probatur quoque ex l. 3. & l. 7. C. eod. tit. in l. vlt. C. ſi contra ius vel vtil. publ. in l. Iubemus nullam. C. de ſacroſan. Eccleſ. in l. 3. & 4. ff. de Natalibus reſtitut. in l. Prædia. C. de locatione prædio. Ciuit. lib. 11. C

His adſtipulantur l. Digna vox. C. de legib. l. Cauſas. C. de tranſact. l. vlt. C. ſentent. reſcindi non poſſe. l. 2. C. de inceſt. nupt. l. Authoritate. C. vnde vi. l. Nec auus. C. de emancip. lib. l. 2. §. Meritò, & §. Si quis à Principe. ff. Ne quid in loco publ.

Ad primum argumentum reſpõdeo, legem allegatam non hoc velle, ſed aliud longè diuerſum, nimirum: *Diſputare de Principis iudicio non oportere. Sacrilegij enim inſtar eſt dubitare an dignus ſit, quem elegerit Imperator.* Nullum verbum eſt ibi de poteſtate Principis.

Ad ſecundum reſpondeo, abſolutam illam Principis poteſtatem nullis legibus circumſcriptam iure noſtro non probari, ideoq; à doctiſſimis Iureconſultis reijci ſolere Couar. lib. 3. variar. reſolut. c. 6. nu. 8. Zaſius cõſ. 10. nu. 7. lib. 2. Andr. Geyll. lib. 2. obſer. 56. num. 9. Arius Pinell. ad Rub. C. de reſcind. vend. par. 1. c. 2. nu. 24. D

Ad tertium reſpondeo, Principem eſſe dominũ mundi, quantum ad Iuriſdictionem & protectionem; non quantum ad dominium rerum priuatarum: nec contrarium probant leges in argumento allatæ.

Secunda quæſtio eſt, an Princeps auferre poſſit ſine cauſa ius quæſitum ex beneficio iuris ciuilis, puta præſcriptione, re iudicata & ſimilibus modis acquirendi dominij iure ciuili conſtitutis.

Affirmant circiter viginti Doctores, quos commemorat Gabrielius lib. 3. commun. concl. tit. de iure quæſito non tollen. concl. 1. nu. 18. Negant alij plurimi ab eodem relati, quibus addo Pinellum ad Rub. C. de reſcin. vend. 1. parte, cap. 2.

Conciliat opiniones Gabrielius, vt prima locum habeat cùm ius ciuile nulla æquitate nititur. Poſterior autem cùm agitur de iure ciuili æquitatem habente.

Sed mihi negantium ſententia maximè probatur, eo argumento, quod Principis reſcripta contra ius & in læſionem alterius non valent, vt patet ex legibus allatis in præcedente quæſtione, quibus accedant l. Si quando. C. de inoff. teſtam. l. 3. C. de reſcind. vend. lib. 5. C. de reuo. donat. l. 3. l. Si teſtamentum. C. de teſtam. l. Ex imperfecto, de leg. 3. Et denique regula generalis, l. Id quod noſtrum, de reg. iuris.

Non obſtat tex. in l. 2. §. Si quis à Principe, in fine. ff. Ne quid in loco pub. in illis verbis, *niſi fortè hoc impetrauerit*. Nam illud accipiendum eſt, cùm iuſtas ob cauſas id à Principe impetratur: ſine iuſta cauſa non ſolet, nec debet Princeps aliquid concedere, ex quo alter lędatur.

Non obſtat ſi dicatur, Principem fuiſſe authorem & cauſam vt dominium quæreretur, Ergo illud pro libito auferre poteſt. Quia nego conſequentiam. Poteſt enim Princeps, ius quod ipſe condidit tollere, abrogare, & infirmare, ſed hoc legem generalem condendo, ob iuſtas aliquas cauſas, cuius rei exempla ſuppeditant Nouellæ Cõſtitutiones: quod autem poſſit dominium ſine cauſa alicui auferre, quod iure acquiſiuit, puta ex teſtamento, ex præſcriptione, & alijs legitimis modis, id verò negatur, nec puto demõſtrari poſſe vlla lege, vlla iuris authoritate & ratione, imò verò repugnãt leges ſuperius adductæ, quibus probatur, non licere Principi ea decernere, reſcribere, mandare, quæ cõtra ius, cõtra ſingulorum vtilitatem repugnare videntur, niſi iuſta ſubſit cauſa.

Tertia quæſtio eſt, an Princeps ſine cauſa poſſit in re modica alteri præiudicare, & auferre ius quæſitum. Et reſpondendum eſt poſſe, ex l. Quoties. C. de precib. Imper. off. Vide Felinum in c. Quæ in Eccleſiarum, nu. 47. verſ. Quarta declaratio, de Conſtitut. Decium ibidem nu. 26. verſ. Quartus caſus. Ruinum conſil. 191. num. 13. lib. 1. & 48. nu. 13. lib. 4.

Quarta quæſtio eſt, an Princeps alicui auferre poſſit ius quæſitũ ſpe, hoc eſt, ius quod ex aliquo futuro euentu quis ſperat ſe conſecuturum: Et reſpondendũ eſt poſſe, puta naturales & ſpurios natalibus reſtituendo, vel aliam gratiam indulgendo, licet ex his ius alteri auferatur, quod conſiſtit in ſpe, iuxta Nouellam quibus modis natur. eff. ſui. §. Et quoniam variè. l. 1. §. Filius. ff. ad Tertyll. Gloſſ. in c. 1. §. Naturales, ſi de feudo defuncti conten. ſit inter dom. & agnat. defuncti. Vide Felinum in d. cap. Quæ in Eccleſiarum, nu. 49. verſ. Primus eſt, quando lex dedit modum, de Conſtitut. Ruinum conſil. 7. nu. 6. & 36. nu. 3. lib. 1. Albertum Brunum conſ. 1. nu. 54. Iaſonem ad l. Gallus. §. Et quid ſi tantùm, num. 121. de lib. & poſthumis. Gabrielium de iure quæſito non tollen. concluſ. 1. num. 30.

Sed vide præterea ne impingas in præclaram diſtinctionem Ludouici Gomes, ad regulam Cancellariæ, de non tollendo ius quæſitum, quæſtio. 4. & Sucini iunioris conſil. 95. nu. 33. lib. 3.

Quinta quæſtio eſt, vtrum Princeps ex cauſa publicæ vtilitatis auferre poſſit ſubdito ius quæſitum. Communis eſt & vera Doctorum ſententia poſſe, vide Felin. ad d. c. Quæ in Eccleſiarum, num. 26. verſ. Tertia concluſio. de Conſtit. Decium ibidem, nu. 19. Abbatem Panorm. nu. 11. & alios à Gabrielio citatos comm. concl. lib. 3. tit. de iure quæſito non tollendo, concl. 2. quibus adde doctiſſimum Oddum de in integrum reſtitutione, parte 2. q. 99. art. 8. Andream Geyll. lib. 2. obſer. 56.

Adferri ſolet tex. in l. Item ſi verberatum, §. 1. ff. de rei vend. in illis verbis: *Item ſi fortè ager fuit, qui petitus eſt, & militibus aſſignatus eſt modico honoris gratia poſſeſſori dato.* Item l. Lucius. ff. de Euictio. ibi *partim diſtractus, partim veteranis in præmia aſſignatus, &c.*

Sed aſſentior Cuiacio lib. 2. obſeru. c. 9. dictas leges ad hanc rem nõ pertinere, quia loquuntur de prędijs bello

acquiſitis,quæ victores partim diſtrahebant, partim militibus aſſignabant,ſæpè etiam veteri poſſeſſori aliquid relinquebant honoris gratia.

Probatur igitur hæc communis ſententia ex l.5.§.vlt. ff. de iniur. *Seruo*, inquit, *forſitan & libertate præſtanda. Quid enim ſi publica vtilitas ex hoc emergit?* Item ex ratione l.ita vulneratus. ff. ad l.Aquil. Et quia vtilitas publica præferenda eſt priuatæ.l vn.§.vlt. C.de cad.toll. §. Quamobrem in Nouella.de teſtit.& ea quæ patit,&c.

Huic ſententiæ etiam congruit communis Theologorum ſentẽtia,Principem poſſe propter publicum bonum diſpenſare contra leges,quod præter alios nouiſſimè explicat R. P. Gregorius noſter,noſtriq; ſeculi pręclarum lumen in 2 tomo Comment.diſput.7.q.5.pun.9.

Oportet tamen Principem compenſare priuatis,iuſta ratione ius ablatum. l.Serui. C.quib.ex cauſis ſerui pro præmio libert.accip. l. Mulier in opus ſalinatium. ff.de capti.l.Venditor,§.Si conſtat.ff.commu.præd.

B Et ceſſante cauſa publicæ vtilitatis, ius ſuum priuatis reſtituendum eſt ex Innocentij doctrina in c.Quia plerique.de immun.Eccl.de qua per Gabrielium lib.3. commun.concl. tit.de iure quæſito non tollen. concluſ.4.

Sexta quæſtio eſt, an cauſa iuſta motus Princeps præſumatur,cùm alicui aufert ius ſuum? Tres ſunt Doctorum ſententiæ. Vna,præſumendam. Altera,non præſumendam. Tertia,præſumendam ſi Princeps eam exprimat, ſecus ſi nullam exprimat cauſam, vel minus idoneam. Vide Alciatum de Præſumpt.reg.3.Præſumpt.8. Menochium de Præſumpt.lib.2.præſump.10.Andream Geyll.lib.2.obſeru.58.

Fundamentum prioris ſententię eſt.quia Princeps iuſtus eſſe præſumitur. l.2. §. Meritò. ff. ne quid in loco pub. l.Ex facto.ff.de vulg.l.4 & 5: ff.de nata. reſtit.

Sed reſponderi poteſt, id locum habere in dubio, ſed quãdo Princeps ius ſuum alteri aufert, iam videtur ceſſare illa bona præſumptio, cùm Iniquè faciat, & contra

C ius. Sic dicimus quemlibet bonum pręſumi. l.Meritò.ff. pro ſocio. Verùm hæc pſumptio ceſſat,cùm aliquid facit iure prohibitũ.c.1.de Pręſumpt.l.1.C.ad l.Corn.de falſ.

Fundamentum autem alterius ſententiæ eſt ex Clem. Paſtoralis,de ſent.& re iud.ex c.1.de can.poſſeſſ.& propriet.ex c.Nouit.de iudicijs:quæ ſanè iuris loca quo pacto ad hanc rem accommodari poſſint, non ſatis video.

Adfertur etiam quod notatur in l.Si fortè.ff.de Caſtr. pecul.& in l.Si donatione. C.de collat.non eſſe credendum aſſertioni eius,qui dicit ſe aliquid facere ex cauſa, quoties agitur de eo quod liberè facere non poteſt.

Sed hæc generalia pronunciata non ſatis tuta ſunt: vt enim aliquando locum habere poſſint, ex certis rerum circumſtantijs; non tamen rectè colligitur ea perpetuò locum habere, pręſertim cùm non ſint iuris regulæ ſumptæ ex Iureconſultorum reſponſis,ſed traditiones quædam ac obſeruationes interpretum, non contemnendæ quidem, ſed nec paſſim amplectendæ.

D Denique Menochius hanc rationem adfert,quia hæc res non pendet ex voluntate Principis,ſed neceſſaria eſt iuſta cauſa. Ergo Principi aſſerenti ſe iuſtam ob cauſam motum fuiſſe.credendum nõ eſt, quia nullus in propria ſua cauſa idoneus teſtis eſt.l.Nullus idoneus.ff.de teſtib.

Reſponderi poteſt, hoc teſtimonium Principis non eſſe in cauſa propria, cùm res non pertineat ad ipſum Principem, ſed ad alios quibus aliquid concedit.

Tertiæ denique ſententiæ,cuius author Alciatus fuit, illud eſt firmamentum, quoniam cùm Princeps cauſam exprimit,ex qua ſe adductum fuiſſe teſtatur, videtur omnino ei fides adhibenda. Clem.1. de Probation.

Rñdet D. Menochius textum illum ad cauſas beneficiales pertinere.Sed replicari pôt eandem eſſe rõnem in alijs; neq; enim vſque adeò exploratũ eſt, S.Pontificẽ in beneficialib. ſuis ſuũ cuiquam auferre poſſe ſine cauſa. Et reuera durum valde eſt, & ab omni iuris ratione alienũ, ſuſpicari Principem eſſe mendacẽ, cùm in reſcriptũ

A cauſam exprimit, cum alioqui nec in priuatis hominib. mendacium præſumendum eſſe,palam ſit,ex ijs quæ latiſſimè adfert Maſchar.de prob.vol.2 concl.1142.nu.2.

Quare vt Alciati ſententiam iuri magis cõſentaneam exiſtimem, magis inclinat animus.

CAPVT LXIV.

Vtrum promiſsio facta præſenti & tacenti in eius commodum, ſit pactum, vel pollicitatio?

TRiplex eſt Doctorũ ſententia hac de re.Prima,eiuſmodi promiſſionẽ pollicitationem videri. Ita Decius ad rub. C.de pact.Aret. ad l.2.de leg.1. Duarenus ad l.1. ff.de pact.

Altera,pactum eſſe ſi vltra pręſentiam alia conſenſus ſigna præceſſerint, ſi verò non præceſſerint, pollicitationem eſſe. Ita Bald. & Corneus ad l Senium. C.qui teſtam.fac.poſſ.Alciatus ad rub. de verb.oblig. & ibidem Albertus Bolognetus Cardinalis Illuſtr.cap.17.

B Tertia, hanc promiſſionem pactum eſſe. Ita Bart. & Cyn.in l.1.C.de pact.Iaſ.ad rub.de verb.obl.nu.8. Ang. conſ.183.Ruinus ad l.2.de legat.1.Ripa & Cagnolus ad rub.C.de pactis.Conat.ad rub.de teſtam.in 3.parte,Menoch.de Præſumpt. lib.3. præſumpt.42. Petrus Caleſanus ad l.Iuriſgentium,num.40. verſ. Retenta communi.

Prioris ſnīæ argumenta ſunt iſta.Primũ ex l.Pactum, ff de Pollicit. vbi dr̃,pactũ eſſe duorũ pluriumve cõſenſum; pollicitationem verò, ſolius offerẽtis promiſſionẽ.

Secundum ex l. Ex pollicitatione. ff. eod.tit. vbi I. C. appellat pollicitationem,quæ fit apud rempublicam in ipſius reipublicæ vtilitatem.

Tertium ex l.1.§.Si ſtipulanti.de verb.oblig.vbi dr̃,ſi tibi ſtipulanti decem, promitto viginti, obligationem duntaxat contrahi in decem: Et ſi ſi pactum eſſet, cùm aliquid promittitur præſenti & tacenti,in eius commodum, obligatio ſaltem naturalis orietur ad alia decem.

C Quartum argumentum eſt, quia pactum eſt duorum pluriumve in idem placitum & conſenſus.l.1.ff.de pact. Conſenſus autem propriè dicitur expreſſus, non autem tacitus,l.2.§.Voluntatem.ff.ſol.matr.

Quintum,quia promiſſio commodum reſpicit ipſius pręſentis & tacentis, conſequenter in eius poteſtate eſt voluntatem ſuam declarare:Cùm non declaret, videtur contra eum interpretatio ſumenda,vt non videatur conſentire.argum.l.Veteribus. ff.de pactis.

Sextum argm̃ eſt, quia is qui tacet conſentire non videtur.l. Qui tacet.de reg.iur.c.is qui tacet.eod.tit. lib.6. Ergo pactũ eſſe nõ poteſt, quoniã conſenſum requirit.

Septimum argumentũ eſt, quia ſi non eſſet pollicitatio,nimis reſtringeretur natura eius, vt nimirũ nunquã eſſet pollicitatio niſi abſenti fieret, quod eſt abſurdum.

Octauũ argm̃ eſt,quia is qui pñs eſt,& tacet,modeſtia quadã deliberare vr̃, non aũt conſentire, cùm fortaſſe è re ſua id futurũ non eſſe credat, aut beneficiũ accipiẽdo

D libertatẽ vendere nolit,vt dicebat Duarenus. Neque.n. pôt (ait Illuſtr.Bolognetus) qui Ingenuo aĩo pręditus ſit quicquã acceptare,quin de referẽda gratia ſtatim cogitare incipiat, ad quam rem natura ipſa oẽs obligamur.l. Sed & ſi lege.§ Conſuluit.ff.de pet.hæred.& ppea rectè regula conſtituta eſt,vt tacere ſit mediũ inter affirmare, & negare.l.Qui tacet. de reg.iur. *Qui tacet*, inquit Paulus,*non vtiq; fatetur, ſed tamen verũ eſt, eum non negare.*

Argumenta verò affirmantiũ pactum eſſe nõ pollicitatiõnẽ,hæc ſunt. Primum ex l.Qui patitur.ff.mand. vbi I. C. *Qui patitur ab alio mandari, vt ſibi credatur, mandare intelligitur.* Ergo ex patiẽtia cõſenſus pſumitur. Ergo duorũ conſenſus hic adeſt,ex quo pactum cõficitur.

Scdm eſt ex l.Donat.§.Spẽs.ff.de donat. *Species extra dotẽ à matre filia noẽe viro traditas, filia q̃ præſens fuit donatas, & ab ea viro traditas videri, &c.* Hic ſimiliter cõſenſus filię arguitur ex pñtia, qm̃ de eius cõmodo agit.

Tertiũ eſt ex regula, *Qui tacet, cõſentire videtur.* de reg. iur.lib.6. Nam cùm hęc regula locum nõ habeat, vbi de

tacentis

tacentis præiudicio vel obligatione agitur. l. filiusfam. §. Inuitus. ff. de procurat. ſequitur eam locum habere ſaltem, cùm de commodo agitur præſentis & tacentis.

Tertiæ autem opinionis fundamētum poſitum eſt in eo, quod in d. l. Qui patitur. ff. mandat. & in l. Donationes. §. Species. ff. de donat. aliquid aliud interuenit, ex quo conſenſus tacētis arguitur, nimirum fideiuſſio ſiue mandatum, & traditio facta. Iſtis ceſſantibus non præſumeretur tacens conſentire. l. Qui tacet. de reg. iur.

Non refero Galianlæ, Tornielli & aliorum reſpōſiones, nec nō Menochij replicationes loco annotato, quia non puto operæprecium, cùm non ſint magni momenti, & facilè ex Menochio videri poſſint.

Ego video doctores omnes, qui dixerūt hanc promiſſionem pactum eſſe, in eo vehementer laborare, vt oſtēdant, præſentem & tacentem in ijs quæ eius cōmodum reſpiciunt videri conſentire, ex hoc enim argumentantur pactum eſſe, quia pactum eſt duorum in idem cōſenſus. Et hic eſt error manifeſtus, quia cùm Vlpianus ait in l. 3. ff. de Pollicitatione, pactum eſſe duorum conſenſum atq; conuentionem, pollicitationem verò ſolius offerentis promiſſum, non dicit pollicitationem eſſe ſolius offerentis conſenſum, ſed eſſe vnius promiſſum. Nam & in pollicitatione duorum ineſt conſenſus, ſed nō expreſſus neque declaratus, niſi ab eo qui promittit alteri tacenti & non roganti: at in pacto nō conſenſus eſt duorum tantùm, ſed etiam conuentio de eo quod vtriuſque verbis conuentū eſt, & concluſum vt fiat. Pactum eſt itaq; cùm plures hoc agūt, & in eam decurrunt ſnīam, vt quid fiat aut non fiat. l. 1. ff. de pact. Pollicitatio cū quid promittitur alicui non petenti, & tamen duorum ineſt conſenſus, quòd is cui facta eſt promiſſio nō reclamat, ſed promiſſis acquieſcit. Et hoc eſt illud vulgatum. Qui tacet, conſentire videtur. Hæc habeo ex Franciſco Conano lib. 5. commētario. iuris, c. 8. in principio. Ex quibus infero in propoſita quæſtione, hāc promiſſionem non pactū ſed pollicitationem eſſe, quod tam luculēter Vlpianus docet in d. l. 3. ff. de pollicitat. vt nullus dubitandi locus relinquatur: & ex dictis patet fruſtrà laboraſſe eos, qui ex præſentia conſenſum arguunt. Nam vt id maximè verum ſit, non tā ſequitur, pactum eſſe: ſed pollicitatio eſt: cùm illa ſit ſolius offerentis promiſſio, facta præſenti & tacenti, qui proculdubio conſentire videtur. Pactū verò præter conſenſum requirit conuentionem quandam, vt aliquid fiat vel nō fiat, detur vel non detur. Et ideo dum dicit. l. 1. ff. de pactis. Pactum eſſe duorum pluriumve in idem placitū & conſenſum, rectè exponitur in *idem dandum vel faciendum*. Non igitur oīs conſenſus duorū pluriumve pactū dici poteſt. Ergo & in propoſita quæſtione ſolius offerentis promiſſio pactū non erit, licet is cui fit, præſumatur conſentire: ſed pollicitatio dicenda erit, cùm nullam aliam admixtam habeat cōuentionē (quod eſt proprium pacti) ſed ſolam offerentis liberalitatē, non reclamante eo cui facta eſt, quod eſt pollicitationis proprium, teſte Vlpiano in d. l. 3. ff. de pollicitation.

CAPVT LXV.

Vtrum reſcripta ad lites ſint perpetua, an verò anno expirent.

DVo ſunt iuris loca hac de re, quæ cōtrouerſiam pepererunt. Vnum iuris canonici. Alterum iuris Cæſarei. Innocentius III. in c. Plerunque, de reſcriptis, ſcribit in hæc verba: *Plerunque contingit, quod aliqui noſtris literis impetratis, illis vti multo tempore poſtponentes, tunc demum eas exhibent, cum aliarum authoritate ab eis contra quos primitus literas impetrarant, ceperint conueniri, dicentes poſteriores literas non valere, vtpotè non facientes de prioribus mentionem. Cùm igitur non ſit malitijs hominum indulgendum, ſtatuimus, vt ſi quis noſtras literas impetrans, intra annum poſtquam copiam iu*A*dicum habuerit, ex malitia vel negligentia poſtpoſuerit vti eis, authoritate poſteriorum literarum valeat cōueniri, licet in ipſis nulla de prioribus mentio habeatur.*

Cæterùm, Imperator Claudius in l. 2. C. de diuerſis reſcrip. ſic ait: *Falsò adſeueratur authoritatē reſcriptorum denoluto ſpatio anni obtinere firmitatem ſuam nō poſſe. Cum ea quæ ad ius reſcribūtur perennia eſſe debeāt, ſi modo tēpus in quo allegari vel audiri debēt, non ſit comprehenſum.*

Prima fuit ſententia Baldi, teſte Felino in c. Si autem, nu. 1. de reſcrip. iure canonico reſcripta eſſe annalia, iure autem ciuili perennia.

Non placet, quia non eſt inducenda inter jus canonicum & ciuile diſcordia, niſi apertè expreſſum ſit.

Secūda ſnīa Petri Rebuffi de reſcriptis in præfatione, nu. 4. reſcripta eſſe perpetua, quę iuſtā partiū reſpiciunt. Veluti ſi princeps alicui concedat, vt conueniatur ſub certo iudice, quia decet principis beneficium eſſe manB ſurū, ſecus dicendū in reſcriptis iuſtitiæ, quę iudicis comprobatione egent, quia illa ferè anno pereunt. Vel quidam, inquit Rebuffus, intelligūt ea quæ ad ius reſcribuntur, id eſt, ad obſeruationē iuris vel elucidationem. Illa enim ſunt perpetua, ſicut & ius priorem ſenſum amplectitur Menochius de arbitrarijs iudicū, caſu 202. nu. 77.

Non placet, quia nullo iure probatur hæc diſtinctio: nec ius canonicum dicit reſcripta anno perire, ſed eum qui reſcriptum obtinuit, ſi eo non vtatur intra annum, cōueniri poſſe ex alio poſteriori reſcripto, licet nullam prioris mentionem faciat.

Quare puto etiam Iacobum Cuiacium lapſum eſſe, dum ad tit. de diuerſis reſcriptis dixit, iure veteri reſcripta annalia fuiſſe, ex d. c. Plerunque, de reſcript.

Tertiā igitur vera & cōis ſnīa eſt. Reſcripta ad lites perpetua eſſe, & tamdiu durare, quādiu actio ſeu jus durat, ſuper quo impetrantur, vt in d. l. Falsò. Cæterū, ſi dolo vel negligentia is qui reſcriptum impetrauit, eo intra C annū non vtatur, tunc aduerſariū eius experiri poſſe, & aliud reſcriptū impetrare, illudq; poſterius valere, licet nullā prioris mentionē faciat. Hæc eſt ſnīa S. Pontificis in d. c. Plerunq; vti declarant Bar. Caſtrenſis. & Iaſon in d. l. Falsò. C. de diuerſ. reſcrip. Abb. & Felv. in d. c. Plerunque. de reſcript. Goffredus in Sūma de reſcriptis, nu. 48. Menoch. de arbi. iud. caſu 204. nu. 1. & in cōſ. 100. nu. 33. 34. lib. 1. Dominus Cephal. cōſ. 304. nu. 61. lib. 3. Dominus Decianus conſ. 18. nu. 1. lib. 1. quibus & ipſe aſſentior.

CAPVT LXVI.

Reſcriptum ab vno impetratum, an alijs proſit rem communem habentibus?

REſcriptum communi nomine ac precibus impetratum etſi ad vnum tātùm ex ſocijs directum D ſit, alijs quoque ſocijs prodeſſe perſpicuum eſt ex l. 1. C. de diuerſis reſcript. quod & diligenter adnotarunt Crauetta in conſ. 45. nu. 2. Minſingerus conſ. 8. primæ decadis, num. 15. & poſt illos Robertus Lancellotus de attentatis, parte 2. c. 12. Ampl. 11. num. 5.

Cæterùm nonnulla controuerſia eſt, an ſi vni tantùm ex ſocijs reſcriptum directum ſit eo caſu, quo ille ſolus ſupplicauit pro obtinendo reſcripto, proſit alijs qui eā rem cōem habētibus, & conſortibus einſdē rei. Etenim prodeſſe reſpōdit Paulus Caſtrēſis in d. l. 1. C. de diuerſ. reſcript. & Frāciſcus Marcus deciſ. 149. nu. 4 in 2. parte.

Fundamentum ſtatuunt in l. 1. & 2. C. Si vnus ex pluribus appellat. vbi conſtitutum eſt, ſi vnus ex pluribus conſortibus appellauerit, & eius appellatio iuſta pronunciata ſit, id prodeſſe quoque alijs conſortibus.

Sed contrarium reſponderunt Cynus & Albericus in d. l. 1. C. de diuerſis reſcript. & alij quos refert & ſequitur Petrus Antonius Anguſciola lib. 2. conſi. 42. quibus addi poteſt Tiraquellus, obiter tamen rem tractans de retractu conſang. §. 26. Gloſ. 1. nu. 4.

Horum

Horum fundamentum eſt, quia reſcriptum non extenditur ad perſonas in eo nõ nominatas, vt in c. Significante. de reſcrip. & ideo textus in d. l. 1. C. de diuerſ. reſcrip. non ſine cauſa mentionem. facit precum cõmuni nomine porrectarum: *Si libellum*, inquit, *de communi cauſa, tu fra:erque tuus dediſti, quamuis reſcriptum ad vnius perſonam directum ſit, vtrique tamen proſpectum eſt.*

Hæc poſterior ſnīa videtur mihi probabilior. Nam hæ duæ quæſtiones diuerſæ ſunt. Prima, an victoria litis ab vno ex ſocijs obtenta, alijs quoq; proſit rem communem habentibus: & ſiquidem res indiuidua ſit, certum eſt prodeſſe. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex pluribus appell. l. Loci corpus. §. Si fundus. ff. ſi ſerui. vend. & huc ſpectat prioris ſnīæ fundamentum. Altera quęſtio eſt, an reſcriptum quod vnus ex ſocijs ſuo nomine impetrauit, alijs quoq; proſit à principio, & dicendum eſt, non prodeſſe, quia ſi prodeſſet, deberet quoque nocere. l. Secundùm naturã. de regul. iuris. Conſequenter alij conſortes & ſocij cogerentur inuiti litigare, & cauſam proſequi in iudicio contra regulas iuris, quibus nemo inuitus agere compellitur. C. vt nemo inuitus agere, &c. Non ergo integrum eſſet alijs ſocijs ab vſu talis reſcripti abſtinere, aduerſario id petente, ſi reſcriptũ ſua vi ac poteſtate ad eos quoque extenderetur. Sed hoc cùm contra iuris rõnem ſit, melius eſt dicere reſcriptum huiuſmodi, quia communi nomine impetratũ non eſt, alijs non prodeſſe; ſecundùm iuris regulam, Reſcriptum non extenditur ad perſonas in eo non expreſſas. d. c. Significante. de reſcrip.

CAPVT LXVII.

Donatio propter nuptias, an ipſo iure cõſtituta videatur?

DOnationem propter nuptias ipſo iure à marito vxori conſtitutam videri ſecundũ dotis quantitatem, authores ſunt Martinus, Azo, Cynus, Salicetus, Iacobus de Rauenna, Raynerius & Bartolus, ſi credimus Mario Anguiſciolæ eos referẽti, & ſequẽti in cõſ. 25. & 152.

Sed contrarium docuerunt Gloſ. in Auth. Dos data. C. de don. propter nupt. Odofredus, Bald. & Angel. ibid. Idem Angelus in §. Aliud, in Auth. de Æqual. dotis. communẽ dicit Afflictus deciſ. 242. nu. 1. Grammaticus deciſ. 97. nu. 4. Clarus §. Donatio. q. 11. verſ. Sed quæro. Ruinus conſ. 110. nu. 2. lib. 5 Federicus Scotus conſ. 39. lib. 3. tomo 2. Hippolytus Riminaldus in Inſtit. de donationibus, in princ. nume. 254. & in conſ. 29. num. 11. lib. 1. & in conſ. 496. lib. 5. Burſatus cõſ. 178. nu. 8. lib. 2. Menochius de recuper. poſſeſſ. remedio 15. nu. 166.

Fundamentum prioris ſententiæ eſt in Auth. Dos data. C. de don. propt. nupt. vbi tex. dicit: *Dos data donationem propter nuptias meretur.* Deinde dicit, mulieri dotem offerenti actionem donationis propter nuptias competere, ex quo verbo, *Exactionis*, arguitur donationẽ iam conſtitutam fuiſſe.

Fundamentum autem poſterioris ſententiæ eſt, quia mulier ſibi imputare debet, cur donationem non petit ſibi conſtitui. Deinde, quia hoc videtur eſſe in arbitrio mariti, donationem propter nuptias vxori ſuę conſtituere. l. vlt. C. de donat. propter nupt. quæ lex non eſt ſublata, nec correcta ex d. Auth. Dos data. C. eod. tit. quia illa verba textus: *Dos data donationem propter nuptias meretur*, ſunt Irnerij, qui Authenticas compoſuit, & ex Nouellis ſumpſit. Nec habentur in ipſa Nouella ſiue corpore, vnde ſumpta eſt Authentica, vt patet ex §. Illud. in Auth. vt exactio. inſtante dotis, ſiue ex Haloandri editione Nouella 91.

Ego nõ puto ex arbitrio mariti hoc pendere, an velit donationem propter nuptias vxori ſuæ conſtituere, nec l. vlt. C. eo. tit. hoc dicit, ſed hęc eſt ſententia d. l. vlt. maritum licentiam habere donationem conſtituendi pp nuptias, tam ante matrimonium, quàm etiã conſtante ma-

A trimonio. Cæterùm non ei tribuit liberam poteſtatem conſtituendi vel non conſtituendi donationem propter nuptias, imò patrem teneri donationem propter nuptias pro filio ſuo cõſtituere, certum eſt l. vlt. C. de dotis promiſſ. quod non rectè diceretur, ſi hæc res ex arbitrio mariti penderet. Tenetur ergo maritus pro dotis ſecuritate donationẽ vxori ſuæ propter nuptias æqualem doti conſtituere, vt patet ex Auth. de æqualitate dotis. & donationis propter nupt. in princ. quæ eſt Nouella. 97. vbi Iuſtinianus: *Hoc igitur inter alia vniuerſa corrigimus, æqualia in dotibus eſſe, & propter nuptias donationibus, & ea quæ offeruntur, & ea quæ in ſtipulationem deducũtur pacta: Et tantam quidem quantitatem conſcribere virum, quantam & mulierem, tantum quoque lucrum ſtipulari, & tanta parte ex quanta voluerint, æqualis tamen menſura: non enim aliter iuſtitia & æquitatis ſeruabitur ratio, ſi negociatiuè alterutros circumueniant, & videantur quidem æquas*

B *facere ſtipulationes; pro vero autem inæqualis maneat effectus, non prius quantitate datorum eadem conſiſtente. Irrideri videatur vndique lex, ſi ille quidem conſcribat duo millia aureorum, mulier autem ſex millia forte in dotem offerat, &c.* Et paulò pòſt: *De cætero autem, in omni datione ſancimus æquas quidẽ eſſe oblationes, ipſos autem mediocria lucra paciſci, vt per omnia iuſtitiam æquitatemq; honoremus.*

Ex hac Nouella, in qua Imperator æquiparat dotem & donationem propter nuptias, tam in lucris, quàm præſtatione & conſtitutione auſim affirmare donationem propter nuptias mulieri conſtitutam videri ſecundùm quantitatem dotis, & pacto inito, vt præmoriente vxore maritus dotem lucretur, ſimili modo vxorẽ lucrari donationem propter nuptias præmoriente viro. Sed hæc locum habere poterunt in locis, in quibus donationes propter nuptias ſunt in vſu, ſicut in Germania, in regno Neapolitano, & alibi in Italia, vt in Placentina ciuitate,

C in qua hanc ſententiam iudicando ſecutus ſum, licet alię in facto circumſtantiæ concurrerent.

CAPVT LXVIII.

Si dos non fuerit ſoluta, an vidua lucretur donationem propter nuptias.

SI dos non fuerit ſoluta, donatio propter nuptias non debetur, vt apertè ſtatuit Imperator in Nouella 2. de non elig. ſecundò nub. §. vlt. ex qua ſumpta eſt Auth. Sed quæ nihil. C. de pactis conuentis, & idem habetur in Nouella, vt exactio. inſtante dotis. §. Illud eſt. Nouella 91. ex qua ſumpta eſt Auth. Dos data. C. de dona. propter nupt. Atque ita docuerunt Guido Papæ, quæſt. 274. Afflictus deciſ. 242. Boerius deciſ. 22. num. 21. Pariſius

D conſ. 95. num. 42. lib. 2.

Sed quid eſt, quod contrarium docuerunt idẽ Guido Papæ quæſt. 430. & 565. Afflict. deciſ. 333. & ibi Vrſill. Grammaticus deciſ. 97. Rolandus à Valle conſ. 10. lib. 1.

Rñdeo, non iſti inuicem aduerſantur, ſed diuerſa potius loquuntur. Sit iuris conſtituta regula, donationem pp nuptias non deberi mulieri, quæ dotem non ſoluit. Accipe hãc regulam cum exceptionibus iſtis. Prima qñ mulier in mora non fuit dotem ſoluendi. Secunda, quando fuit habita fides de dote. Tertia, qñ data eſt dilatio ad ſoluendã dotem, & antequam dies cederet, ſolutum eſt matrimonium. Quarta, qñ per maritũ ſtetit, quo minus dotem acciperet. Vno verbo explicari, & ad vnã exceptionem omnia reuocari poſſunt: cùm videlicet mulier nullam in ſoluenda dote moram admiſit. Sic accipiendi ſunt qui donationis exactionem mulieri concedunt dote non ſoluta. Alij qui negant ſecundùm regulæ terminos exaudiendi ſunt. Hæc admonenda putaui, vt intelligeretur, nullam hac in re cõtrouerſiam eſſe, licet prima (vt aiunt) fronte controuerſia eſſe videatur.

CAPVT

CAPVT LXIX.

Filia quæ dote accepta renunciauit hæreditati paternæ iuxta c. Quamuis de pactis, lib. 6. an propter enormem læſionem reſcindere eam renunciationem poßit?

EX facto proponebatur in hoc ampliſſimo Iuridicæ facultatis collegio, an reſcindi poſſit ac debeat renunciatio paternæ hæreditatis filiæ, quæ dotem accepit iuxta cap. Quamuis, de pactis, lib. 6. ſi fuerit enormiter læſa. Et dicebatur hãc rem in vtramque partem diſputari poſſe hunc in modum.

Nam reſcindi nõ poſſe videtur, primùm, quia eiuſmodi renunciatio videtur eſſe tranſactionis ſpecies. argu. l. De fideicommiſſo. C. de tranſact. Tranſactio autẽ non reſcinditur ob læſionem quamcunque. l. Lucius. §. vlt. ff. ad Trebell.

Secundò, quia renunciatio eſt donatio. arg. l. 1. ff. de tranſact. l. Modeſtinus. ff. de donat. Donatio autem cùm ex mera liberalitate proficiſcatur, reſcindi non ſolet ob aliquam læſionem.

Tertiò, quia nõ videtur ratio habenda alicuius læſionis, cùm agitur de iure nondum quæſito, ſed quærendo, quod ex incerto futuro euentu pendet: ex doct. Bart. in l. 1. §. Nunciatio nu. 34. ff. de oper. no. nunc. Sed filia quæ renunciauit, ius futurũ incertumq́; & nondũ quæſitum remiſit; Ergo nulla ratio habenda vr̃ eiuſmodi læſionis.

Quartò, Filiæ nullum ius competit in bonis patris viuentis. l. 1. §. Si impuberi. ff. de collat. bonor. Tempore autem mortis patris quid & quantum in bonis eius futurum ſit, incertum eſt: Ergo filia quæ dote accepta paternæ renunciauit hæreditati, læſionem allegare nõ poteſt. Ita ratiocinantur Paulus Caſtrenſis in conſ. 174. num. 3. lib. 1. Crauetta conſ. 114. nu. 13. Ancharanus q. 50. nu. 13.

Quintò, Filia dotẽ à patre accepit, Ergo læſionẽ allegare nõ poteſt; quia pater præſumitur melius cõſulere, q̃ vllus quiſpiã filijs ſuis. l. Nec in ea. ff. ad l. Iul. de Adul. Ita Caſtrenſis conſ. 275. nu. 6. lib. 1. Decius cõſi. 26. nu. 2. & 89. nu. 4. Menochius de arbitr. iudicum caſu 149. nu. 5.

Sextò, propter authoritatem eorum qui in terminis quęſtionis huius reſponderunt, renunciationem filię reſcindi non poſſe propter enormem læſionem. Citantur à Gabrielio lib. 3. commu. concluſ. tit. de iure dotiũ, concluſ. 1. Adde citatos à Didaco Couar. ad c. Quamuis de pactis, lib. 6. par. 3. §. 4. nu. 3. verſ. Contrariam. & à Menochio conſ. 410. num. 174. lib. 5.

Cæterùm pro contraria ſententia hæc adferebantur.

Primùm l. Si ſuperſtite. C. de dolo, illis verbis: *Sane ſi immodicè læſa es, non de dolo propter paternam verecundiam, ſed in factum actio tibi tribuenda eſt.*

Secundò, l. Maioribus. C. commun. vtriuſque iud. illis verbis: *Quia in bonæ fidei iudicijs, quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, reformabitur.*

Tertiò, l. 2. C. de reſcind. vend. quam in omnibus tam bonæ fidei, quàm ſtricti iuris contractibus locum habere, Authores ſunt plurimi apud Pinellum in prima parte, capite tertio in principio, & nu. 7. 8. 9.

Quartò, quia propter immodicam læſionẽ illatam, eſt perinde ac ſi dolus interceſſiſſet, l. Si quis cũ aliter. ff. de verb. oblig. Dolus autem ſi interceſſiſſet, reſcinderetur. l. Et eleganter. ff. de dolo. l. Qui cum tutoribus. §. Qui per fallaciam. ff. de Tranſact. l. vlt. C. mand.

Poſtremò, authoritas eorũ qui in terminis præpoſitæ quæſtionis locũ eſſe dixerũt reſciſſioni, citãtur à Gabrielio d. lib. 3. cõmu. concluſ. tit. de iure dotium, concl. 1. & à Couarr. ad d. cap. Quamuis. in tertia parte. §. 4. num. 3. Adde Pancirolum conſ. 1. nu. 79. Mynſingerum Centuria 5. obſeruat. 59. Andream Geyll. lib. 2. obſeruat. 147.

Concluſum fuit hanc poſteriorem ſententiam, quam & Imperialis Camera ſequitur, probabiliorẽ videri. Verùm læſionem ſpectandã eſſe tempore dotis datæ ex traditis per Deciũ conſ. 26. Paſiſiũ conſ. 26. nu. 89. lib. 3. Ale-

A xandrum conſ. 29. lib. 3. Didacum Couar. ad d. c. Quamuis de pactis, lib. 6. par. 3. §. 4. in duodecima concluſione. Menochium de arbitrar. iudicum caſu 149. nu. 17. 18.

Ad primum argumentum reſpondetur, hanc non eſſe tranſactionem, quia nulla eſt lis, nec timor litis, ſed quandam conuentionem & renunciationem dote accepta, quæ ſi iniuſta ſit, & grauem inferens læſionem, meritò reſcinditur.

Ad ſecundum negatur donationem eſſe, quia filia renunciat propter dotem, quam putat eſſe ſufficientem & cõgruam, ideo ſi decepta ſit, meritò poteſt reſciſſionem petere.

Ad tertium reſpondeo, læſionem conſiderandam habita ratione tempore dotis datæ, & renũciationis factæ, quod tempus certum eſt, & ſpectandum in lęſione dijudicanda. l. Si voluntate. C. de reſcind. vend.

Ad quartum eadem rñſio accommodari poteſt. Licet B enim nullum ius filiæ competat in bonis patris viuentis, incertumq́; ſit, quid & quãtum mortis tempore in eius hęreditate futurum ſit, habenda eſt tñ ratio temporis, quo facta renũciatio eſt: & illud ſatis certum eſt, vt dixi, & ius futurũ, hoc eſt, quod mortuo patre filiæ cõpetiturum eſt, cõſiderari debet: & ſecundũ illud, & dotis quantitatem filiæ datam, læſio exiſtimari & cognoſci debet.

Ad quintum reſpondeo, patrem quidem præſumi bonum cõſilium capere pro filijs ſuis: ſed in claris præſumptiones ceſſant. Hic enim loquimur cùm de immodica filiæ læſione conſtat.

Ad poſtremum argumentum reſpõdetur, etſi contrariam ſententiam multi fuerint ſecuti, hanc tamen nunc communiorem eſſe, & magis amplectendam, præſertim cùm Imperialis Auditorij Aſſeſſores eam ſequi ſoleant.

Abſolutionem autem à iuramẽto petendam eſſe non dubito, ex his quæ dixi lib. 2. Controuerſiarum, cap. 26. & lib. 3. cap. 14. circa finem, in prima parte.

C

CAPVT LXX.

An conſtitutio c. Quamuis. de pactis, lib. 6. locum habeat, cùm filia renunciat fratribus, non autem patri.

SEd quando in hanc conſtitutionem Bonifacij VIII. Pontificis Maximi incidimus, duas hic inſeram controuerſias, quas lib. 3. Controuerſiarum in 1. parte omiſi. Prima eſt, an locum dicta conſtitutio ſibi vendicet, cũ filia renunciat hæreditati paternæ, nõ patri, ſed fratribus ſuis ſine patris cõſenſu. Altera eſt, an renunciatione facta, iuxta formam dictæ Conſtitutionis, filia patri inteſtato morienti ſuccedat. Priorem hoc capite tractabo. Poſteriorem aũt ſequenti.

Quod igitur attinet ad priorem, hæc eſt communior ſententia, dictam cõſtitutionem locum nõ habere quan- D do filia non ipſi patri, ſed fratribus renunciat ſine cõſenſu patris, vt videre licet ex Antonio Gabrielio, lib. 3. cõmu. Concluſ. tit. de iure dotium. Concl. 1. nu. 31. & ex Didaco Couar. ad c. Quamuis. de pactis. lib. 6. in tertia parte in initio, nu. 5. cui ſententiæ & ipſe aſſentior.

Fundamentum eſt firmiſſimum, quia cõſtitutio dicti c. Quamuis. loquitur de filia renunciante hæreditati paternæ ipſi patri, non autem fratribus. Cùm enim fratribus renunciat ſine patris cõſenſu, talis renunciatio videtur continere pactum de hæreditate viuentis, quod abſque eius voluntate & conſenſu nõ valet, quia dicitur eſſe contra bonos mores, vt in l. vlt. C. de pactis. Huiuſmodi pactiones de hæreditate viuentis non iuuat dicta conſtitutio. cap. Quamuis. Ergo non valent.

Et licet controuerſia ſit, an iuramento firmentur pactiones huiuſmodi de hæreditate viuentis, tamen verior eſt ſententia non confirmari, vt oſtendam paulò inferiùs cap. 72. hoc eodem libro. Ex quo capite confirmari poterit ſententia hæc, quam nunc defendimus.

Contrarium docuerũt Ludouicus Romanus ad l. Qui ſuperſti-

Cauſæ autem cur pactum illud, quo filia renunciat hæreditati paternæ, iure ciuili non approbetur, ab Alexandro ibi commemorantur, & à Ioanne Immoléſi ad c. Cùm cótingat, nu. 35. de iureiur. à Tiraquello de iure primogeniorum, q. 29. nu. 9. et à Vaſquio de Succeſſionũ progreſſu lib. 2. §. 18.

Sed nondum reſponſum eſt ad rationem dictæ conſtitutionis quam Baldus vrget, nimirum, quia iuramentum ſeruari poteſt ſine diſpendio ſalutis æternæ.

Reſpondeo, id negari meritò poſſe, quia vt iuramentum dicatur non poſſe ſeruari ſine diſpendio ſalutis ęternæ, ſufficit peccatum etiam veniale cómitti, quia & illud detrimentum affert animæ, ſecundum communem ſententiam Canoniſtarum, vide Archidiaconum, & Io. Andr. in d. c. Quamnis. de pact. lib. 6. Ioannem Immolenſem in cap. vlt. in 3. notabili, de Præſcript. Crauettam in conſ. 559. nu. 4. Sed einſmodi pacta de hæreditate viuentis, inducunt votum captandæ mortis, Ergo aliquã peccandi occaſionem adferunt, vt dicebat Vaſquius de ſucceſſionum progreſſu lib. 3. §. 28. nu. 11. Ideoque peccati eſſe nutritiua dixit Salic. ad l. Pactum quod dotali. C. de pactis. & poſt eum Socinus iunior conſ. 44. nu. 39. lib. 2. Cacheranus deciſ. 100. nu. 3. & Hippolytus Riminaldus in conſ. 164. nu. 41.

Quamobrem mihi nõ probatur id quod ſcribit Couar. ad Rub. de Teſtam. in 5. parte, num. 15. pacta iſta de hæreditate viuentis non ideo reprobari, quod cõtineãt, vel inducãt ex voto captandæ mortis aliquod peccatũ, quia etiam in ſubſtitutionibus & primogenijs hæc ratio allegari poſſet, cùm tamen primogenia & ſubſtitutiones nemo dixerit Inducere.

Etenim inter hæc & pacta noſtra latum eſt diſcrimé, non enim primogenitus ac ſubſtitutus oſtendit ſe eſſe ſolicitum de hæreditate viuentis, nec de ea diſponit, ſed teſtator eſt, quia omnia facit atque diſponit, & lex vel cóſuetudo, quæ vocat primogenitum ad ſucceſſionem, nullo eius facto interueniente, ſicuti declarat Cagnolus ad l. vlt. C. de pactis, nu. 39. & ſeq. At in quæſtione noſtra ex pacto ipſorum, qui de hæreditate viuentis paciſcuntur, votum mortis captandæ oritur.

Multò minus placere poteſt quod dixit Zaſius cóſ. 1. nu. 38. lib. 2. hæc quæ dicũtur de voto captandæ mortis, Italis eſſe relinquenda. Sunt enim hæc à noſtris authoribus ad reipob. ſalutem & vtilitatem prudenter conſtituta, ac proinde ad omnes gétes pertinent Imperio Romano ſubiectas. Certè à S. Pontifice perpenſa eſt hæc ratio voti captandę mortis in cap. Deteſtanda, & in cap. Nec captãdæ. de prębend. in 6. & ab omnibus paſſim conſideratur & adducitur ex d. l. vlt. C. de pact. dũ ait, eiuſmodi pactiones eſſe contra bonos mores, plenaſque triſtiſſimi & periculoſi euentus.

Secundum argumentum eſt Philippi Decij. Statuto induci ac obtineri poteſt, vt pactum valeat de viuentis hæreditate, vt docet Baldus in l. Cùm Archimodoram. C. vti in poſſeſſ. lega. Ergo & iureiurando eadem pactio confirmari poteſt. arg. l. Non impoſſibile. ff. de Pactis.

Reſpondeo, negãdo vtrumque, hoc eſt, & antecedés & conſequens. Statuto enim induci hoc nó poſſe aduerſus Bald. plurimi docuerũt apud Cacheranum d. deciſ. 100. & apud Hyppolit. Riminaldum conſ. 164. num. 31. lib. 2. Menoch. conſ. 456. nu. 28. lib. 5. Conſequens autem non probatur vlla lege vel ratione iuris.

Tertium argumentum eſt Guidonis Papæ. Iuramentũ facit, vt actus qui alioqui non valet, confirmetur ex trad. per Bart. in l. Si quis pro eo. ff. de fideiuſſor. Atet. in conſ. 74. Crauet. conſil. 102. Ergo & in quæſtione noſtra hoc efficiet, vt pactum confirmetur & valeat, licet alioqui nullum ſit.

Reſpondeo, iuramento quidem multa confirmari, quæ aliàs non valent, veluti donatio inter virum & vxorem, quæ non eſt contra bonos mores, ſed moribus recepta non eſt, vt declarat Socinus iunior conſ. 44. nu. 34.

A lib. 2. ſed iuramentum non confirmare ea quæ contra bonos mores ſunt, cap. Non eſt obligatorium. de reg. iuris. lib. 6. Sunt autem pacta eiuſmodi contra bonos mores. l. vlt. C. de pactis.

Poſtremum argumentum eſt ex cap. 25. Geneſis, vbi Eſau fratri ſuo vendit primogenituram, & valuit donatio propter iuramẽtum, cuius loci meminit Tiraquell. de iure primogen. q. 59.

Reſponderi poteſt ex Tiraquello ibi num. 3. & ex Cacherano dicta deciſ. 100. iudicialia veteris teſtamẽti nõ aſtringere, niſi in quantum reperiuntur approbata, & illud ius primogenituræ, quod cõtra ius naturale vni tantum ex liberis ſucceſſioné defert, faciliùs extingui poſſe. Denique illud conceſſum fuiſſe Iacob in figuram, propterea quod ex eo debebat deſcẽdere beatiſſima Virgo Maria, ideò meruit primogenituram, hæreditatem & benedictionem patris. Quæ autem in veteri teſtamento in figuram concedebantur, ad exemplum trahenda

B non ſunt.

Alij dixerunt pacta de viuentis hæreditate iuramento confirmari quidem non poſſe; Veruntamen paciſcentes in periurium incidere, ſi ea non ſeruarint. Alexander poſt Immolam, quem citat ad l. Stipulatio hoc modo cõcepta poſt num. 7. de verb. oblig. Alciatus in c. Cùm contingat, nu. 80. de iureiur. Vaſquius de ſucceſſionum progreſſu lib. 2. §. 18. nu. 195.

Fundamentum eſt in c. Sicut ex literis. de Sponſalib. in Gloſ. c. vlt. verſ. Reuocatus. de proc. li. 6. in cap. Cùm quidam. de iureiur. in trad. per Rotam in antiquis deciſ. 653. vbi decidit iurantes in periurium incidere, qui non ſeruant iuramentum, licet actus ſuper quo interponitur legibus ſit reprobatus.

Reſponderi poteſt hæc eſſe diſſimilia, quia nõ loquuntur, quando iuramentum adhibetur ad confirmandum id, quod eſt contra bonos mores, ſicut in quæſtione noſtra. Vide Celſum Vgonem conſ. 100. nu. 5.

C Tertia igitur eſt ſententia vera & communis, eiuſmodi pacta de hæreditate viuentis, iuramento nõ firmari. Vide Bart. & alios in l. vlt. C. de pactis. Alex. in conſ. 58. lib. 3. Decium conſ. 31. 63. 184. 225. 236. Capell. Tholoſ. deciſ. 452. Curtium iuniorem conſ. 15. & conſ. 22. Tiraquell. de iure primogen. q. 6. num. 18. Zaſium cóſ. 1. nu. 18. lib. 2. Socinum iuniorem conſ. 44. nu. 15. lib. 2. Cacheranum d. deciſ. 100. Couar. ad cap. Quamuis. 2 parte, in initio, nu. 5. Andr. Geyll. lib. 2. obſeru. 156. Hieron. Gabrielium cóſ. 137. nu. 55. 26. Viuium commu. opin. verſ. Pactum. 1. Celſum Vgonem d. cóſ. 100. nu. 5. Io. Petrum Surdum conſ. 133. nu. 9. Simonem Pret. conſ. 123. nu. 15.

Fundamentum eſt ſatis firmum in l. Non dubium. C. de legibus, quam multi ad hoc perpendunt, ſed firmius eſt illud, quia non eſt obligatorium cõtra bonos mores præſtitum iuramentum, c. Nó eſt obligatorium. de reg. iur. lib. 6. Huiuſmodi pacta ſunt contra bonos mores. l.

D vlt. C. de pactis. igitur, &c.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, illud eſſe accipiendum, quando iuramentum eſt cõtra bonos mores iuris canonici, quia ſcilicet peccatum continet, non autem contra bonos mores iuris ciuilis.

Sed pręterquam quod regula c. Non eſt obligatoriũ, indiſtinctè loquitur, quod perpendunt Fortunius de vltimo fine iuris, Illatione 12. Socinus iunior d. cóſ. 44. nu. 44. lib. 2. Couar. ad d. c. Quãuis in 2. parte, in initio, quorum argumentis reſpondere debuiſſet Vaſquius de ſucceſſionum progreſſu lib. 3. cap. 58. nu. 10.

Præter hanc, inquam, rationem, illa etiam accedit, quod pactiones hæ inducunt votum captandę mortis, & ideo ſunt contra bonos mores, etiam ſecundum ius canonicum. c. 2. c. Deteſtanda, de Conceſſ. prębendæ lib. 6. Sunt enim cõtra ius naturale. l. Quidam. §. vlt. ff. de donation. conſequenter contra ius canonicũ ex trad. per Panorm. in c. Cùm contingat. poſt nu. 5. de iureiur. vt animaduertit Socinus iunior d. conſ. 44. nu. 41. lib. 2.

Imò

A Aſſumptio argumenti probatur, quia maritus cõfeſſus eſt, ſe à ſocero dotem accepiſſe, quam verè non accepit, pro cautione vxoris ſuæ, vt videlicet eum obligatum haberet ad reſtituendam dotem, non habita ratione an dotem acceperit, necne. Nam & ipſi marito proſpectum ſatis eſt ex promiſſione poſtea facta per ſocerum, vt planè videatur, ſicut rectè Bartolus dicebat, tanti promiſſionẽ illam æſtimaſſe, vt ſe voluerit obligare, ac ei numerata eſſet. Quod ſanè confirmari poteſt, primùm ex eo, quod in inſtrumento, in quo confeſſio de recepta dote ipſius mariti continetur, idem promittit, ſe eam vxori reſtiturũ ſoluto matrimonio, & in omnem caſum dotis reſtituendæ, vt fieri ſolet. Quare mulier ex ſtipulatu actionem meritò habet, iuxta l. Vnic. C. de rei vxor. actio.

Secundò, quia ea confeſſio non fit in fauorem ſoceri, & hoc certum eſt: nec enim gener confitendo ſe dotem accepiſſe, ipſum ſocerum liberat, imò adhuc obligatũ habet ex promiſſione poſtea facta. Non etiã ea cõfeſſio fieri vř à marito animo donãdi vxori ſuę, iuxta l. 2. C. de dote B cauta non num. quia maritũ nolle aliquid donare ex eo apparet, quod poſtea ſtipulatur à ſocero ſibi dotẽ pręſtari, & ſolui, & ſocer ei promittit ſe ſoluturũ dotẽ. Vt igitur confeſſio non ſit prorſus inanis, & abſq; vllo effectu, dicendũ eſt, eã in fauorẽ vxoris factam videri, vt maritum eiuſq; hæredes conuenire poſſit ad reddendam dotem ſoluto matrimonio, ipſi autem marito & hæredibus eius actionem competere ad dotem promiſſam cõſequendã.

Sed contrariam ſentẽtiam Baldus eſt ſecutus in l. pen. §. Si vir. ff. ſol. matrim. & ibidem Angelus, vbi teſtatur ſic fuiſſe deciſum Peruſij, & idem in conſ. 145. Romanus in conſ. 445. nu. 4. Andreas Siculus conſ. 119. lib. 2. Curtius ſenior conſ. 54. col. 2. & 3. Socinus ſenior conſ. 27. nu. 24. lib. 4. alios citat Antonius Theſaurus deciſ. Pedemont. 112. num. 3.

Horum argumentis reſpondendum eſt. Primum eſt ex l. 1. C. de dote cauta non num. *Dotem numeratio non* C *ſola confeſſio conſtituit*. Sed hic nulla eſt numeratio, ſed confeſſio ſola mariti: Ergo, &c.

Reſpondeo, hanc eſſe legis ſententiam, dotem conſtitui ex numeratione, non autem ex confeſſione, quia obſtat exceptio dotis non numeratæ, intra tempus cõſtitutum, vt in illo titulo habetur. Veruntamen etſi maritus dotem non acceperit, nihil tamen prohibet, quo minus dotem reddere teneatur. Veluti ſi ſocerum liberauit, qui dotem præſtare tenebatur ex alijs cauſis, vt in l. pen. §. Si vir. ff. ſol. matr. l. Vir ab eo. l. Dotem. l. Prætermittendo. §. 1. ff. de iure dotium.

Hæc in propoſita quæſtione iuſta cauſa eſt, quia vir ſuſcepit in ſe periculum, & onus ac obligationem dotem vxori reddendi ſoluto matrimonio, contentus promiſſione ſoceri, vt ſuprà dictum eſt.

Secundum argumentum eſt, quia licet paternum officium ſit dotem dare filiæ ſuæ. l. vlt. C. de dotis promiſſ. l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. tamen filia dicitur à patre ali D quod lucrum accipere, dum dotẽ accipit. l. vlt. §. Si à ſocero. ff. quæ in fraudem cred. ibi: *Intelligitur quaſi ex donatione aliquid ad eam perueniſſe*. Ergo filia factum patris, à quo cauſam habet, præſtare debet: Conſequenter ſicut patri agenti ad repetitionẽ dotis obſtaret exceptio. propter promiſſionem poſtea factam, ita & filiæ obſtare debet. l. Apud Celſum. §. De authore. ff. de doli mali excep. l. Ex qua perſona. de reg. iuris. l. Mæuia. §. 1. ff. ſol. matr.

Reſpondeo, non obſtare filiæ hanc exceptionem, quę patri obſtaret (niſi hæres eius eſſet) q̃a nihil petit ex perſona patris, ſed petit ex confeſſione & promiſſione mariti, qui obligauit ſe ad reſtituendam ipſi vxori dotem, licet à ſocero non acceptam. Habuit enim promiſſionem ſoceri loco ſolutionis, ac proinde confeſſionẽ & promiſſionem fecit vxori ſuæ, perinde ac ſi dotẽ accepiſſet. Argumentum autem cõtrarium locum haberet, ſi verſaremur in ſola confeſſione mariti de recepta dote; nam intra tempora legibus cõſtituta vxori dotem repetenti rectè A obijceretur exceptio dotis cautæ non numeratæ. Sed hic verſamur in alia facti ſpecie, cùm ſcilicet vir promiſit vxori ſe dotem redditurum, non ſpe futuræ numerationis, ſed ſimpliciter, quia ſcilicet promiſſionem habuit à ſocero, quam pro numeratione reputauit.

Tertium argumentum eſt, quia ex illa confeſſione mariti non eſt planè quæſitum ius vxori ante lapſum temporis, ad opponendam exceptionem non numeratæ dotis conſtituti. Ergo repellitur exceptione, &c.

Reſpondeo, id negando, quod in argumento aſſumitur. Etenim ius quæſitum eſſe mulieri contra maritum & eius hæredes, ex promiſſione mariti de dote ei ſoluto matrimonio reddenda, & confeſſione facta, patet ex iam dictis.

Quartum argumentum eſt, cùm quis eam ob cauſam tenetur, quia actionem habet, cedendo actionem liberatur, l. Quod debetur. ff. de peculio. Sed ideo maritus tenetur hoc in caſu, quia actionem habet ex promiſſione B contra ſocerum. l. Si patet 5. C. de dotis promiſſ. Ergo cedendo mulieri actionem, liberatur.

Reſpondeo, negãdo, maritum ideo teneri, quòd actionem habeat, nam tenetur eã ob cauſam, quod vxori ſuæ promiſit ſe dotem redditurum, quam cõfeſſus fuit ſe habuiſſe, licet enim reuera non habuerit; tamen quantum ad mulierẽ voluit eſſe obligatus, ac ſi eam habuiſſet, ſuoq́ue periculo dotem à ſocero ex promiſſione exigere.

Quintum argumentum eſt, Nouatio non inducitur, niſi expreſsè id agatur. l. vlt. C. de Nouation. Ergo maritus qui confeſſus eſt ſe dotem accepiſſe, non videtur hoc feciſſe animo nouandi, & obligationẽ in ſe ſuſcipiendi.

Reſpondeo, imò videri: cuius rei luculentum eſt teſtimonium, ex eo, quod mulieri præſenti ac ſtipulanti promittit ſe dotem redditurũ, ac in fauorem, & commodum eius fatetur ſe dotẽ accepiſſe, licet reuera non acceperit.

Vltimum argumentum eſt, quia eiuſmodi confeſſio C eſt erronea, nam vir fatetur ſe dotem accepiſſe, & tamen conſtat id falſum eſſe. Erronea autem confeſſio non nocet. l. Error. C. de iuris & fact. ignor.

Reſpondeo, nullum hic errorem eſſe, nullam falſitatem videri: Nã res ſic ſe habet: maritus accipit à ſocero promiſſionem. Ea promiſſione vſque adeò contentus eſt, vt eam loco numerationis dotis habeat; ac proinde ſe accepiſſe dotem profiteatur, promittatque vxori ſe eam reſtituturum. Hic periculum eſt mariti, ſi poſtea non exigat, non vxoris; quia ſatis ei cautum eſt ex ea confeſſione & ſtipulatione.

CAPVT LXXV.

Ad l. 1. de dotis promiſſ. & ad l. Cùm poſt. §. Gener. ff. de iure dotium.

D PApinianus: *Gener à ſocero dotem arbitratu ſoceri certo die dari nõ demonſtrata re, vel quantitate ſtipulatus fuerat, arbitrio quoque detracto ſtipulationem valere placuit: nec videri ſimile, quod fundo non demonſtrato, nullum eſſe legatum, vel ſtipulationem fundi conſtaret: cùm inter modum conſtituendæ dotis, & corpus ignotum, magna differentia ſit. Dotis enim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti conſtitui poteſt, &c.* l. Cùm poſt. §. Gener. ff de iure dotium.

At contra Imperator Alexander: *Fruſtrà exiſtimas actionem tibi competere, quaſi promiſſa dos tibi nec præſtita ſit, cum neque ſpecies vlla, neque quantitas promiſſa ſit, ſed hactenus nuptiali inſtrumento adſcriptum, quod ea quæ nubebat, dotem dare promiſerit.* l. 1. C. de dotis promiſſ.

Quinque præcipuas Doctorum ſentẽtias eſſe animaduerti, quas ordine referam, vt collatione inuicem facta lector facilius intelligere ac diſcernere valeat, quæ ſit rationi ac iuri magis conſentanea: qua in re operam etiam dabo, vt iudicium non deſideret meum.

Prima fuit Accurſij & aliorum veterũ ſententia, Papinianum loqui de dote per ſtipulationẽ promiſſa. Alexandrũ verò de dote in ſcriptura, vel nudo pacto promiſſa, quæ cùm incerta ſit, non eſt præſumenda ſtipulatio, nec pactum nudũ actionẽ producere debet, ne duo ſpecialia concurrant, Primum, vt ex nudo pacto detur actio. Alterum, ad incertũ, vel præſumatur ſtipulatio interueniſſe,

Secunda fuit ſententia Franciſci Duareni lib. 1. anniuerſar. diſputat. cap. 56 diſtinguendum eſſe, an pater filię nomine dotem promiſerit, an verò ipſa mulier. Posteriore caſu nulla eſt promiſſio, propter incertitudinem, vt Alexander reſcripſit. Priore autem caſu promiſſio dotis vtilis eſt, vt reſpondit Papinianus, ea ratione, quia officium patris eſt dotare filiam, idq́ue pro modo facultatum ſuarum, & dignitate mariti. Vnde promiſſio ex iure & legibus certitudinem accipit. Nullus autem legibus præfinitus eſt modus dotis, quo mulier citra conuentionem teneatur, imò poteſt indotata nubere.

Tertia eſt ſententia Antonij Guiberti de dotibus, c. 4. generalem ac indefinitam dotis promiſſionẽ valere, ſiue mulier eam promiſerit, ſiue pater vel alius eius nomine, quoniam ex facultatibus promittentis, & dignitate eorum, qui matrimonio coniunguntur, dos certitudinem capiet. Ad Alexandri reſcriptum quod attinet, reſpõdet mulierem eo in loco dotem tantùm dicere promiſiſſe, id eſt, ſolenniter conſtituere, ſecũdum antiquos emendatos Codices. Cùm itaque dotem mulier non promiſerit, ſed tantùm pacto nudo ſe dotem dicturam cauerit, meritò actio non cõpetit, quia lex non confirmat talem dotis conſtituendæ pactionem, ſed eam demùm quæ aliquam dotis conſtitutionem ſeu promiſſionem continet.

Quarta eſt ſẽtẽtia Guilielmi Fornerij, lib. 3. ſelectionum, c. 24. in Alexãdri reſcripto, nullã omnino à quoquã dotem Claudio fuiſſe promiſſam, non ſecus tamen, ac ſi promiſſa eſſet dotali adſcripta inſtrumento. Ei rei argumento eſſe verſiculum, *quia promiſſa*, quo ſermone falſa ac temerè arrepta opinio ſignificari ſolet. l. 4. C. de hære. inſtit. l. Quidam. ff. de probat. l. 2. §. Voluntatem. verſ. Iulianus. l. Si alienã. ff. ſol. matr. l. Si eum. ff. ſi cert. pet. l. Nec ignorans. C. de donat. §. Sed iſtæ, de actio. cap. Quæſijt. de verb. ſig. Et licet regulariter inſtrumenti fidẽ ſequamur. l. Sciẽdum. de verb. obl. Sæpe tamen tabellionum multa de ſuo adſcribẽtium & affingentiũ vitio, negligẽtia, vel aſtutia hæc iuris definitio offendit. l. Si librarius. de reg. iuris, vt interdũ plus nũcupatũ, minus ſcriptũ; vel cõtra, plus ſcriptũ, minus cautum eſſe videatur. l. 4. C. de dotis promiſſ. Etſi pro ſcriptura præſumatur, permiſſum eſt id, quod geſtũ ſit inueſtigare, vt veritati locus ſuperſit. l. Optimã. C. de cõtrah. & com. ſtip. Ex quib. indotatã vxorẽ Claudio nupſiſſe relinquit. d. l. 1. quod nec nouũ, nec inſolẽs videri debet. l. Si cùm dos. rer. amot. l. Quid ſi nulla. de relig. & ſump. fun. Nou. 2. 74. 117. Hęc ferè Fornerius.

Quinta eſt ſententia Roberti Aureliani, lib. 4. ſent. iuris. c. vlt. Alexandri reſcriptũ ad eam ſpeciem pertinere, qua dotis promiſſor in animo habuerit eã taxare & pręfinire, neque tñ aliquo caſu ſuperueniente, aut errore id egerit, tunc enim inutilis eſt promiſſio. Hocq́ue indicere videntur illa verba Alexandri: *Sed hactenus nuptiali inſtrumento adſcriptum*, nimirum ex propoſita ſpecie intellexiſſe Imperatorẽ, amplius quid adſcribi voluiſſe inſtrumento partes, ſed tamen hactenus tantùm, vt dos ſimpliciter promiſſa appareret, fuiſſe adſcriptũ: cùm neq; ſpecies vlla, neq; quãtitas promiſſa fuiſſet, verùm eo imperfecta promiſſio relicta, quod cùm ſic dotem promitteret mulier, vt ſimul dotis modum præſtituere vellet, id tamen actum non eſſet, nec per conſequens inſtrumento adſcriptũ: quod ſibi imputare debeat ſtipulator maritus, in cuius poteſtate eſſet apertiùs ea omnia concipere & cõſcribi curare. Sic enim in cæteris, quę obſcura dubiaq́; & incerta ſunt, contra ſtipulatorem interpretatio fit, cęteroſq́ue iſtiuſmodi omnes, quibus ex conuentione aliquid quæritur, & cõmodũ adfertur. l. Stipulatio iſta. §. In ſti- A pulationibus. ff. de verb. obl. l. Veteribus. ff. de pactis. l. Labeo ſcribit obſcuritatem. de act. empt. Hęc Robertus.

Nunc de ſingulis quid ipſe ſentiã paucis accipe. Prior ſentẽtia nullo pacto mihi placere poteſt, primò, quia tam Alexander quàm Papinianus intelligi poſſunt de dote promiſſa, vel pacto nudo, vel per ſtipulationẽ. Nec enim refert l. Ad exactionem. C. de dotis promiſſ. nec vllum eſt veſtigium huius diuerſitatis in vtroque reſponſo. Secundò, quia illa ratio, ne duo ſpecialia ſimul concurrant, admodum infirma eſt; nam concurrere poſſe, multa ſpecialia indicant. l. Licet. §. 1. ff. de iure dot. Singularia. ff. ſi cert. pet. l. vlt. C. ad Velleian. §. Si ab hoſtib. Inſtit. quibus modis ius patriæ poteſt. ſoluitur.

Tertiò, quia ratio Alexandri Imperatoris non eſt poſita in impediendo cõcurſu duorum ſpecialiũ, ſed quia in inſtrumento dotali nil aliud erat adſcriptũ, niſi quod ea, quę nupſerat, dotẽ dare promiſerat. Quibus verbis appa- B ret, rationem eius eſſe propter incertudinem promiſſionis, quia nec ſpecies vlla, nec quantitas expreſſa fuerat.

Quod attinet ad ſententiam Franciſci Duareni, illa mihi veriſſima videtur. Imprimis eam amplexi ſunt Franciſcus Conanus, aut is, qui Conano additamenta fecit, lib. 8. c. 8. Deinde Coraſius ad l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. nu. 92. Denique Cuiacius in recitationibus ad Codicem, tit. de dotis promiſſione, & ad Papinianum lib. 4. reſponſorum, dum tractat reſponſum illud Papiniani in l. Cùm poſt. §. Gener. ff. de iure dotium.

Ad hæc, adſtipulatur huic ſententiæ Hermanopulus lib. 4. c. 8. ſic Latinè dicens: *Si ſpoponderit mulier dotem dare, non adiecta quantitate, aut re certa expreſſa, quæ in dotem detur, inutilis eſt eiuſmodi dotis promiſſio, vtpote cum poſſit mulier vel viliſſimum quippiam dotis nomine exhibere. Alia cauſa eſt patris dotem pro filia pollicentis, qui etſi quantitatem dotis non præfinierit, rata tamen eſt ac valida promiſſio. Hoc enim cum dicit pater, non ſeſe quantamlibet* C *dotem, ſed quæ facultatibus par ſit daturum indicat*.

Denique, his accedit argumentum ex ipſis verbis Papiniani & Alexandri, Papinianus enim apertè loquitur de patre promittente dotem, filię nomine; Alexander verò de muliere ipſa, quæ dotem promiſit, Ergo hæc ſententia verbis vtriuſq; legis conſentanea eſt, ſed & rationi quoque conuenit. Nam pater debet dotem filiæ, tanquam æs alienum. l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. l. vlt. C. de dotis promiſſ. Quantum verò debeat obſcurum non eſt. Debet enim dotem filiæ conſtituere pro modo facultatum ſuarum, & mariti dignitate, Si ergo pater pro filia dotem promittat, non eſt incerta huiuſmodi promiſſio, nec incerta dos. Sed nulla dos eſt certa, quam ſibi ipſi mulier conſtituere debeat aut cogatur: nam in arbitrio eius eſt, quam & quantam marito velit dare vel promittere, modò omnia bona ſua, l. Mulier. 73. ff. de iure dot. modò exiguam pecuniam, modò etiam nullã. ideo D mulier dotem promittendo ſimpliciter non adiecta re vel quantitate certa, nihil agit, quia quantum promiſerit non apparet, & leuiculæ rei præſtatione liberari poteſt, quam ſibi ſuam dotem eſſe dicat,

His non obſtat l. Quarto 61. ff. de iure dotium, quam Gunterius opponit ad probandum dotis promiſſionem incertæ quantitatis à muliere factam valere. Nam lex illa hoc non dicit. Celſus; *Quæro quanta pecunia dotem promittenti adultæ mulieri, curator conſenſum accommodare debeat? Reſpondi. Modus ex facultatibus & dignitate mulieris maritiq́, ſtatuendus eſt, quouſque vel ratio patitur*.

Hæc eſt ſententia legis, ſi adulta mulier, quæ curatorem habet, dotem certæ quantitatis promittat, curatorem eius conſenſum accommodare debere, prout facultates mulieris, eiuſque & viri dignitas, & ratio poſtulat & patitur. Itaque mulieri immoderatam dotem promittenti, ſuum conſenſum curator non accommodabit. De incerta dotis promiſſione & quantitate obſcura, nullum verbum in dicta lege habetur.

Ad

Ad tertiam ſententiam quod attinet, hóc mihi occurrit, non videri ſolidã. Primò, quia repugnant omnes Codices, in quibus ſcriptum eſt, mulierem dotẽ dare promiſiſſe. Secundò, quia & ſi mulier dotem ſe dicturam, hoc eſt, coſtituturam promiſiſſet, ęquè (niſi incertitudo obſtaret) deberetur ac ſi dotem promiſiſſet. Nec enim verbis leges ſcriptę ſunt, ſed rebus. l. 2. C. commu. de leg. tertiò. Quia licet Vlpianus in fragmẽtis, tit. 5. dicat: *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*, dotis tamen actio tã ex dictione naſcitur, quàm ex ſtipulatione, vt notat ibi Cuiacius; vbi etiam monet, ſublatam eſſe dicendæ dotis ſolennitatem, & ideo Tribonianum in l. Ad exactionẽ. C. de dotis promiſſ. & alibi ſemper ſcripſiſſe, *dotis promittere*, vbi olim ſcriptum erat, *dotis dicere*.

De ſententia Fornerij amplectenda, nunquam cogitaui, quõ repugnat verbis legis, quibus euidenter apparet dotem reuera promiſſam fuiſſe indefinitam; & ita cõprehenſum in inſtrumento, & ideo nullam falſitatem interueniſſe manifeſtũ eſt, totaq; legis ratio in eo eſt poſita; quod nullus ſpecies, nulla quãtitas dotis expreſſa fuerit.

Poſtrema denique ſententia Roberti nullo modo placere poteſt, quia nobis non conſtat, partes voluiſſe dotẽ taxare, & poſtea errore aut alia de cauſa nõ taxaſſe. Nulla huius rei mentio habetur in lege; nullũ, vel minimum argumentum. Nam ille verba illa, *ſed hactenus inſtrumento dotali adſcriptum*, non indicant partes voluiſſe dotem taxare ac definire, ſed hoc ſignificatur, in inſtrumẽto dotali hoc ſolùm fuiſſe comprehẽſum, quod ea quæ nupſerat dotem dare promiſiſſet, ſcilicet nulla certa quantitate vel ſpecie expreſſa: quæ ratio & cauſa fuit, vt actio Claudio non competeret.

CAPVT LXXVI.

An fideiuſſores dotium dari poſsint.

A Marito non eſſe exigendam pro dote ſatiſdationem certum eſt ex l. 2. C. Ne fideiuſſores dotium dentur, cuius rei adfert rationem Imperator ibi, quam latius explicat Alciatus lib. 4. Parergon, c. 26 Sed an à marito volente præſtari ſatiſdatio poſſit, in controuerſiam vocari poteſt. Quoniam Duarenus in c. 4. de dotibus & dotium iure, ſub tit. ſol. matr. affirmat. *Equidem arbitror*, inquit, *fideiuſſorem qui à marito datus eſt obligari, ac conueniri poſſe, quamuis fideiuſſorem inuitus dare non cogatur. Monet me primum, quod omni obligationi poteſt accedere fideiuſſor. l. 1. de fideiuſſ. nec vlla lex eſt, quæ hanc fideiuſſionem prohibeat, aut ratio propter quã prohiberi debeat. Præterea, cùm certi iuris ſit, pignus à marito vxori pro dote dari poſſe. l. Quod autem. §. Si vxor de dona. inter vir. & vxo. cur fideiuſſor non dabitur? Fideiuſſio namque pignoris dationi par ſimilisq; eſſe videtur. l. Promiſſor. §. vlt. de conſtit. pecu. Deinde nemo dubitat, quin fideiuſſor pro muliere dotẽ promittente intercedens teneatur. l. Cùm dotis. de iure dot. ex quo conſequens eſt, & pro marito intercedentem obligari, cùm nulla ratio diuerſitatis, niſi perquam inepta, negatoriaq; adferri poſſit. Et ſatè inter omnes conuenit ſoluto iam matrimonio, ſatiſdationem hanc vtilem atq; efficacem eſſe. l. Si conſtante. §. Quoties. ff. ſol. matr. l. Exceptiones. de exception. §. Cùm autẽ. C. de rei vxo. act. ſed conſtante matrimonio fideiuſſorem vtiliter dari negant. Ego verò fideiuſſionem valere contendo quocunque tempore data fuerit: Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ inſcriptio illa ſiue titulus. Ne fideiuſſores dotium dentur: quem ego prohibitorium eſſe nego. Verba enim ea ambigua ſunt, & poſſunt ita accipi, vel vt maritus non cogatur fideiuſſores dare, vel vt ne volens quidem, dare poſſit. In ambigua autem oratione ea accipienda interpretatio eſt, quæ vitio caret, non quæ rationi, & iuri contraria eſt. l. In ambigua. de legib. Præterea duæ tantum leges ſub eo titulo collocantur, ex quibus nihil ad confirmationem vulgaris opinionis colligi poteſt. Prioris etenim legis*

A *hæc verba ſunt: Siue ex iure ſiue ex conſuetudine lex proficiſcitur, vt vir vxori fideiuſſorem ſeruandæ dotis exhibeat, eam iubemus aboleri. Quibus verbis abrogantur leges ac conſuetudines. quibus maritus ad dandum fideiuſſorem cogebatur. Poſterior lex clarè & apertè loquitur de fideiuſſionis exactione, non de ea, quæ à volente præſtatur, vt ſatis conſtat, vel ea lege, tituli, ſeu inſcriptionis ambiguitatem explicari. Verus igitur ſenſus earum legum eſt, atque adeò tituli ipſius, maritum vxori, ad dandum fideiuſſorem dotis nomine, cogendum non eſſe. Nam etſi plerunque cautiones huiuſmodi interponi ſoleant, maximè in bonæ fidei iudicijs l. In bonæ fidei. de iud. tamen indignum viſum eſt eam cautionem à marito extorquere propter rationem à Iuſtiniano proditam in lege poſteriore. Noſtræ huic ſententiæ Hermanopulus adſtipulatur lib. 4. tit. 8. Nihil autem in priſcis autoribus iuris noſtri extare putamus, quod noſtræ interpretationi refragetur, niſi fortè quis obijciat neſcio quam Theodoſij conſtitutionem, quæ legitur in Theodoſiano Cod. lib. 3. tit. 15. Sed in*
B *eius conſtitutionis verbis nihilo minor eſt quàm in titulo illo Iuſtiniani, cuius modo mentionem fecimus ambiguitas. Nam & Codex ille, qui Theodoſij nomine & titulo inſcribitur, valdè mendoſus eſt, nec Theodoſij Codex eſt ſed Alarici Gothorum Regis potius, qui in Theodoſij Conſtitutionibus multa immutauit.* Hactenus Duarenus.

Sed hæc noua Duareni ſñia contra oĩum veterum interpretationem ac ſenſum, nullo modo recipiẽda eſt: Primò, q̃a repugnãt verba l. 1. C. Ne fideiuſſores dotiũ dentur: quib. generaliter illa lex aboletur, qua vir vxori ſeruãdę dotis fideiuſſorẽ exhibeat. Secũdò, quia in Codice Theodoſiano, ex quo illa lex ſumpta eſt, ita legitur, li. 3. tit. 15. tit. de fideiuſſorib. dotiũ: *Omnium ſponſorum vel fideiuſſorum, deinceps in cauẽda dotis ſponſione promiſſiones abſoluimus.* Et ideò rectè Cuiacius ad hũc tit. Etſi vltrò, maritus dederit fideiuſſorẽ vel mandatorẽ, vt nõ obligetur, quia hanc obligationẽ cõſtitutiones improbant. l. 1.
C C. Theod. de fideiuſ. dotis. Tertiò, quia & Hermanopulus, cuius teſtimonio vtitur Duarenus huic cõi ſententię adſtipulatur. Sic enim ſcribit lib. 4. tit. 8. latinè redditus: *Vir dotem accipiens, fideiuſſores exhibere non cogitur. Nunquam enim pro muliebri dote fideiuſſor datur, niſi antequã ſponſalia contraherentur, id conuenerit.* Si nunquã fideiuſſor datur, niſi ante ſponſalia fuerit conuentum; Ergo ſentit non valere fideiuſſoris dationem conſtante matrimonio, niſi ante ſponſalia, vt præſtetur, fuerit conuentum.

Argumenta Duareni non obſtant. Primum, omni obligationi accedere poſſe fideiuſſorem, nihil mouet, quia hęc eſt exceptio; vt pro dote non accedat: Cõſtitutiones enim fideiuſſoris obligationem hoc in caſu improbant.

Secundum argumentũ eſt, pignus à marito vxori pro dote dari poſſe, ergo & fideiuſſorem. Reſpondeo, rationem hanc diuerſitatis eſſe inter pignus & fideiuſſorem, quia dato pignore dos ponitur tantùm in tuto, nõ etiam committitur alterius perſonæ fidei, quàm mariti ipſius.
D Fideiuſſor obtinet locum debitoris, pignus locũ rei debitæ. Non quæritur aliena fides, ſi quæritur pignus; ſecus ſi fideiuſſor: quod inter coniuges fieri abſurdum, & perfidiæ occaſionem eſſe Imperator cenſuit.

Tertium argumẽtum eſt, quia fideiuſſor pro muliere dotem promittente obligatur. l. Cùm dotis. ff. de iure dotium. Ergo & pro marito. Reſpondeo, l. Cùm dotis, non loqui de vxore, ſed de eo qui dotem viro promiſſam ab vxore, id eſt, qui dotẽ quã debuit vxor expromittit, verba hæc ſunt: *Cùm dotis cauſa aliquid expromittitur, fideiuſſor eo nomine datus tenebitur.* Expromittere eſt nouandi animo ſuſcipere alienam obligationem, & ſe facere reum principalem, pro alio, ſoluto ab omni obligatione alio, quia nouatio liberat debitorem priùs obligatũ. Eſt ergo hęc ſententia legis, ſi quis dotem debitam ab vxore, promiſerit viro, nouandi animo, & fideiuſſorem dederit; vtique fideiuſſor tenebitur, nec enim ab vxore datus eſt, ſed ab extraneo expromiſſore: quæ doctiſſima explicatio eſt Cuiacij ad tit. Ne fideiuſſores dotiũ dẽtur

in liberis poſthumis: nec enim aliena mihi vendicare ſolitus ſum; licet furtum non vſq; adeo manifeſtum eſſet; Nam & furti non manifeſti pœna legibus eſt conſtituta.

CAPVT LXXVII.

Confeſſio dotis receptæ à marito facta animo donandi, an confirmetur iuramento promiſſorio?

SI maritus animo donandi vxori ſuæ cõfiteatur ſe dotem accepiſſe, quam verè nõ accepit iuxta l. 3. C. de dote cauta non num. quæritur, & in cõtrouerſiam vocatur, an ea confeſſio iuſto confirmetur, quod promiſſorium doctores vocant; cùm ſcilicet iurat maritus, ſe dotem redditurũ vxori ſuæ. Vocant enim doctores noſtri tradendæ diſciplinæ gratia, iuramentum promiſſorium illud, quo quis promittit iureiurando ſe aliquid daturum vel facturum.

B Duæ ſunt contrariæ doctorum ſententiæ. Vna, non confirmari iuramento promiſſorio huiuſmodi confeſſionem, Authores huius ſententiæ non ſatis bene commemorantur. Cynus ad l. 1. circa finem. C. de ſacroſ. Eccleſ. Bart. in l. Cùm quis decedẽs. §. Titia. de leg. 3. & quidam alij, qui loquũtur de iuramento ſimpliciter, quemadmodum Socinus ſenior in l. 1. nu. 98. ff. ſol. matr. licet reuera eum hanc ſententiam habuiſſe colligi non poſſit ex ijs quæ docet ibi poſt nu. 102. verſ. Quartò & vltimò limita. Inuenio igitur huius ſentẽtiæ Ruinum conſ. 137. lib. 4. vt colligitur ex fine ipſius conſilij, Didacum Couar. lib. 1. variar. reſolut. cap. 7. num. 5. & Menochium de Præſumpt. lib. 3. Præſumpt. 13. num. 43. Cæteros qui allegantur non inuenio hoc dicere.

Altera eſt ſententia, confirmari promiſſorio iuramento huiuſmodi confeſſionem, Authores ſunt Bald. Nouella, de dote par. 10. nu. 10. verſ. Tamen hæc ſua. Crauet. in conſ. 81. nu. 3. Ioannes Lupus ad rubr. de donat. inter virum & vxorem. §. Si. Ripa lib. 3. conſ. 6. Alios quis piſcari poteſt, ex his, qui à Gabrielio adferuntur, commun. concluſ. tit. de donat. conclu. 5. præſertim verò Curtium C iuniorem, qui pro contraria ſentẽtia adferri ſolet in cõſ. 95. nu. 4. & Ruinum cõſ. 154. lib. 5. & ex Serafino Senenſi de priuilegijs iuramenti, Priuileg. 71. num. 53. Sed non tam de numero authorum nos oportet eſſe ſolicitos, quam de argumentorum pondere, & rei ipſius vera deciſione & explicatione indaganda.

Fundamentum prioris ſententiæ eſt primò, quia iuramentum non cõfirmat actum ſimulatum, vt Gloſ. docet in l. 3. C. plus valere quod agitur, &c. citata l. Non dubium, C. de legib. quæ lex ita ad hanc rem accommodari poteſt. Quod fit, lege id fieri prohibẽte, nullius eſt momenti, licet iuramentum adijciatur, vt in illa lege conſtitutum eſt. Sed donatio inter virum, & vxorem, quæ hac ſimulata confeſſione continetur, lege prohibetur. l. 1. & toto titulo. ff. de donat. inter virum, & vxorem, Ergo nullius eſt momenti, licet iuramentum adijciatur.

D Secundò, quia iuſtũ tunc cõfirmat donationem inter virum & vxorẽ, cùm donatio palam fit verbis expreſſis, donatore id profitente: ſecus aũt dicendum de huiuſmodi donatione, quę iuris pręſumptione nititur, quia nimirum ex cõfeſſione dotis receptæ oritur. Nam tunc & donatio præſumenda eſſet, & præterea iuramento confirmaretur, quod non videtur ſatis iuri conſentaneum.

Tertiò, quia cùm cõfeſſio ſimulata ſit, & nulla; ſequitur etiam iuramentum & alia acceſſoria nullius eſſe momenti, quia iuramentum ſequitur naturam actus, ſuper quo interponitur l. vlt. C. de non num. pec. c. Acceſſoriũ, de reg. iur. lib. 6. l. Cùm principalis, eod. tit.

Fundamentum poſterioris ſentẽtiæ eſt, quia hic adeſt conſenſus mariti donare volentis, & cõfitentis ſe dotem accepiſſe animo donandi. Ex eo cõſenſus colligitur, quia promittit, iuramento etiam interpoſito, ſe redditurũ dotem. Quamobrem in ea verſamur quęſtione, an donatio A inter virum & vxorem iuramento cõfirmetur. Et verior ſententia eſt confirmari; argument. cap. Cùm contingat. de iureiur. cap. Quamuis. de pactis, lib. 6.

Hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior ex ijs, quæ tradidi lib. 3. Controuerſiarum, cap. 81. vbi probaui donationem inter virum & vxorem iuramẽto confirmari. Hæc autem eſt effectu donatio viri in vxorem collata. l. 2. C. de dote cauta non num.

Reſpondet Couar. & poſt eum Menochius locis ſuprà annotatis, non eſſe certum, maritum conſenſiſſe, vt illa confeſſio haberet effectũ donationis, & ex vno actu tot præſumptiones oriri non poſſe.

Replicari poteſt id ſupponi in hac quæſtione, confeſſionem factam eſſe à marito animo donandi, non autem ſub ſpe futuræ numerationis; Et ideo non eſſe laborandum de alia certitudine. Hoc ita ſupponi patet ex Menochio loco ſuprà citato. nu. 40. verſ. ſecundus eſt caſus.

Ad primum argũ rñdeo, confeſſionẽ factam eſſe ani-B mo donandi, ac proinde non eſſe prorſus actum ſimulatum, ſed verã donationẽ continere, ſiquidem maritus ſic confeſſus fuit aĩo donandi, vt patet ex l. 2. C. de dote cauta non num. Non obſtat quod dr̃ donationẽ inter vir. & vxor. lege prohibitam eſſe, & conſequenter iuſto nõ confirmari ex l. Non dubium. C. de leg. Quia cùm agitur de vi & efficacia iuſti, quod res ſpiritualis eſt, iuri Canonico ſtandum eſt, non iuri Cæſareo. Sic aũt iure canonico conſtitutum eſt, vt iuſm hm̃oi pactiones confirmet, quæ iure ciuili improbantur, ſi non nõ vi dolo præſtitum ſit; & ſeruari poſſit ſine diſpẽdio ſalutis æternæ, nec vergat in alterius prẹiudicium, cap. Cùm contingat. de iureiur. d. cap. Quamuis. de pactis, lib. 6. cum alijs ſimilibus.

Ad ſecundũ rñdeo, illud ſibi locum vendicare poſſe, cũ dubiũ eſt, & incertũ, an confeſſio facta fuerit aĩo donandi, vel ſub ſpe futuræ numerationis. Sed cum certũ eſt, atq; ita ſupponitur, non video rõnẽm vllam diuerſitatis inter hanc donationẽ, & eam quæ palam fit, ac ver-C bis expreſſis, donatore ſuam voluntatẽ apertè declarante. Nam & donatio quæ ex confeſſione oritur, pro vera donatione habetur, vt patet ex d. l. 2. C. de nõn num. pec.

Ad vltimum argũ reſponſio clara eſt, iuſm pro confirmatione adiectum, acceſſorij vice non fungi, quia facit, vt actus valeat, qui alioqui non valeret, vt in d. c. Cũ contingat. de iureiur. d. cap. Quamuis. de pact. lib. 6.

CAPVT LXXVIII.

Confeſsio dotis receptæ à marito animo donandi facta, qui dotem non accepit, an confirmetur iuramento aſſertorio?

ALtera eſt cõtrouerſia. Si vir conſtante matrimonio fateatur ſe dotẽm accepiſſe, & id verum eſſe interpoſito ẽt iuramẽto affirmet, (Hoc enim iuramẽtum aſſertorium doctores vocant) nequaquam D tñ id verum ſit, ſed animo donãdi hæc facta ſint, vtrum confeſſio eo vallata iuramento confirmetur, ac proinde non liceat marito eam vel reuocare, vel infringere, nec eius hæredibus. Multi reſponderunt confirmari. Paulus Caſtr. conſ. 383. colum. 2. verſ. Nos autem, lib. 2. Socinus ſenior. conſ. 82. nu. 2. lib. 3. Alciatus ad c. Cùm contingat. nu. 294. cum ſequen. de iureiur. His adiungi poſſunt alij, qui ſimpliciter dixerunt confeſſionem hanc iuramento confirmari. Anchatanus conſ. 307. Nulli dubium. Corneus conſi. 284. colum. vlt. lib. 1. & 104. col. 2. lib. 2. & 41. col. vlt. lib. 3. & 108. lib. 4. alios citat Serafinus Senenſis de priuilegijs iuramenti, Priuileg. 59. num. 1.

Argumenta verò ſunt iſta. Primum, quia confeſſioni iuratæ omnino ſtãdum eſt, nam probat in præiudicium confitentis & ſuorum hæredum, vt in Auth. Quod obtinet. C. de probation.

Secũdum, quia generaliter valet donatio inter virum & vxorem iuramẽto confirmata. argum. c. Cùm contingat.

gat, de iureiur. cap. Quamuis. de pactis, lib. 6. Ergo valet etiam huiuſmodi cōfeſſio, quia cenſetur facta animo donandi, cùm re vera dotem maritus non acceperit.

Tertium argm̄ eſt, quia ſi maritus qui iuramento interpoſito confeſſus eſt, ſe dotem accepiſſe, cōtrarium diceret, ſe non accepiſſe, diceret ſe periurum eſſe, & ſuam turpitudinem allegaret. Hoc autē iure permiſſum non eſt, vt quis veniat contra proprium factum, & ſuam turpitudinem alleget. l. Cùm profitearis. C. de reuoc. dona. l. Tranſactione 30. C. de Tranſact. l. Aliàs. ff. de iureiur.

Verùm iſtis nil morantibus contrariam ſententiam, & communiorē & veriorē eſſe non dubito. Cōmuniorem eſſe conſtat ex Doctorū Catalogo, quos citat Antonius Gabrielius lib. 3. commu. concluſ. tit. de donationibus, concl. 3. & quos citat Couar. variar. reſolutionum, lib. 5. c. 7. poſt nu. 4. verſ. Quinto eadem ratione; nec non Menochius de Præſumpt. lib. 3. Præſumpt. 12. nu. 48. Clarus §. Donatio, q. 9. verſ. Hæc tamen concluſio.

B Veriorem autem eſſe hanc ſententiam ſic probo. Iuramentum non debet eſſe vinculum mendacij, & falſitatis ac ſimulationis, ſed debet habere tres comites, veritatē, iuſtitiā, & iudicium, c. Et ſi Chriſtus. de iureiur. Sed hic maritus confitetur id quod verum non eſt, & iurans verum eſſe, periurus efficitur, Ergo non confirmatur iuramento ipſius confeſſio ſimulata & falſa.

Et hoc eſt diſcrimen inter iuramētum aſſertorium & promiſſorium, quòd promiſſorium oſtendit virum confitentem voluiſſe donationem, quæ ex confeſſione præſumitur, ſua iurata promiſſione corroborare & confirmare: & ideò ne in periurium incidat, ab ea recedere nō poteſt, vt in cap. præcedenti concluſum eſt. Aſſertorium aūt nihil aliud facit, niſi quod mendacio cōfeſſionis periurium addit; quod meritò nihil operatur. Poſſitne quis iurando id eſſe verum, quod ſimulatū & fictum eſt, efficere vt verum ſit? Minimè gentium. Ergo ſi hoc veritatem non immutat, ſi iurans eſt periurus, ſi nō decet iuramento vti ad confirmationē actus ſimulati, quaſi diuinū teſtimonium eſſe poſſit ac debeat idoneum medium ab inſtrumentum ad tuenda & confirmanda mendacia, certè nihil iuſiurandum in hac facti ſpecie operabitur.

C Ad primum argumentum reſpondeo, iuratam confeſſionem probare & præiudicare confitenti, quia vera eſſe præſumitur, vt in dicta Nouella quæ allegatur. Sed nos ſupponimus certum eſſe, confeſſionem fuiſſe fictam atque ſimulatam, animo donādi factam, & dotem nequaquam fuiſſe numeratam.

Ad ſecundum concedo, iuramento confirmari donationem inter virum & vxorem: ſed hæc non eſt donatio iurata. Eſt confeſſio ſimulata & ficta cum iuramento falſo coniuncta, quod nequaquam ferēdum eſſet in repub. tantum abeſt vt ex eo robur & confirmatio confeſſioni adijcienda eſſet.

D Ad tertium argumentum reſpondeo, abſolutionem à iuramento petendam eſſe, neque enim quis propria authoritate venire contra iuramētum poteſt, c. Si verò. de iureiur. c. Ad audientiam. c. Ad aures. de eo quòd metus cauſa. Abſolutione obtenta nihil proponitur, cur is qui iurauerat venire contra promiſſa, & iuramento confirmata non poſſit, vt dixi lib. 1. cōtrouer. c. 17. circa fi. verſ. Porrò abſolutione. Regula illa generalis; Nemo poteſt allegare ſuam turpitudinē, in alijs caſibus locum habet. Nam in terminis noſtris locum non habere; nec impedimento eſſe, quo minus quis contra ſuam confeſſionem iuratam veniat, indicat l. vlt. C. de nō num pecu. ibi. *Qua enim differentia eſt in huiuſmodi exceptione, ſiue iuramentum poſitum eſt, ſiue non.* Quamquam nec mihi improbatur eorum rñſio, qui dicunt, hoc in caſu remiſſam videri ab altera parte periurij exceptionem, & propriè turpitudinis allegationem permiſſam, quoniā in actum fictum & ſimulatum pariter cōſenſit. Nil igitur Iudæus Iudæo, nil Catilina Cethego, vt dici ſolet. Et in pari cauſa turpitudinis, melior eſt cōditio illius, qui de damno euitan-

A do certat, quàm qui de lucro captando. argumen. l. vlt. C. de Codicill.

Non obſtat, ſi dicatur, peti non poſſe abſolutionem à iuramento, cùm periurium quis commiſit. Nam dato hanc propoſitionem verā eſſe, de qua nunc nō diſputo, locum non habet, cùm iam conſtat de ſimulatione, vbi noſtra ſupponit quæſtio, vt declarat Iaſon. in l. Nemo poteſt in prima lectura, nu. 47. de leg. 1. Ludouicus Bolognin. conſ. 44. col. pen. verſ. Vnde cum fraus, Seraſinus Senenſis, de priuilegijs iuramenti, Priuileg. 59. nu. 7.

CAPVT LXXIX.

Quid ſi confeſſioni dotis receptæ accedat iuramentum aſſertorium ac promiſſorium ſimul?

CVm ſuprà c. 77. diſputatū, & ni fallor ſatis probatum ac demonſtratū ſit, ſolo iuramēto promiſſorio confirmari confeſſionē dotis receptæ ſimulatam, atq; animo donandi factam, non dubito quin idem ſtatuendum ſit, cùm vtrumq; iuramētum accedit aſſertorium, vt vocant, ac promiſſorium. Licet enim aſſertorium non ſit idoneum, neq; ſufficiens, vt dixi, præcedente capite; promiſſorium tñ adiunctum, hoc ſanè efficere poterit: Namque ex eo colligitur, maritum velle ratam donationem habere, quæ ex confeſſione præſumitur, atque ſupponitur, quod iuramento effici poſſe magis eſt vt credam, vt & aliàs defendi lib. 3. cap. 81.

Atq; hāc eſſe crebriorē doctorū ſniam, affirmare non dubito ex his quę Antonius Gabrielius habet lib. 3. cōm. concl. tit. de donationib. cōcl. 3. nu. 5. Rolandus à Valle, cōſ. 93. nu. 22. li. 1. Ioſeph. Ludouicus deciſ. Peruſina 66. nu. 11. verſ. Tertia concluſio, in ſecunda parte, Seraſinus Senenſis, de Priuilegijs iuramenti, Priuileg. 71. nu. 55.

C Sed contrariū rñdiſſe video Marianū Soc. conſ. 65. & Bartholomæū eius filiū, conſ. 66. lib. 1. Ruinū conſ. 30. & 190. lib. 1. & 157. lib. 4. & alibi, quē in terminis quibus de ſimulatione cōſtat; ſequitur Seraſinus Senenſis d. Priuilegio 71. poſt num. 56. 57. 58. & in verſ. Amplius intelligo. Idem ſenſit Couar. lib. 1. variar. reſol. cap. 7. num. 5.

Argumenta præcipua ſunt tria. Primum, quia donatio inter virum & vxorem iuramento non firmatur; Ergo multò minus tacita donatio, quæ oritur ex confeſſione.

Secundum, quia dato quod donatio expreſſa confirmetur iuramento, non poteſt tamen confirmari tacita donatio, quæ oritur ex confeſſione, ne concurrant duo ſpecialia. Vnū, quod donatio præſumatur. Alterū, quod donatio præſumpta iuramento confirmetur.

Tertium argm̄ eſt, quia iuſm non confirmat actum ſimulatum ex Gloſ. in l. 3. C. plus valere quod agitur.

Reſpondeo ad primum, non obſtare, quia verius eſt donationem inter virum & vxorem iuramento confirmari, vt aliàs dixi & oſtendi d. c. 81. lib. 3.

D Ad ſecundum dico, idem ſtatuendum in tacita donatione, quę ex confeſſione reſultat: quia nulla eſt ratio diuerſitatis, cur expreſſa donatio iuramento cōfirmetur, tacita verò non confirmetur. Nam fabula illa de concurſu plurium ſpecialium, quæ fundamētum habet in Gloſ. ad l. 1. C. de dotis promiſſ. iam diu à viris doctis exploſa eſt, & tradita vera interpretatio dictę l. 1. ſicut à nobis ſuprà diſputatum & expoſitum eſt hoc eodem lib. cap. 75.

Ad tertium argumentum reſpondeo, diſtinguendum eſſe: nam ſi actus ſimulatus turpitudinē vel peccatum, vel aliquid contra bonos mores contineret, aut conſenſum agentis & contrahentis non haberet; tunc iuramento non confirmaretur. Sed cùm hic agatur de donatione inter virum & vxorem, quæ ex confeſſione dotis receptæ oritur, vbi maritus nullam dotem recepit, ſed animo donandi ſe accepiſſe confeſſus eſt, non video aliquid fieri contra bonos mores, & quod vllam turpitudinem contineat. Tantū peccari video contra iuris ciuilis præcepta, quorū authoritas iuriſiurādi religioni meritò

cedit, vt patet ex c. Cum cõtingat, de iureiur. ex c. Quãuis de pactis. lib. 6. & ex alijs teſtimonijs notiſſimis. Cõſenſus verò mariti hoc in caſu non deficit, quia ſupponimus eum confeſſum ſe dotem accepiſſe, quam nõ accepit, animo donandi vxori ſuæ, quam donationem tacitam iureiurando etiam confirmauit.

CAPVT LXXX.

Confeßio dotis receptæ à marito facta conſtante matrimonio & abſque iuramento, an præſumatur facta ſpe futuræ numerationis, an verò animo donandi?

SI maritus conſtante matrimonio confeſſus ſit, ſe dotem accepiſſe, nullo iuramento interpoſito, quæritur an hæc confeſſio præſumatur facta in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem, an verò ſpe futuræ numerationis, quaſi dos cauta, non autem numerata ſit, poſito ſcilicet quod de numeratione non conſtet. Et in hac quæſtione tam ingens eſt catalógus authorum, qui reſpõderunt præſumi factam animo donandi, & in fraudem legis prohibentis donationem inter virum; & vxorem; & rurſus eorum qui dixerunt factam videri ſpe futuræ numerationis, vt otioſum eſſe putauerim omnes hic adſcribere. Præſertim cùm maximè ſollicitus nunc ſim, de eorum ſententia confutanda, qui dixerunt factam videri animo donandi, & in fraudem legis, quæ vti falſa eſt, & erroris plena, ita meliorem ſibi in foro locum vendicauit. Videantur Couar. lib. 1. variar. reſol. c. 7. nu. 4. Rolandus à Valle, in conſ. 93. nu. 1. lib. 1. And. Geyll. lib. 2. obſeru. 81. nu. 3. Menoch. de Præſumpt. lib. 3. Præſumpt. 12. nu. 58. Ioſeph. Ludouicus deciſ. Peruſina 66. in 1. concluſ. par. 2. vbi parum conſideratè dixit, neminem contradicere concluſioni ab eo firmatæ, eam confeſſionem factam videri animo donandi, cùm plurimi à Couar. & à Menochio citati contrariam ſententiam ex profeſſo amplexi fuerint, & copiosè tutati ſint.

Ego, vt dixi, operam dabo in hoc capite, vt vera opinio tam ſtudioſorum mentibus inſtilletur, quàm etiam apud pragmaticos in foro defendatur, exploſa prorſus & reiecta contraria ſententia, quam à iure alieniſſimam eſſe exiſtimo.

Hæc eſt igitur vera doctrina ac ſententia, confeſſionem, de qua agitur, factam non videri animo donandi, ſed ſpe futuræ numerationis.

Prius oſtendam non videri factam animo donandi, atque adeò in fraudem legis. Deinde factam præſumi ſpe futuræ numerationis.

Non videri factam animo donandi, & in fraudem legis, probatur, quia nulla lex hoc dicit. Nulla iuris ratio id ſuadet. Repugnãt vulgares iuris regulæ. Donatio non præſumitur. Fraus non præſumitur. Nulla cauſa eſt præſumendi maritum voluiſſe donare ex hac ſola confeſſione, cùm videri poſſit confeſſus fuiſſe ſpe futuræ numerationis. Nulla hic pugnat veriſimilitudo, quia ſi donare voluiſſet poterat id exprimere & confiteri ſe accepiſſe dotẽ quam non accepit, vel maiorem quã accepit animo donandi, quæ donatio morte eius cõfirmatur, & de qua facti ſpecie loquitur, l. 2. C. de dote cauta non num.

Videri factam ſpe futuræ numerationis, probatur primò ex l. 3. C. de dote cauta non num. Iuſtinianus: *In dotibus quas datas eſſe, duo talibus instrumentis conſcribi moris eſt, cum adhuc nulla datio, ſed pollicitatio tantum ſubſecuta ſit, liceat non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere: non ſolum marito contra vxorem, &c.* Hic non dicit Imperator donationem præſumi, ſed exceptionem non numeratæ dotis competere, quia ſcilicet ea confeſſio facta præſumitur ſpe futuræ numerationis.

Secundò, id probatur ex eadem l. 3. dum ita Iuſtinianus pergit, dicens, exceptionẽ non numeratæ dotis competere etiam hæredibus mariti, ibi: *Sed etiam hæredibus mariti, cuius morte diſſolutum eſt matrimonium*, Si enim donatio præſumenda eſſet ex confeſſione, illa morte mariti confirmaretur, conſequenter, hæredibus mariti exceptio non competeret dotis non numeratæ. Donationem enim inter virum & vxorem morte confirmari donatoris palam eſt ex l. Cùm hic ſtatus, ff. de dona. inter virum & vxorem.

Porrò ridiculum eſt, quod aliqui dicunt, d. l. 3. eſſe accipiendam de confeſſione facta ante contractum matrimonium: ſiquidem lex eſt generalis de cautione dotis nõ numeratæ, quæ ita fit, & fieri poteſt matrimonio iam contracto, ſicut ante matrimonium contractum.

Tertiò, hæc ſententia probatur ex l. Si volũtate. C. de dotis promiſſione, vbi ſi confeſſus fuerit maritus ſe plus accepiſſe in inſtrumento dotali, quàm accepiſſet, agere poteſt, vt id quod non accepit, præſtetur.

Si confeſſio hæc animo donandi facta præſumeretur non poſſet maritus quidquam petere.

Quartò probatur ex Nouella 100. & ſecundum veterem tranſlationem ex Authenticis de ſpe non ſolutæ pecuniæ ſuper dote, in illis verbis: *Sin autem neq; intra decennium* quæratur, taciturnitate mariti, auferimus querelam, neque ei poſt decennium hoc agere ſinemus, &c. *Ex hoc enim licet in prolixo ſic tempore decennij diximus proponere querelam, ſi tacuiſſe elegerit, palam eſt voluiſſe, vel ſi non accepit dotem omnino eum, aut ſuos reddere, hæredes.*

Si tempus decennij requiritur ad excludendum maritum & eius hæredes à querela non numeratæ dotis, quomodo confeſſio eiuſdem mariti videri poteſt donationem continere? Nunquid is qui donauit, querelam habet dotis non numeratæ? Si donatio eſt, cur morte viri non confirmatur, vt cæteræ donationes inter coniuges. l. Cùm hic ſtatus. ff. de dona. inter virum & vxorem, ac proinde hæres ſtatim non tenetur eam ratam habere, ante lapſum decennij, præſtituti ad querelam proponẽdam dotis non ſolutæ?

Sed hæc nimis clara ſunt. Videamus quantũ habeant momenti argumenta contrariæ opinionis. Primum eſt ex l. Qui teſtamentum. ff. de probation. in illis verbis: *Videtur enim eo quod plus ille capere non poterat in fraudem legis, hæc in teſtamento adiecisse.* Alterũ eſt ex l. Cùm quis decedens. §. Titia. de leg. 3. *Titia teſtamentum condidit, & volo vt dentur Callimacho mercedis gratia denaria decies mille. Quæro an hæc pecunia ex cauſa mercedis, ab hæredibus Titiæ exigi poſſit? Reſpondi non ideirco quod ſcriptum ſit, exigi poſſe in fraudem legis relictum.*

Sententia horum reſponſorum hæc eſt, ſi qui legetur qui per legem capere non poſſit, relictũ præſumi in fraudẽ legis. Et ideo eum probare oportere, cauſam expreſſam à teſtatore veram eſſe.

Sed hæc longè diſſimilia ſunt. Primùm, quia mulier capax eſt donationis, etiã conſtante matrimonio, ad hoc ſcilicet, vt ſi maritus præmoriatur, res donatas retinere poſſit, quia morte donatio confirmatur. l. Cùm hic ſtatus. ff. de dona. inter vir. & vxor.

Secundò, quia maritus hic confitetur ſe dotem accepiſſe, quod in prima ſui figura nõ tendit contra legis alicuius prohibitionem. Nam aut dotem accepit, aut non accepit. Si accepit, confeſſio veritatem continet, & omni ſuſpicione caret. Si non accepit, habet à lege tempus ad excipiendum, & conquerendum dotem ſibi numeratam non fuiſſe. Quare nulla ex parte iuris diſpoſitionem offendit.

At is qui legat incapaci eo ipſo legem offendit, per quam legari non poſſe conſtitutum eſt, & legatum irritum eſt & nullum. Quare ſi cauſam adijciat pro legati cõfirmatione, cùm res ſuſpecta ſit, & legibus repugnet, meritò probanda eſt, vt in d. l. Qui teſtamentũ. ff. de probatio. ibi: *Si Filius ſupraſcripta ex ratione ſua perueniſſe ad teſtatorem probare potuerit, exigi, &c.*

Tertiò,

Tertiò, hã in ea facti ſpecie quæ obijcitur, ſic res procedit: legatarius petit legatum ſibi ab hærede præſtari. Hæres opponit eum capere non poſſe. Replicat ille, ſe capere poſſe, quia ex bonis ſuis ea peruenerunt ad teſtatorem; quia merces illi debetur, & mercedis gratia relictum eſt. Duplicat hæres, hanc allegatam cauſam & colorem verum non eſſe. Probatio ergo incumbit legatario, qui dicit; nõ hæredi qui negat. l. 2. ff. de probation. At in ſpecie hac noſtra nihil tale proponi poteſt; quia nulla eſt lex, quæ prohibeat confeſſionem à marito fieri poſſe dotis receptæ, ſiue acceperit eam, ſiue non receperit. Sed lex permittit & probat eiuſmodi cautiones & confeſſiones inter virum & vxorem, & confitenti exceptionem & querelam concedit eiusque hęredibus, non autem donationem inde præſumit.

Niſi confeſſio ipſi à marito facta ſit animo donandi, quomodo loquitur l. 2. C. de dote cauta non num. tunc enim locũ habent ea quæ de donationibus inter virum & vxorem conſtituta ſunt, vt ibi dicitur. At nos loquimur in dubio cùm non conſtat animo donandi factam eſſe confeſſionem, ideo concludimus donandi animo factam non videri, ſed ſpe futuræ numerationis.

CAPVT LXXXI.

Quid ſi dotis promiſsio præcedat, & poſtea ſequatur confeſſio mariti de dote ſoluta an valeat, & opponi poſſit exceptio non numeratæ dotis?

IMperator Iuſtinianus in l. In cõtractib. 14. §. 1. C. de nõ num. pecu. ſic ait: *Illis etiã ſecuritatibus, quæ poſt cõfectionem dotaliũ inſtrumẽtorũ de ſoluta dote, ex parte vel in ſolidum exponuntur, nullam exceptionem non numeratæ pecuniæ penitus opponi.*

Coniungendus eſt hic textus cum l. vlt. C. de dote cauta non nume. vbi idem Iuſtinianus ita ſcribit: *In dotibus quas datas eſſe dotalibus inſtrumentis conſcribi moris eſt, cum adhuc nulla datio, ſed pollicitatio tantum ſubſecuta ſit, liceat non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere, &c.*

Sententia Imperatoris eſt, exceptioni non numeratæ dotis locum non eſſe, ſi præter inſtrumentum dotale etiam apocha cauerit maritus ſe dotem accepiſſe.

Atque hinc noſtri colligunt, confeſſionem dotis receptæ à marito factam, conſtante matrimonio, omni ſuſpicione carere, & dotem viro numeratam pręſumi, ſi etiam præcedat dotis promiſſio, & conſtitutio. Nihil enim ea cõfeſſio aliud eſt, quàm apocha mariti, qua ſe dotem inſtrumento dotali promiſſam & conſtitutam accepiſſe fatetur, & cauet. Et hęc ſn̄ia communis eſt: & ſi ita intelligatur, omninò amplectẽda, cùm aperta legis deciſione nitatur. Communẽ eſſe teſtantur Couar. authores laudans lib. 1. variar. reſol. c. 7. num. 6. Antonius Gabrielius lib. 3. commu. cõcl. tit. de iure dotium, concl. 4. Iacobus Menochius de Præſumpt. lib. 3. Præſumpt. 12. nu. 53.

Cõtrarium docuit apertè Socinus ſenior in l. 1. num. 102. ff. ſol. matr. quem ſequitur Loffredus conſi. 12. non procul à principio. Alios citat eiuſdem ſentẽtiæ, parum tamen fideliter Antonius Gabrielius loco proximè citato. Nam Felinus, quem citat, ſuperiori ſententiæ adſtipulatur. Potuiſſet adferre Franciſc. Aretinum l. 2. §. Creditum, nu. 27. ff. ſi certum petatur.

Sed vt ab Aretino incipiã, is ſuam fundat opinionem in l. vlt. C. de dote cauta non num, cuius legis verba initio huius capitis retuli, nec video quo pacto ĩ eis fundamentum conſtitui poſſit, cùm nihil aliud velit, quàm exceptionẽ non numeratæ dotis cõpetere, cùm in dotalibus inſtrumẽtis continetur, eã ſ*uiſſe* datam, licet nulla datio, ſed tãtùm nuda promiſſio ſubſecuta ſit. Nõ loquitur ibi Iuſtinianus de confeſſione mariti poſt dotale inſtrumẽtũ, quo dos promiſſa fuit, facta, de quo noſtra diA ſputatio eſt; ſed de cõfeſſione, quæ in ipſo dotali inſtrumento continetur; cùm ſcilicet maritus dotem ſe accepiſſe cõfitetur, deinde promiſſio dotis ſubſequitur, iuxta ea quæ diſſerui ſuprà cap. 74.

Nititur prætetea Nouella 100. tit. de tempore non ſolutæ pecuniæ ſuper dote, dum decẽniũ requirit, vt confeſſio dotis receptæ marito & eius hæredibus præiudicet, quaſi tunc is velit dotem vxori reddi, ſiue eam acceperit, ſiue non acceperit.

Sed illa Nouella non excluditur nec abrogatur tex. in d. l. In contractib. §. 1. C. de non num. pecũn. Sit ergo decennale tẽpus vnũ ex remedijs excludendi maritum eiusq; hæredes ab exceptione & querela nõ numeratæ dotis. Alterũ nobis remediũ Iuſtinianus ſuppeditat in d. l. In contractib. §. 1. nec vnum remedium alteri eſt impedimento, imò ſimul optimè cohęrent, neque colliduntur.

B Sed Socinum aggrediamur: *Rationes*, inquit, *per quas ſola confeſſio præſumitur ſuſpecta, militant etiam præcedente promiſſione, maximè quia facilius quis ſe obligat & remittit, quàm actualiter donat.*

Secundò quia ad l. In cõtractibus, tollit exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ eſt temporalis, non autem tollit exceptionem ſimulationis, quæ eſt perpetua, quæ competit contra talem confeſſionem.

Tertiò, quia cõfeſſio de recepto probat numerationẽ tẽpore cõfeſſionis, Ergo præſumitur tunc pecunia numerata ab vxore, & ꝑ cõſequẽs numerata de pecunia viri. Hęc Soci.

Reſpondeo, nullam eſſe rationem idoneam, qua probetur eiuſmodi cõfeſſiones ſuſpectas videri poſſe, ſicut latè in præcedenti capite diſputaui. Sed vt maximè aliqua eſſet ratio, negatur tamen eam habere locum in caſu de quo agitur. Etenim Imperator præſumit dotẽ verè numeratã fuiſſe marito ſic confitenti, & caventi poſt dotale inſtrumentũ, quo dos promiſſa & cõſtituta fuit:

C q̃ cauſa eſt, vt nõ concedat eidem marito exceptionem nõ numeratæ pecuniæ, q̃ procul dubio concederet, ſi ſuſpicaretur dotem verè non fuiſſe numeratam, ſicut alias concedit in l. 3. C. de dote cauta non num. Vbi ergo nulla eſt ſuſpicio quin dos verè numerata ſit, quomodo ſuſpicio eſſe ſimulationis poterit? Nunquid Iuſtinianus fauet ſimulatis cautionibus & tacitis inter virum & vxorem donationibus, quas prohibuit, & interdixit? Certè nõ, & tñ id neceſſariò dicendum fuerit, ſi tales confeſſiones ſimulatas eſſe, & ſuſpectas dixerimus. Hęc reſponſio valet ad primum & ſecundum argumentum.

Tertium autem argumentum nullius planè momẽti eſt, quia negatur illa collectio, dotẽ numeratã ꝓſumi de pecunia viri. Siquidẽ certũ eſſet, confeſſionẽ ſimulatam eſſe, & animo donandi hęc à viro fieri liquidò cõſtaret, valeret ea collectio. Sed hoc eſt abſurdũ, & petitionẽ cõtinet principij; quia ſuppònit id, de quo eſt cõtrouerſia.

D

CAPVT LXXXII.

Quid ſi poſt confeſſionem dotis receptæ à marito factam, lapſa ſint tempora opponendi exceptionem, vel querelam proponendi de dote non numerata?

CVm tempus lapſum eſt proponẽdi querelã, vel exceptionem non numeratæ dotis, tũc ex cõfeſſione dotis receptæ à marito, magis argui donãdi animum, & idcirco eam confeſſionem præſumi ſimulatã ac in fraudem legis donationes inter virum & vxorem prohibentis factam, reſponderunt Baldus in l. Vn. C. de priuileg. dotis. Imola in l. Si conſtante, nu. 47. ff. ſol. matrim. Paulus Caſtrenſis in conſi. 383. nu. 2. lib. 2. Aretinus in §. Fuerat, nu. 14. Inſtit. de actio. Socinus ſenior in l. 1. nu. 102. verſ. Secundo limita, ff. ſol. matr.

Fundamentum eſt, quia eiuſmodi confeſſio eſt facta inter pſonas ſuſpectas, & ſuſpicio augetur magis ex lapſu

dicti

dicti temporis. Videtur enim voluiſſe maritus eã dotem reddi ſuæ coniugi, licet eam non receperit, vt dicit Imperator in Nouella 100. ſiue in Authẽ. de tempore, non ſolutæ pecuniç ſuper dote. verſ. *Vbi enim*. Quare nihil obſtat huic exceptioni ſimulationis, quç perpetua eſt, lapſus temporis prædicti ad querelam, & exceptionem non numeratæ dotis conſtituti.

Sed iſtis ego non conſentio. Vera enim & ſolida doctrina hæc mihi videtur; cùm lapſum eſt tempus conſtitutum ad proponẽdam querelam & exceptionem dotis non numeratæ, non poſſe amplius proponi, & idcirco eam confeſſionem marito, eiusque hæredibus nocere. Ita expreſſè docet Imperator in d. Nouella dum ait, ſi non fuerit exceptio, & querela propoſita tempore cõſtituto, *palam eſt voluiſſe* (maritum ſcilicet) *vel ſi non accepit dotem omnino eum aut ſuos reddere hæredes*.

Vides non hoc velle Iuſtinianum, vt illa confeſſio ſimulata eſſe, & in fraudem legis prçſumatur, quia tunc nõ valeret, nec maritum obligaret, (licet eius morte donatio cõfirmaretur) ſed hoc velle, vt dos reddatur mulieri, ſiue ſoluta ſit, ſiue non ſit ſoluta. Ita ergo rectè docuerũt Couarru. libro variarũ reſolut. cap. 7. nu. 5. in fi. verſ. Quod ſi velimus, & Menochius de Præſumptione, lib. 3. Præſumpt. 12. nu. 75.

Fundamentum verò contrariæ ſententiæ non eſt firmum, quia negamus eiuſmodi confeſſiones præſumi ſimulatas, & in fraudem legum factas, vt ſuprà cap. 8. diſputatũ eſt. Sublato enim hoc axiomate, corruit id quod ex eo ſequitur, exceptionem nimirum ſimulationis poſt lapſum tempus competere. Nulla enim ſimulatio adeſt, nec præſumenda eſt; ideò fruſtrà obijcitur, eam eſſe perpetuam exceptionem.

CAPVT LXXXIII.

Si ignobilis vir, vel ſenex duxerit vxorem nobilem vel diuitem, & ſe dotem accepiſſe confeſſus fuerit, quid de eiuſmodi confeſſione ſtatuendum?

AVthores qui de hac re diſputãt, interpretes noſtri ſunt, veteres ac recẽtiores ad l. 1. ff. ſolut. matr. ad l. Diuortio. ff. de verb. obl. & alibi, nouiſſimè Menochius de Prçſumptione, lib. 3. Prçſumpt. 32. nu. 4. cũ ſequentib. Ioãnes Vaudus variarũ quçſtio. li. 2. c. 37. iſti alios plurimos citant, quos huc adferre non eſt operæprecium.

Ne obſcuritas & cõfuſio oriatur, diſtinguo tempora. Primum eſt ante contractum matrimonium, cùm ſcilicet vir ignobilis, vel ſenex ducturus nobilẽ ac iuuenem ante matrimonium contractum, confitetur ſe dotem accepiſſe. Secundum tempus eſt, poſt contractum matrimonium: Cùm ſcilicet matrimonio iam contracto eiuſmodi confeſſio facta eſt.

Circa primum tempus hæc eſt communior ſententia, ſi conſtet confeſſionem fuiſſe factam animo donandi, valere, & efficacem eſſe.

Fundamentum eſt, quia videtur facta eiuſmodi donatio remunerationis ſeu recompẽſationis gratia, quia vir & vxor non ſunt paris cõditionis. Nobilis enim mulier ſuæ nobilitatis iacturam facit, & iuuenis ſeni nubendo non paruam ſuſcipit crucem.

Donatio autẽ valet inter virũ & vxorẽ remunerationis grã. l. Qđ autẽ. §. Si vir. ff. de donat. inter vir. & vxor.

Non aſſentior huic ſententiç ob eadem argumenta, quibus alij ante me vſi ſunt, & quæ nunc ego defendam, nimirum ex l. 5. §. Videamus. & l. Et ideo. §. vlt. ff. de dona. inter virum & vxorẽ. Vlpianus: *Videamus inter quos ſunt prohibitæ donationes. Et quidem, ſi matrimonium moribus legibusq́; noſtris conſtat, donatio non valebit. Sed ſi aliquod impedimentum interueniat, ne ſit omnino matrimonium, valebit donatio. Ergo ſi ſenatoris filia libertino*

A *contra Senatuſcõſultum nupſerit, &c. valebit donatio, quia nuptiæ non ſunt.* Sed moribus noſtris valet matrimonium inter nobilem mulierem, & ignobilem virum, inter iuuenculam, & ſenem. Ergo donatio non valet.

Reſpondent contrariæ ſentẽtiæ authores, textus iſtos loqui cùm donatio fit poſt contractum matrimonium, quæſtionem autem proponi de donatione facta ante contractum matrimonium. Rationem hanc diuerſitatis adferunt, quia poſt contractum matrimonium huiuſmodi donatio voluntaria eſt, neque enim cogebatur vir, vt mulierem ad matrimonium contrahendum induceret, aliquid ei donare, quoniam iam matrimonium erat contractum. Cùm autem aliquid donatur ante contractum matrimonium, tunc neceſſaria videtur ea donatio, vt mulier ad matrimonium contrahendum alliciatur.

Non eſt bona reſponſio, quia confeſſio viri facta animo donandi, etiam ante matrimonium contractum non valet, ſcilicet, ſi facta ſit in eum finem, vt matrimonium contrahatur. Impp. Seuerus & Antoninus: *Multũ intereſt, ſi ea quæ donat vir futurus, tradiderit vxori, & poſtea* B *in dotem acceperit, an verò donandi animo, dotem auxerit, vt videatur accepiſſe, quod non accepit, priore enim caſu donatio non impeditur, &c. Poſteriore autem caſu nihil actũ eſt donatione, & quod in dotem datum non eſt, repeti non poteſt.* l. 1. de donat. ante nup.

Docent in ea lege Impp. modum & rationẽ, qua vxorem ducturus ante contractum matrimonium donare poſſit vxori futuræ, nimirũ, vt res vxori tradat, quas donare vult, deinde eas in dotem accipiat. Et ita in ſpecie facti nobis propoſita valere poterit donatio ante matrimonium contractum, ſi ducturus vxorem res tradiderit, poſtea in dotem acceperit.

Nec valet illa reſponſio, hanc legem locum nõ habere inter virum & mulierẽ diſparis cõditionis, quia hæc exceptio probanda eſt. Lex enim generalis eſt, & clara, nullam diſtinctionem adhibeos.

C Quod verò attinet ad rationem diuerſitatis inter hęc duo tempora, ante ſcilicet cõtractum matrimonium, & poſt cõtractum matrimonium, illa quidem ſatis idonea & probabilis eſt, quantum ad hunc effectum, vt valeat donatio ante matrimonium contractum, ſi non ſolùm fiat, vt mulier inducatur ad illud contrahendum, ſed ẽt ſeruet forma legis, ſiue ratio illa & modus, qui iure permiſſus eſt, nimirum, vt vir tradat pecuniam, vel alias res futuræ vxori, deinde eas in dotem accipiat, ſicut docent Impp. in d. l. 1. C. de donatio. ante nup. Verùm ſi donandi animo, vt in hac facti ſpecie noſtra confeſſus fuerit ſe accepiſſe, quæ non accepit, *nihil actum eſt donatione*, vt in eadem lege dicitur.

Non obſtat argumentum communis opinionis, nimirum donationem inter virum & vxorem, remunerationis gratia factam valere: quia in primis reſpõdeo, in terminis noſtris, cùm vir ignobilis ducit vxorem nobilem, eamque ob cauſam remunerationis gratia donari dici- D tur, cõtrarium docuiſſe Vlpianum in d. l. 5. §. Videamus. ff. de dona. inter virum & vxor. ſi enim hoc in caſu valeret donatio quaſi remunerãdi gratia facta, deberet apud Vlpianum valere donatio filiæ ſenatoris collata à libertino, licet matrimonium valeret: quod tamen Vlpiani ſententiæ aduerſatur, dicentis, donationem valere, *quia nuptiæ non ſunt*.

Deinde reſpõdeo, textum qui adfertur in l. Quod autem. §. Si vir & vxor. longè diſſimilem facti ſpeciem cõtinere. Sic ait Vlpianus ibi. *Si vir & vxor quanta inuicem ſibi donauerint, & maritus ſeruauerit, vxor conſumpſerit; rectè placuit compenſationem fieri donationum.*

Nihil ad rem facit: loquitur enim de reciproca donatione, non de ea quæ fit remunerandi gratia, vt in ſpecie noſtra, qua de re etiam diſſerui lib. 3. Controuerſ. cap. 80.

Secundò, circa idem tempus matrimonij nondũ contracti, alia à pleriſque recepta eſt ſentẽtia, multis tamen repu-

repugnantibus, Cõfeſſionem dotis receptæ à viro ignobili vel ſene factam, quia poſtea fœminam nobilem, vel iuuenem vxorem duxit, in dubio videri factam animo donandi, & ideo non competere exceptionem, vel querelam dotis non numeratæ.

Fundamentum eſt, quia ſubeſt cauſa donandi pro remuneratione nobilitatis & iuuentutis. Argumento, l. Si verò non remunerandi. §. Idem Papinianus. ff. Mandati.

Sed nihil textus ille ad rem facit, quia donatio patroni præceſſerat, vnde ex liberti conſenſu meritò præſumitur donatio, vt patet ex illis verbis: *Quod ſi donationem patronus in libertum contulit, videri & poſtea libertum patrono donaſſe.* Quia ſcilicet vendenti fundum patrono libertus conſenſerit, vt paulò ante dixerat ibi Iuriſconſultus. Hic verò nihil mulier donauit viro ſuo, nec vllum alium actum exercuit ex quo donatio argueretur. Quod enim mulier nobilis & iuuenis ſeni & ignobili nupſerit, illud donationem in ſe continet nullam. Tanti feciſſe illum videtur, vel propter diuitias, vel probitatem, vel alias ob cauſas, vt dignum ſuo coniugio exiſtimauerit.

Quare contrariam ſententiam amplector vt probabiliorem, eiuſmodi confeſſionem factam videri ſpe futuræ numerationis, & idcirco intra tempus à lege conſtitutum, competere marito, & eius hæredib. exceptionem, & querelam dotis non numeratæ.

Probatur hæc ſententia ex l. vlt. C. de dote cauta non num. & ex Nouella 100. quibus in locis apertè id eſt conſtitutum, vt in dotibus quas datas eſſe dotalibus inſtrumẽtis adſcribi moris eſt, licet nulla datio ſecuta ſit, competat exceptio non numeratæ dotis.

Non diſtinguit lex vtrum maritus ignobilis, vel ſenex duxerit nobilem mulierem, vel iuuenem, an matrimonium inter pares contractum fuerit necne. Non adiecit hanc exceptionem, ſed generaliter locuta eſt. Cur igitur ſine lege, ſine iuris manifeſta, aut probabili ratione, audeamus exceptionem nos effingere, & in ea ſubuertere, tam claram legis definitionem, quæ dotis non numeratæ exceptionem tribuit? Hæc de tempore nondum contracti matrimonij.

Quod ſi matrimonium iam contractum ſit, & eo conſtante proponatur eiuſmodi confeſſio mariti, cum ſuprà dictis circumſtantijs, ſunt qui putent in dubio, eam videri factam animo donandi, quaſi remunerationis gratia facta ſit, & ideo legibus non improbetur ex d. l. Quod autem. §. Si vir. ff. de donat. inter vir. & vxor.

Sed ego contra ſentio vnà cum multis alijs, confeſſionem factam videri ſpe futuræ numerationis, & idcirco competere exceptionem dotis non numeratæ.

Adſtipulatur ſententiæ noſtræ l. vlt. C. de dote cauta non numer. quæ vt antea dixi generalis eſt, & hunc noſtrum caſum non excipit.

Contrariæ verò ſententiæ aduerſatur l. 5. §. Videamus. ff. de donatio. inter vir. & vxor. ſicut ſuprà in prima concluſione huius capitis diſſerui.

Nec ſuffragatur l. Quod autem. §. Si vir. ff. eo. tit. quia loquitur de mutua ſeu reciproca donatione inter virum & vxorem, in quibus terminis noſtra non verſatur diſputatio, quia mulier nil donauit viro ſuo, ſed tantùm eum matrimonio perfecit, vt nec iuuentutis, neque nobilitatis rationem habuerit.

Erit igitur (neque enim vtilia repetere piget) cùm donare maritus vxori ſuæ voluerit, animo eam remunerandi & compenſandi nobilitatem ac iuuentutem, ſeruandus modus, quem ponunt Impp. Seuerus & Antoninus in l. 1. C. de donat. ante nupt. nimirum, vt quod donare voluerit, ei tradat, poſtea in dotem accipiat; nam ſi donandi animo fateatur, ſe accepiſſe, quod non accepit, nihil agit, vt ibi dicitur.

CAPVT LXXXIV.

Quid ſit ſtatuendum de confeſſione dotis receptæ, facta conſtante matrimonio, adiecta renunciatione exceptionis, non numeratæ dotis?

COmmunis eſt Doctorum ſententia, confeſſionem dotis receptæ à marito factam conſtante matrimonio, cum renũciatione exceptionis non numeratæ dotis, animo donandi factam videri. Vide Socinum ſeniorem in l. 1. num. 100. ff. ſol. matrim. Alexandrum conſil. 142. num. 2. lib. 5. Menochium de Præſumpt. lib. 3. præſumpt. 1. num. 91.

Fundamentum eſt, quia apparet ex ea renunciatione exceptionis non numeratæ dotis, ipſum maritum confitentem voluiſſe mulieri dotem reddi, licet eam nõ accepiſſet. Aufert enim renunciatio illam exceptionem, quæ aliàs competeret. Cùm itaque ſuſpecta ſit alioqui confeſſio iſta, quaſi videatur facta in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem, augetur eiuſmodi ſuſpicio ex adiecta renunciatione, quia illa indicat, confeſſionem factam non fuiſſe, ſpe futuræ numerationis, conſequenter animo donandi factam cenſeri.

Sed hoc primùm negatur, cõfeſſionẽ aliàs ſuſpectã eſſe, & in fraudem legis factam videri. Contrarium enim verius eſſe conſtat ex his, quæ ſuperiùs dicta ſunt c. 80.

Deinde negatur, vllã ſuſpicionẽ ex hac renunciatione oriri, niſi hæc facti ſpecies proponatur, nimirum certò conſtare, dotem numeratam non fuiſſe: tunc enim procul dubio videretur animo donandi confeſſio emanaſſe.

Sin autem res in obſcuro ſit, non video, quomodo ſuſpecta ſit hæc renunciatio, & nõ potius arguat maritum verè dotem accepiſſe. Nam cùm nemo præſumatur iactare ſuum. l. Cùm de indebito. ff. de probat. admodum probabile eſt, maritum ideo renunciaſſe exceptioni dotis non numeratæ, quia reuera dotem acceperit.

Igitur aſſentior Couarruuiæ diſcedẽti à communi ſententia hoc in caſu, lib. 1. variarum. c. 7. nu. 4. verſ. Quamobrem ego opinor. & nu. 5. in principio, & rectiùs Bartolum docuiſſe non dubito in l. Aſſiduis. nu. 11. C. qui potio. in pig. hab. hoc operari dictam renunciationem, vt exceptio dotis non numeratæ obijci non poſſit. Rectè, quia quilibet poteſt renũciare iuri ſuo. l. pen. C. de pact.

Non rectè autem Socinus ſenior loco ſuperiùs annotato, Bartoli ſententiam accipiendam eſſe, de renunciatione, & confeſſione ante matrimonium contractum emiſſa, quia Bartolus non ita loquitur, & eius ratio vtroque in caſu locum habet.

CAPVT LXXXV.

Si maritus poſt contractum matrimonium confeſſus ſit, ſe dotem recepiſſe ab alio quàm à muliere, an præſumatur verè numerata, an verò competat exceptio dotis non numeratæ?

NOn competere exceptionẽ dotis nõ numeratæ marito cõfitẽti, ſe dotẽ accepiſſe ab alio quàm ab vxore ſua, authores ſunt, Bald. in l. vni. nu. 4. C. de priu. dotis, Iaſon in §. Fuerat. nu. 89. inſt. de act. Ioan. Lupus ad rub. de donat. inter virum & vxo. §. 10. nu. 12. verſ. *Et quod plus eſt.* Marſilius ſingulari 345.

Allegantur præterea Salicetus in Authent. Sed iam neceſſe. C. de donatio. ante nupt. Socinus ſenior conſil. 82. col. 1. verſ. Tertia ratio. lib. 3. Decius conſ. 536. nu. 9. verſ. Ad hoc reſpondetur, & Rolandus à Valle in conſil. 93. nu. 29. lib. 1. qui ſanè diligenter inſpecti hoc non dicunt, ſicut lector videre poterit.

Sed etſi nulli alij Doctores hoc dicerent, non verũ & manifeſtè repugnantẽ Iuſtiniano doctrinam traderent.

Statuit enim Imperator Nouella 100. ſeu in Authent. de tempore non ſolutæ pecuniæ ſuper dote; exceptionem dotis non numeratæ marito competere, ſiue dotem accepiſſe ſcrib vxore caueritſiue à patre, ſiue ab alio quopiam. Verba eius hæc ſunt: *In nullo diſcernentibus nobis, ſiue mulier tanquam dotem offerens conſcribat, ſiue pater, ſiue alius quiſpiam pro eo tempore in omni caſu, ſicut ſuprà prædiximus extendente ſuos effectus, & danie vel perimente querelam.*

Quare à ſupradictorum ſententia meritò diſceſſerunt doctiſſimi viri; quos nos ſequimur, docentes, querelam & exceptionem non numeratæ dotis competere, ſiue à muliere, ſiue ab alio dotem maritus ſe accepiſſe confeſſus fuerit. Baldus Nouell. ad l. 1. num. 207. verſ. Tertiò limito. ff. ſol. matrim. & de dote, parte 10. num. 14 Didacus Couarru. lib. 1. variarum reſolut. cap. 7. num. 6. verſ. Eſt & alia in hac re. Menochius de Præſumption. lib. 3. præſumpt. 12. num. 79.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia cùm ab alio quàm à muliere vir fatetur ſe dotem accepiſſe; nulla eſt ſuſpicio tacitæ donationis, ac proinde dos verè numerata præſumitur.

Reſpondeo, nullam quidem donationis ſuſpicionem eſſe, ſed non idcirco denegandam fore non numeratæ dotis exceptionem, quam Imperator Iuſtinianus in ſua Nouella tam diſertè conceſſit, quia confeſſio videri poteſt facta ſpe futuræ numerationis, vt in d. Nouella.

CAPVT LXXXVI.

Confeſſio dotis receptæ à marito facta, an præiudicet creditoribus poſt elapſum tempus opponendi exceptionem dotis non numeratæ?

NOn parui momenti controuerſia hæc eſt: ideo accuratè tractanda. Quatuor præcipuę ſunt Doctorum ſententiæ, quas ordine referam, & refutabo, prima excepta, quam cæteris probabiliorem eſſe iudico.

Prima eſt ſententia eorum qui ſimpliciter dixerunt, nulla diſtinctione adhibita inter confeſſionem factam ante vel poſt matrimonium, eiuſmodi confeſſionem dotis receptæ præiudicare creditoribus mariti; poſt elapſum tempus iure conſtitutum ad opponendam non numeratæ dotis exceptionem. Ita Bart. in l. Aſſiduis, nu. 11. C. qui potior. in pig. hab. & multi alij apud Rolandum à Valle, in conſ. 20. num. 14. & 74. nu. 10. lib. 4. Aud. Geyll. lib. 2. obſer. 81. nu. 10.

Fundamentum eſt primò in l. Duobus. §. 1. ff. de interiur. vbi probatur fideiuſſorem agere poſſe contra principalem debitorem, ob ſolutam creditori pecuniam, ſi probauerit ſolutionem ex creditoris confeſſione, elapſo ſcilicet triginta dierum ſpatio, quod datur ad excipiendum, vt in l. In contractib. C. de non num. pec. *Secundò*, in l. Pecuniæ. C. de ſolu. vbi pecuniæ ſolutę profeſſio rei geſtæ probationem continet, & idem probatur in l. Si ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. de verb. obl. poſt elapſum tempus opponendi exceptionem, vt declarat Alexander poſt alios quos citat in l. 1. §. Si quis ita, nu. 34. ff. eod. tit.

Sed hoc fundamentum non eſt ſatis firmum, quia reſponderi poteſt, quod attinet ad primū, hęc eſſe diſſimilia, tum quia debitor principalis, cui confeſſio creditoris præiudicat, nō eſt tertius quidā, de cuius præiudicio agatur, veluti ſunt in hac qōne noſtra creditores alij, quib. mariti confeſſio præiudicare debet: tū quia nō eſt manifeſta, cur debitori præiudicet confeſſio creditoris, q receperit ſibi debitam quantitatē à fideiuſſore, nimirū illa, quia per illam confeſſionem cōmodum ſentit; ex ea enim probare poteſt creditori iam pecuniā eſſe ſolutā, qua ſolutione ipſe proculdubio liberatus iam eſt, quare meritò à fideiuſſore conueniri poteſt actione mandati.

Alterum verò argumentū nihil aliud probat, quàm ex confeſſione probari ſolutionem & numerationē: ſed reſponderi poteſt, id locum habere quoad confitentē non autem in alterius præiudicium. Confeſſio enim præiudicat confitenti nō alijs; arg. l. Si quis poſt hac. C. de bonis damnator. ibi. *Dos etiam, non quæ aliquoties maritus detulit, inſtrumentorum tenore conſcribitur, ſed quam ſe corporaliter tradidiſſe docuerit, repræſentetur.* Quibus verbis apparet mariti confeſſionem dotis receptæ non præiudicare fiſco, ſed probandam eſſe veram numerationem.

Hæc igitur ſnīa, q mihi cæteris probabilior videtur, probatur hoc argumento: quia poſt lapſum tēpus à lege conſtitutum ad opponendam non numeratę dotis exceptionem iſtam & querelam, opponi nō poteſt nec à marito, nec ab eius hæredib. vt in l. vlt. C. de dote cau. non num, & in Nouella 100. ſiue in Auth. de tempo. non ſolutæ pecuniæ ſuper dote. Certum eſt quoque, iuriq; & rationi cōſentaneū, nō poſſe dictam querelam proponi ab alijs, puta creditorib. vel tertijs poſſeſſoribus, quorū intereſt, quia tempus eſt à lege cōſtitutum ad eā opponendam, ſine vllius perſonæ exceptione; nec iuſtum eſt, vt plus iuris cōcedatur extraneis quàm ipſi marito & eius hæredibus, quorū principaliter intereſt. Itaq; tempore elapſo excluduntur omnes, quorū intereſt, ab eiuſmodi querela & exceptione proponenda dotis nō numeratæ.

Hoc ita poſito res ſic ſe habet. Creditores obijciunt, dotem numeratā non fuiſſe, conſequenter dotē non eſſe dicendam, quia dotem numeratio nō ſcriptura facit. l. 1. C. de dote cau. non num. Reſpondebit mulier, tempus elapſum eſſe quo iſta exceptio non numeratę dotis proponi poteſt, ac proinde ſibi actionem competere aduerſus maritum & eius hæredes, cum priuilegijs dotib. conceſſis. Quod ſi ea res vergat in præiudicium creditorū, iſtud in conſequentiam fieri, & vt dici ſolet, per accidēs, non principaliter. Poſito enim hoc iure mulieris aduerſus maritum, & eius hæredes pro dote recuperanda, cætera quæ ſequūtur iura prælationis, ex legibus & conſtitutionib. prouenire, quas creditores euertere nō poſſint. Sed iam reliquas Doctorum ſententias expendamus.

Secunda eſt ſnīa Franciſci Aretini in conſ. 86. num. 4. verſ. Aut maritus confitetur. Is iam proximè relatā ſententiā amplectitur, ſed cum hac exceptione, niſi maritus qui cōſtante matrimonio confeſſus eſt ſe dotem accepiſſe, ſimul renunciaret exceptioni nō numeratę dotis, quia ex hoc præſumptio & coniectura oritur eam confeſſionem factam eſſe animo donandi, atque adeò in fraudem legum & non valere, præſertim in præiudicium aliorū.

Sed hæc exceptio iure non probatur, & eo nititur argumento quod ſuprà confutatum eſt à nobis cap. 84. nimirum ex renunciatione exceptionis nō numeratæ dotis argui ſimulationem, & donationem præſumi.

Tertia eſt ſententia, ſic diſtinguens: aut Confeſſio facta eſt conſtante matrimonio, aut ante contractum matrimonium. Priore caſu non præiudicat creditoribus, etiam poſt lapſum tempus opponendi exceptionem nō numeratæ dotis, quia præſumitur facta animo donādi, atque adeò ſimulata, & in fraudem legis; Poſteriori autem caſu, quia ſuſpicio iſta locum habet, præiudicat creditoribus: ita poſt alios multos Didacus Couar. variar. reſolut. lib. 1. cap. 7. poſt num. 6. verſ. Quamobrem breui quadam vtar diſtinctione, & poſt eum Iacobus Menochius de Præſumpt. lib. 3. præſumpt. 13. nu. 14.

Sed quod attinet ad poſterius membrum, illud conuenit cum priori ſententia quam ſecuti ſumus. Prius autem membrum fragili nititur argumento, qm̄ nec iure probatur, nec ratione defendi poteſt ea opinio, qua dicitur, confeſſionem dotis receptæ à marito factam conſtante matrimonio, præſumi factam animo donandi. Hæc ſententia à nobis ſuperiùs eſt confutata cap. 80.

Quarta eſt ſententia, eiuſmodi confeſſionem dotis receptæ non præiudicare creditoribus mariti, etiā ſi lapſa ſint tempora opponendi exceptionē non numeratæ dotis. Ita Imola in l. Si ita ſtipulatus. §. Chryſogonus, nu. 11.

ff.de verb.oblig. Iaſ.in §.Fuerar.nu.75. de act.Fcli.in c, A Si cautio.nu.84.de fide inſtru, Ludou, Romanus ad l.r. nu.22.ff.ſol.matr. & ibid.Socinus, num.96. Alios citant Couar.& Menochins locis proximè citatis.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex Authent. Sed iam neceſſe.C.de donat.ante nupt.in illis verbis: *At ſi debitor ſit, ne fraudis erga creditores ſuſpicio ſubeſſe poſſit, omnino res immobiles incremento dotis proficiant. Si enim mulier immobilis ſubſtantia domina res mobiles in augmentum dederit, in hac parte dotis nullo vtetur aduerſus alios creditores priuilegio.*

Secũdum ex l.Si quis poſt hac, C.de bonis damna, In illis verbis, quibus dicitur probandam eſſe dotis numerationem, ſi cum fiſco agatur.ibi. *Dos etiam non qua aliquoties inaniter dotalium inſtrumentorum tenere conſcribitur, ſed quam ſe corporaliter tradidiſſe docuerit, repræſentetur.*

Tertium eſt ex l.pen.C.de non num.pecun.quatenus B ibi dicitur creditoribus & alijs, quorum intereſt licere exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere debitore principali *ſuperſedente*, ea vti nec ideo prohiberi, *quod principalis debitor ea nunquam vſus fuerit.*

Sed iſta nihil mouent. Quod attinet ad primum, ſenſus Nouellæ eſt, marito ære alieno obſtricto, non licere mulieri dotem augere, præterquam in rebus immobilibus, ne fraudis ſuſpicio ſit, ſi fortè augere eã velit in rebus mobilibus & in pecunia, vt ſcilicet creditoribus prę feratur, quia ſi liceret hoc facere, in promptu eſſet ratio fraudis committendę aduerſus creditores, non ſolùm ſi maritus confiteretur accepiſſe quod non accepiſſet, ſed etiam ſimulatione adhibita circa fictam numerationem pecuniæ, quòd facilè committi poſſe non ignorãt ij, qui verſantur in foro, quæ ſuſpicio non habet locum in rebus immobilibus.

De hac facti ſpecie nos non loquimur, id eſt, de dotis C augmento, in rebus mobilibus facto matrimonio conſtante, eo tempore quo talis fraudis ſuſpicio eſſe poteſt. Sed de ipſa dote à principio cauta, quã maritus eſt confeſſus ſe accepiſſe, & quam numeratam non fuiſſe intra tempora legibus conſtituta, licebat marito excipere & cõqueri, necnon etiam creditoribus, quorum intererat, ſi vllam fraudis ſuſpicionem timebant.

Ad ſecũdum reſpondeo, illam legem accipiendã eſſe cum iſta exceptione, niſi dotis receptæ cõfeſſio munita ſit tempore legibus conſtituto, ad querelam proponendam non numeratæ dotis: tunc enim ſicut mulieri actio cōpetit aduerſus maritum, ita & aduerſus fiſcum, qui in locum eius ſucceſſit; quæ communis eſt expoſitio, vt poſt Bart.in d.l.Poſt hac nouiſſimè, docet Peregrinus de iuribus & priuilegijs fiſci, lib.5.tit.1,nu.82.

Ad tertium reſpõdeo, illam legem acciplẽdam eſſe, ſicut vltima verba indicant, ſi exceptio non numeratæ pecuniæ opponatur, *intra ſtatuta ſcilicet tẽpora*: licet.n. D illa verba referantur ad principalem debitorem & fideiuſſorem eius, tamen indicant, etiam ab ipſis Creditoribus proponẽdam eſſe exceptionem intra legitima tempora: Nam hoc dicit lex, nõ nocere principali debitori & fideiuſſori eius, qđ creditores victi fuerint, ſed poſſe illos poſtea, ſi conueniantur, intra ſtatuta ſcilicet tempora, ea ſe exceptione tueri. Conſequẽter lex præſupponit, creditores exceptionem oppoſuiſſe intra legitima tempora, ſed victos fuiſſe.

Et certè, vt ſuprà dixi, id à iure longè alienum eſſet, magnaq́ue hic oriretur iuris perturbatio, ſi liceret alijs quàm principali debitori exceptionem non numeratæ pecuniæ poſt legitima tempora opponere: quoniam, vt ſuprà ĩdicaui, maiori fauore dignus eſt principalis debitor, & eius magis intereſt, imò eius gratia introductum eſt auxilium illud exceptionis non numeratæ pecuniæ. Quamobrẽ ſi ille excluditur, iuſtum eſt & cæteros, quorum in conſequentiam intereſſe poteſt, excludi.

A

CAPVT LXXXVII.

Si præcedat dotis promiſſio, deinde confeſſio dotis receptæ à marito fiat, an etiam creditoribus præiudicet, vt non poſſint exceptionem opponere dotis non numeratæ?

TRes ſunt Doctorũ ſnĩæ hac de re. Vna, eiuſmodi cõfeſſionẽ creditoribus quoq; nocere. Altera nõ nocere, quĩ poſſint opponere exceptionẽ nõ numeratæ dotis. Tertia, diſtinguendũ eſſe circa tẽpus, quo confeſſio facta eſt. Nã ſi eo tẽpore ſit facta, quo maritus ęre alieno maximè obſtrictus eſt, præſumitur eſſe facta in fraudem creditorũ, & ideo creditoribus nõ obeſt; ſecus ſi eo tempore, quo facta eſt, nõ apparebat magnum æs alienum. Vide Paulum Caſtrenſ.in l.1.ff.ſol.matr.& ibidem Socinum ſeniorem, nu.95.& Baldum Nouellum, num.213. B & eundem in tract.de dote, par.10.num,18. Antonium Gabrielum comm.concl.lib.3.tit.de iure dotium, concluſ.4.Menoch.de Præſumpt.lib.3.Pręſumpt,13.nu.21.

Prioris ſnĩæ fundm̃ eſt, qm̃ certũ eſt exceptionẽ non numeratæ dotis nõ cõpetere marito, qñ poſt dotale inſtrm̃ ſecuritas expoſita eſt de dote ſoluta, vt docet tex.in l.In cõtractibus.§.Sed qm̃; verſ. *Illis etiam ſecuritatibus*, C.de non num.pecun. Ergo nec competit creditoribus.

Secundæ opinionis fundamentum eſt, quia non videtur eſſe bona cõſequentia, Confeſſio mariti nocet marito hoc in caſu, ergo nocet etiam creditoribus: quia l.In contractibus.§.Sed quoniam, non loquitur de creditoribus; ſed negat exceptionem dotis non numeratæ marito competere.

Tertiæ opinionis fundamentum eſt, quia vbi æs alienum apparet, ſuſpicio eſt fraudis, ne videlicet facta fuerit confeſſio in fraudem creditorum, iuxta Authent. Sed iam neceſſe, C, de donat, ante nupt, quæ ſuſpicio ceſſat, C ceſſante ære alieno mariti.

Ego priorem ſententiam amplector. Cùm enim præceſſit inſtrumentum dotale, deinde ſequitur eiuſmodi cõfeſſio mariti, dos pręſumitur verè numerata, ideo lex marito non concedit exceptionem non numeratæ dotis, vt in d.§.Sed quoniam.

Si marito non conceditur exceptio, igitur nec creditorib. quia maritus eſt principalis debitor dotis, & eius principaliter intereſt dotem numeratam eſſe; quare non debet eſſe deterioris cõditionis quàm creditores, ſed potius quodammodo melioris, aut ſaltem æqualis. Ergo nihil obſtat argumentum contrariæ opinionis. Licet enim l.In contractibus.§.Sed quoniam, non loquatur de creditoribus, tamen ea ratione excluduntur creditores ab exceptione, qua & maritus ipſe excluditur, cui illa magis principaliter competit.

Argm̃ autem quo nititur diſtinctio in primo membro D ex Authen. ſed iam neceſſe, non frangit noſtram ſententiam. quia loquitur d.Authent.de augmẽto dotis, quod certè in fraudem creditorum fieri, ære alieno apparẽte, ſi conſiſtat in rebus mobilibus, manifeſta eſt & euidens ſuſpicio: aliud eſt de dote dicendum à principio cõſtituta in inſtrumento dotali, deinde marito chirographum exponẽte, vel aliã cautionẽ de ea ſoluta. Præſumitur.n. verè ſoluta, nec tanta viget fraudis ſuſpicio, cùm illa, ſi quæ oritur, contraria præſumptione tollatur, quæ ex dotali inſtrumento præcedente proficiſcitur.

CAPVT LXXXVIII.

Ad l.Quoties.C.de donat.quæ ſub modo.

DIocletianus: Quoties donatio ita conficitur, vt poſt tempus id quod datum eſt alij reſtituatur, veteris iuris authoritate reſcriptum eſt, ſi is in quem liberalitatis compendium conferebatur, ſtipulatus non ſit, placiti fide non impleta ei, qui liberalitatis au-

ibor

ther fuit, vel hæredibus eius condictitia actionis perſecutionem competere. Sed cum poſtea benigna iuris interpretatione Diui Principes ei, qui ſtipulatus nō ſit, vtilē actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiſerint, actio quæ ſorori tuæ, ſi in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur. l.3.C.de dona.quæ ſub modo, &c. A

Sed quæritur, vtilis actio cuius meminit textus ei cō petens, cui donator poſt mortem eius, cui donauit rem reſtitui voluit, ſitne in rem vel in perſonam. Et in rem eſſe reſpondit Speculator in tit. de Empyteu.quæſt.70. & poſt eum Decius in conſi.239. & in l.de Traditionib. nu.14.C.de Pactis.

Sed in perſonam eſſe reſpondit Alciatus in conſi.99. nu.12. & Didacus Couar.lib.1.variar.reſol.cap.14.n.3. quibus & ipſe aſſentior.

Priori ſentētiæ adſtipulari videtur l.1.C.de dona.quę ſub modo, vbi dicit, donatori competere *vtilem rei vendicationem*, qua dominium priſtinū reſtituatur, ſi is cui donatum eſt legi donationis non obtemperauerit. Hæc eadem actio illi etiam competit, cui donator reſtitui voluit rem donatam, vt patet ex d.l.Quoties 3. B

Secūdò, adſtipulatur l.1.C.de dona.cau.mortis, vbi: *Si donatione contineatur, vt altero defuncto ad alterum portio eorum quæ donabantur pertineret, exiſtente conditione, ſi mortis cauſa donatio perficiebatur, fideicōmiſſi actio cōpetit.* Actio autem fideicommiſſi eſt in rem l.1.C.comm. de lega.

Poſteriori autem ſentētiæ ſuffragatur iuris definitio, qua dominia rerum nō pactis & ſtipulationibus, ſed traditionibus acquiri palam eſt.l.Traditionibus.C.de Pactis. Ergo nulla traditione interueniente, in rem actio ei nō competit, cui rem donator reſtitui voluit, quia dominium non habet, quod in rem actio requirit.§.Omnium.inſtit.de actio.

Huc accedit quòd tex.in d.l.Quoties, condictionem (quæ actio perſonalis eſt.§.Appellamus.inſti.de actio.) C tribuit donatori, non autem in rem actionem.

Nec obſtat l.1.C.eod.tit. quia illa lex loquitur cùm donator adiecit eam conditionem, vt alimēta alicui pręſtarentur, ac proinde quod alimentorum fauore conſtitutum eſt, temerè producendum non eſt ad alios diſſimiles caſus.

Ad l.1.C.de dona.cau.mortis reſpondeo, eſſe animaduertendum illam legem locum habere, cùm mortis cauſa donatio fit; & donator hanc legem donationi addit, vt poſt mortem eius, cui donatur, alteri res reſtituatur. Tunc is fideicommiſſi actionem habet. Fideicommiſſum enim relinqui poteſt ab inteſtato nuda voluntate, quocunque modo.l.Et in Epiſtola.C.de fideicommiſ.et à donatarijs cauſa mortis.l.Ab eo.C.eod.l.Cū pater.§.1.de leg.2. A donatarijs autem inter viuos relinqui non poteſt, vt probat l.Cùm quis.§.Pater, de leg.3.quatenus tex.ait ex ſtipulatu actionem competere in primo caſu, D quo donationi inter viuos adiecta erat conditio, vt alijs res reſtituerentur donatæ, vt explicat Cuiacius lib.20. obſer.cap.6.quare in d.l.1.C.de dona.cau.mor.addita ſunt illa verba: *Si mortis cauſa donatio perficiebatur.* Nō idem reſpondiſſet in donatione inter viuos, de qua noſtra diſputatio eſt, quia fideicommiſſum ordinari nō poteſt à donatario inter viuos: obligari poteſt eiuſmodi donatarius pacto vel ſtipulatione, ad reſtituendum alteri poſt mortem ſuam, vel poſt certum tempus, & in eum vtilis actio in perſonam dabitur, non in rem.

CAPVT LXXXIX. A

Poſſitne donator pactum vel modum donationi adiectum in fauorem alterius, ad libitum reuocare, etiam eo inuito?

EXiſtimauit Bartolus in l.Qui Romæ.§.Flauius, de verb.oblig.donatori licere, re integra, pactum adiectum donationi in vtilitatem alterius, eo etiā inuito reuocare, quem ſecuti ſunt in commentarijs eiuſdem legis. Imola, Cumanus, Alexander, Aretinus, Iaſon, Socinus, & Duarenus.

Sed contrariū docuerunt Paulus Caſtrenſis ibidem. Io. Lupus in rub.de don.inter vir.& vxor.§.54.Gulielmus de Benedictis in c.Raynutius in verbo, ſi abſque liberis, in 2.de fideicommiſſ.ſubſtit.nu.23.

B Argumenta videamus. Primum prioris ſententiæ argumentum eſt ex d.c.§.Flauius, in illis verbis: *Item quæro, ſi Flauii Hermetis hæres cum Claudii hærede ex cauſa ſuprascripta agere nolit, an nihilominus Sticho libertas ex conuentione, quæ fuit inter Hermetem & Claudium (vt ſtipulatione ſuprascripta oſtenditur) ab hærede Claudii præſtari debeat? Reſpondit, debere.*

Sumitur argumentum hoc modo, ſi inuito hærede libertas competit, Ergo ſecus inuito donatore ipſo, qui pactum adiecit in vtilitatem tertij.

Secundum eſt ex l.3.ff.de ſeruis exportan.in illis verbis: Si tamen is qui vendidit, in eadē voluntate perſeueret. Idem probat l.3.ff.Qui ſine manumiſſione ad libertat.peruenit.& in l.1.C.Si mācipiū ita fuerit alienatum.

Tertium eſt ex l.Ariſto. ff.de donatio. vbi probatur donationē quæ aliud pactum continet, effici cōtractum innominatum. Ergo re integra locus eſt pęnitentiæ.l.3. §.1.l.5.de condi.cau.data.

C Poſterioris autem ſententiæ argumenta hęc ſunt. Primum ex l.Quoties.C.de dona.quæ ſub modo. vbi dicitur, vtilem actionem acquiri tertio, cui donator dari ſtipulatus eſt: ſi acquiritur actio, Ergo ei non poteſt auferri inuito.l.Id quod noſtrum, de reg iuris.

Secundum eſt ex l.1.ff.Qui ſine manumiſſione ad liberta.perue.in illis verbis: *Sed & ſi mutauerit voluntatē venditor, nihilominus libertas competit.*

Tertium eſt ex l.37.ff.de Pactis.Proculus: *Si cum fundum meum poſſideres, cōueniſſet mihi tecum, vt eius poſſeſſionem Titio traderes, vendicantem eum fundum à te non aliter me conuentionis exceptione excludi debere, quàm ſi aut iam tradidiſſes, aut tua cauſa id inter nos conueniſſet, & per te non ſtaret, quò minus traderes.*

Si ergo tua cauſa id inter nos cōueniſſet, nec tradidiſſes, non liceret mihi pactum reuocare, & fundum vēdicare, quem vt Titio traderes, tecum conueneram. Pactum ergo in alterius vtilitatem reuocari non poteſt.

D Quartum ſumitur ex l.vlt.ff.de pactis, illis verbis: *Sed verius eſt, ſemel adquiſitam fideiuſſori exceptionem pacti, vlterius inuito extorqueri non poſſe.*

Nō refero quę latè diſputat in hoc ꝑpoſito Didacus Couar.lib.1.variar.reſol.cap.14.quia non pertinent ad huius articuli clarā certamque definitionem, quam in præſentia quęrimus, ſed ad varias ſactorum circumſtantias, quę ſuper his proponi poſſunt.

Ego igitur pro huius qōnis deciſione ſic ſtatuo, poſteriorē hāc ſniām probabiliorē videri. Nam ſi liberalitati hæc adijci cōditio poteſt ad alterius vtilitatē, ita vt ei cōpetat vtilis actio, ſicut docet l.Quoties.C.de dona.q̄ ſub modo.nō video, quo pacto donator poſſit auferre ius actionēve illi, cui eā acquiſiuit. Quid.n.aliud egit, niſi vt & in eum liberalitatem exerceret? Quod ergo ſemel placuit, amplius diſplicere nō debet. Quod donatū eſt, non debet ſine iuſta cauſa reuocari.l. vlt.C.de reuo.dona.

Ad primum argumentum reſpondeo, text.in §.Flauius, ad rē non pertinere, quia non rectè infertur, inuito

hærede

hærede donatoris libertas præſtanda eſt, Ergo inuito donatore præſtanda non eſt. Non hoc ibi dicitur, nec quæritur, neque poteſt ex verbis textus colligi.

Ad ſecundum argumentum ex l. 3. ff. de ſeruis exportan. & alijs ſimilibus, quibus requiritur perſeuerantia voluntatis, reſpondeo, omiſſis aliorum reſponſionibus, ideo requiri vẽditoris perſeuerantiam, quia ipſius intereſt. Nam ſi quis vendiderit ſeruum ea lege, vt poſt certum tempus manumittatur, ſine dubio tenetur in id, quod intereſt emptoris, tenetur, inquã, actione ex vendito, quia emptor cogitur ſeruo carere, quem emit & manumittit. Igitur venditor ſerui ne conueniatur actione ex vendito, mutare poteſt voluntatem, quo caſu ſi emptor manumittat ſeruum, actio euaneſcit, vt inquit l. Quæſitum, ff. de ſeruis expor. Mutare, inquam, voluntatem poteſt, & pœnitere, vt ſeruus non manumittatur, ne ipſe ad dandum eo nomine aliquid emptori condemnetur.

At in quæſtione nobis propoſita hæc ratio locum non habet. Nam ſi donet quis Titio quantitatem vel ſpeciem ea lege, vt poſt certum tempus, vel incertum alteri tradatur, ſeu reſtituatur, iam exercuit liberalitatem in Titium, atque in alterum, cui poſtea reſtitui rem voluit, ipſe nullam amplius iacturam ſubire poteſt, nullum amplius vertitur ea in re ipſius præiudicium, iam enim donauit. Cur igitur mutare voluntatem poſſit, cùm ſibi mutatio non poſſit, alteri verò noceat, cui conſultum voluit? Nemo poteſt mutare voluntatem in alterius iniuriam, l. Nemo mutare, de reg. iuris. Si conditionem illam mutaret, quæ in fauorem tertij adſcripta erat, pœnitendo & reuocãdo pactum, quo rem donatam alteri poſt tempus aliquod dari conuenerat, non ſibi ipſi donator commodum pararet, ſed donatario: is enim rem donatam ſine omni onere retineret. At in l. 3. ff. de ſeruis expor. venditor pœnitendo ſibi proſpicit, ne teneatur actione ex vendito in id quod emptoris intereſt, propterea quòd ex pacto cogatur ſeruum manumittere.

Tertium verò argumentum nihil prorſus ad rem facit, quia l. Ariſto, ad rẽ non pertinet, vt cuilibet eam intuenti facilè eſt intelligere: Nec donatio contractus eſt, vt probatur ſatis luculenter in l. Interdictum, 14. ff. de precario, ibi: *Magis enim ad donationem & beneficij cauſam, quàm ad negotij contractûs ſpectat precarij conditio.* Non eſt hic contractus innominatus, ſed pactum donationi adiectum, vt alteri detur reſtituaturve quod donatum eſt, quod actionem parit, vt in d. l. Quoties. Non ergo hæc ad extraneas res ac longè diuerſas, qualis hæc noſtra eſt, reuocanda ſunt: ſed in ſuis ſunt terminis exhaudienda, ac ſuis regulis decidenda.

CAPVT XC.

Ad l. 1. C. de donatio. quæ ſub modo, & c. Verum, de conditio. appoſ. de donatione in Eccleſiam collata ſub modo, vel conditione.

REcte reſpondiſſe & iuri cõuenienter mihi videtur Ludouicus Romanus in cõſ. 284. ſi Eccleſiæ res donata ſit ea lege, vt donatori alimenta ſuppeditet, & illa non impleuerit hanc cõditionem, repetitionem donatori competere rei donatæ. Sic enim cõſtitutum eſt in l. 1. C. de donatio. quæ ſub modo. Impp. Valerianus & Galienus: *Si doceas (vt affirmas) nepti tua ea lege donatum, vt certa tibi alimenta præberet, vendicationem etiam in hoc caſu vtilem, ea, quòd legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes.*

At contra Didacus Couar. poſt alios ab eo citatos lib. 1. varia. reſol. cap. 14. num. 6. ex c. Verum, de cond.

A appo. Alexander III. *Verùm cum alicui Eccleſiæ poſſeſſio quælibet interpoſita conditione donatur, à donatore poſtea donum reuocari non poteſt, niſi fortè tali ſit conditione collatum quod ea ceſſante debeat reuocari.*

Nihil mouet hoc reſponſum, primùm, quia nõ continet quicquam aduerſus legem ſuprà dictam. Deinde, quia potius huic ſententiæ ſuffragatur: *Niſi fortè tali ſit conditione collatum,* inquit, *quod ea ceſſante debeat reuocari.* Atqui talis eſt conditio, de qua agitur, vt reuocetur donatio, niſi alimenta prę̃ſtentur, vt ſtatuit lex Cæſaris. Ergo donatio reuocari poteſt; quia lex Pontificia contrarium non decernit, quo caſu ius Cæſareum obtinet, vt docet S. Pontifex in cap. 1. & 2. de ope. no. nunc.

At obijcitur prælatum non poſſe Eccleſiæ præiudicare. Reſpondeo, in iſtiuſmodi lucris acquirendis contrariam ſententiam magis obtinere, vt patet ex
B Rolando à Valle in conſ. 15. num. 23. cum multis ſequentibus lib. 1.

CAPVT XCI.

An per ſtipulationem Notarij contractibus adhibitam, acquiratur aliquod ius abſenti ante ratihabitionem.

IRnſtra nunc diſputabitur, an Notarij in cõtractibus ſtipulari alteri poſſint, quoniam in plerisq; ditionibus vſus iam obtinuit, vt ſtipulari poſſint, & alteri ius quærant abſenti & ignoranti. Illud non fruſtrà ad examen reuocabitur, an per ſtipulationem Notarij quæratur ius abſenti ante ratihabitionẽ. Fuit hæc olim controuerſia diu agitata, nec dum finita eſt, alijs affirmantibus, alijs verò negantibus. Vide ſi plauſtra cupis allegationum Anton. Gabrielium commu.
C concl. tit. de ver. oblig. concl. 1. nu. 100 Cachetanum. deciſ. Pedemontana 32. Tiraquellum de iure conſtituti, parte 3. limitatione 30. nu. 10. cum multis ſeq. Hippol. Riminaldum conſi. 345. nu. 46. lib. 3. cæteros ſciẽs prætereo.

Fundamentum eorum qui affirmant, ius ante ratihabitionem acquiri, quantum mihi diligenter veſtiganti videre licuit, conſiſtit in ijs tribus.

Primum, in legibus quibus fit mentio ſerui publici ſtipulantis impuberibus, & alijs, l. 2. 3. 4. ff. rem pupilli ſaluã fore. l. 1. §. Exigere. ff. de magiſtratib. conuenien. l. Non enim aliter. ff. de adoptio. l. 2. C. eod. tit. §. Cùm autẽ, Inſti. ead. l. Cùm cognatos. C. de captiuis & poſtlim. reuerſis. c. Quanquam. de vſuris, lib. 6.

Secundum eſt, quia Notarius eſt publica perſona. Poſſe autem publicam perſonam alteri ſtipulari, puta iudicem ſeu magiſtratum, colligunt multi ex l. Eum
D pro quo. ff. de in ius vocan. melius probatur in d. l. 1. §. Exigere, ff. de Magiſtratib. conuenien.

Tertium eſt, quia Notarium dicunt eſſe ſeruum publicum, ac proinde per eum acquiri ſicut per ſeruos noſtros. Conſtat autem per ſeruos noſtros etiam ignorantibus nobis acquiri. §. Item nobis acquiritur. Inſti. per quas perſonas nobis acquiritur. Ergo ſimili modo, & per Notarij ſtipulationem acquiritur.

Fundamentum autem negantium ius acquiri ante ratificationem poſitum eſſe video in l. Si hac mente a 5. aliàs, ſi ego. ff. de nego. geſt. vbi patet non acquiri ante ratificationem per alium, nempe procuratorem, vt patet ex illis verbis: *Poteſt tamen creditor etiam inuito me ratum habendo pecuniam ſuam facere.*

Animaduerti ego ſeruum publicum, cuius mentio fit in ſupradictis legibus, non alium fuiſſe, quàm ſeruum reipublicæ, de quibus ſeruis reipublicę extat tit. C. de ſeruis reipub. manu. quod & Tiraquellus obſeruauit adductis compluribus teſtimonijs loco ſuperiùs annotato, nu. 33. & de nobilitate, c. 30. num. 9.

A Quia tamen ſerui publici olim erant tabularij, hoc eſt, vt nunc vulgò loquimur. Notarij, ſicut patet ex dictis legibus (licet Arcadij & Honorij conſtitutione id fuerit poſtea emendatum, vt in l. Generali. C. de Tabularijs, ad quod alludit l. vlt. C. de ſeruis reipublicæ manumitten.) id circo non omnino mala eſt cõparatio ſerui publici, cuius dictæ leges meminerunt, & notarij ſiue tabellionis: quantum ad hoc, vt per eũ cautiones & ſtipulationes interponantur & fiant, ſicut olim per ſeruos publicos fiebat, & per perſonas publicas, ſicut indicat etiam l. 4. C. de arbitris.

In eo autem claudicat comparatio, quòd eiuſmodi perſonæ publicæ, ſicut nunc ſunt Notarij, cùm ſerui amplius non ſint, non rectè nunc ſeruis comparãtur, & multò minus ſeruis quos priuatim poſſidemus, vt quemadmodum per ſeruos noſtros nobis ignorantibus & inuitis acquiritur, ita etiam nunc per Notarios nobis ſtipulantes acquiratur. Etenim ſeruus municipum non eſt ſingulorum ſeruus, ſed reipublicæ, vt in l. 1. §. Seruum. ff. de quæſtio.

B In iudicialibus itaque & prætorijs ſtipulationibus de quibus leges ſuperiùs adductæ loquuntur, nõ malè retinebimus notariorum & ſeruorũ publicorum, ſeu perſonarum publicarum comparationem, quod confirmari poteſt ex l. Orfanotrophos. C. de epiſcop. & Cler. ibi: *Publicis perſonis, id eſt tabulariis*, ſecus autem in contractibus & cæteris negotijs, in quibus nullum habemus legis teſtimonium, ſi ſecundùm leges hæc quæſtio dirimenda ſit.

Quod ſi ex conſuetudine id etiam amplius tribuamus noſtris tabellionibus, vt paſſim in omnibus priuatis negotijs & contractibus ſtipulentur, & cautiones pro abſentibus recipiant, non tamen video, quo pacto eis tribuere id etiam valeamus, vt abſentibus acquirant ante ratificationem. Id iuri conſentaneum non eſt, neque conſuetudine munitum eſt, Abijciamus ergo eorum ſentẽtiam qui affirmant, amplectamur C eorum qui negant ante ratihabitionem quicquam iuris acquiri per iſtiuſmodi tabellionum ſtipulationes.

CAPVT XCII.

De Saluiano interdicto controuerſia, an competat extra cauſſam locationis & conductionis, ſicut hypothecaria actio.

NOn committam, vt ſilentio præteream duas de Saluiano interdicto controuerſias, quarũ in foro maximus eſt vſus. Prima eſt, an cõpetat Saluianũ interdictũ cuicũque creditori, extra cauſſã locationis & cõductionis, ſicut hypothecaria actio. Altera, an præcedere debeat principalis debitoris excuſſio. Priorem hoc poſteriorem ſequẽti capite explicabo.

Tractat hanc quæſtionem magnus Menochius in commentarijs de adipiſcenda poſſeſſ. remedio 3. in 3. D quæſtione, & refert duas extare tàm veterum quàm recentiorum ſententias, autores ſimul laudans, quos huc transferre non eſt operæpretium, Vna eſt, eiuſmodi interdictũ competere contra quemcunque debitorem. Altera, non concedi creditori extra cauſſam locationis & conductionis, nec contra alium debitorem, quàm ex cauſa locationis & conductionis.

Omnis difficultas poſita eſt in reſcripto Imperatoris Gordiani in l. 1. C. de precario & Saluiano interdicto, cuius hæc ſunt verba: *Si te non remittente pignus debitor tuus ea quæ tibi obnoxia ſunt venũdedit: integrũ tibi ius eſt ea perſequi, nõ interdicto Saluiano (Id enim tãtummodo aduerſus conductorem debitoremve cõpetit) ſed Seruiana actione, vel quæ ad exẽplũ eius inſtituitur, vtilis aduerſus emptorem exercenda eſt.*

A Quod ait lex *debitoremve* exponũt aliqui, id eſt, ex cauſſa conductionis. Alij verò accipiũt de quocũque debitore, inter quos Iacobus Cuiacius ad lib. 5. ſentẽtiarum Pauli tit. de interdictis, circa finẽ. & in paratitlis Codicis & Digeſtorum eiuſdem tituli de Saluiano interdicto.

Quæ ſententia & expoſitio, & verbi proprietati conſentanea eſt, & probabilior videtur, quia ſi Gordianus voluiſſet dicere hoc interdictum dari duntaxat contra debitorem ex cauſſa cõductionis, dixiſſet, dari aduerſus conductorem hæredesve eius, non autẽ *aduerſus conductorem debitoremve*, quia his verbis omnis debitor continetur, non autem ſolus conductor, vel debitor ex conductione.

Illud etiam rectè monet idem Cuiacius lib. 5. Obſeru. c. 24. vtile Saluianum dari contra extraneũ poſſeſſorem. Et quidem contra poſſeſſorem rerũ conductoris, quæ locatori ſunt obligatæ, res nullam habet dubitationem, quia ita reſpondit Iulianus in l. 1. ff. eod. tit. dum dixit: B *Si colonus ancillam in fundũ pignoris nomine induxerit, vt eam vendiderit: quod apud emptorem ex ea natum eſt, eius apprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportet.*

Sed an competat contra extraneum poſſeſſorem rerum debitoris alterius, extra cauſſam locationis & conductionis non ita exploratũ eſt. Putat tamen Cuiacius cõpetere paratitlis, vtile ſcilicet interdictum Saluianum ad exemplum vtilis Seruianæ, cui magis eſt, vt aſſentiar, quia ſi datur hoc interdictũ directum aduerſus quemlibet debitorem, ratio iuris poſtulat, vt & aduerſus poſſeſſorem, quemlibet pignoris, vtile concedatur: quemadmodum directum competit aduerſus conductorem, l. 1. C. eod. tit. vtile verò aduerſus emptorem pignoris ipſius debitoris.

Rectè igitur & multi tradiderunt, & vſus forenſis obtinuit, vtile interdictũ Saluianum in omnibus caC ſibus competere, in quibus vtilis competit Seruiana, ſiue hypothecaria actio: quamuis alij multi repugnauerint, qui accipiunt illa verba reſcripti Gordiani, *debitoremve*, pro debitore ex cauſa conductionis: quæ ſanè expoſitio non ſatis congrua videtur.

CAPVT XCIII.

An excuſſio principalis debitoris præcedere debeat antequam Saluianum interdictum aduerſus extraneum poſſeſſorem intendatur?

NOn eſſe neceſſariã excuſſionẽ principalis debitoris, vt Saluiano ĩterdicto agi poſſit aduerſus extraneũ poſſeſſorem, reſpõderunt Socinus ſen. conſil. 80. lib. 3. Crauetta conſil. 201. Rolandus à Valle conſil. 9. & conſil. 14. li. 1. Menochius de adipiſcenda poſſeſſ. remedio 3. num. 179.

Fundamentum eſt, quia hoc interdictum poſſeſſo-D rium eſt, Ergo non habet locum exceptio excuſſionis non factæ debitoris principalis, l. vlt. C. de acq. poſſeſſ.

Contrarium reſponderũt Bertrandus conſil. 213. lib. 4. & conſ. 449. & 458. lib. 7. Calcaneus conſ. 29. nu. 5. Bellonus conſ. 34. nu. 9. Natta conſ. 521. Franciſcus Becius conſ. 88.

Fundamẽtũ eſt in Nouella cõſtitutione Iuſtiniani, q̃ excuſſionẽ principalis debitoris requirit, anteq̃ agatur contra extraneos poſſeſſores. Sic ait Iuſtinianus: *Sed neque ad res debitorũ, quæ ab alijs detinentur, veniat prius, antequã tranſeat viã ſuper perſonalibus contra mandatores, & fideiuſſores: & ſponſores, ſicq́, ad res veniens principalis debitoris, ſiue ab alio detineãtur, & detinẽtes eas cõueniens, ſi neq́, inde habuerit ſatisfactionẽ, tunc veniat aduerſus res fideiuſſorũ et mãdatorũ, et ſpõſorũ, &c.*

In

In Auth. de fideiuſſorib. & mandatorib. §. Sed neque.

Huic poſteriori ſententiæ acquieſcendũ puto. Nec enim ad rem facit l. vlt. C. de acq. poſſeſſ. hoc dicit. *Siue ſeruus, ſiue procurator, vel colonus, vel quiſpiam alius, per quem licentia eſt nobis poſſidere corporaliter nactam poſſeſſionẽ cuiuſcunque rei dereliquerit, vel alij prodiderit deſidia fortè, vel dolo, vt locus aperiatur alij eandem poſſeſſionem detinere: nihil penitus domino præiudicij generetur, ſed & ipſe ſi liberæ cõditionis eſt, competentibus actionibus ſubiugetur: omni iactura ab eo reſtituenda domino rei, vel ei circa quem negligenter, vel dolo verſatus eſt.*

Argumentum ex hac lege ſumitur hoc modo, quia agenti ad recuperandam poſſeſſionem ex remedio dictæ legis, non obſtat exceptio, non factæ excuſſionis debitoris principalis.

Sed inter hæc & quæſtionem noſtram magna eſt diſſimilitudo. Primò, l. vlt. loquitur de domino rei, & ait nihil ei præiudicij generari ex dolo vel negligentia aliorum & meritò; rem itaque ſuam vindicabit & poſſeſſionem recuperabit. At in quæſtione noſtra agitur de creditore, non de domino ipſius rei, vel poſſeſſore: Secundò, in quæſtione noſtra debitor eſt certæ quantitatis, cum quo negocium geſtum eſt, & contractus initus, ex quo debitum eſt generatũ, meritò prius conueniendus eſt quàm extraneus poſſeſſor; qui non eſt obligatus, & ad quem bona fide, & iuſto titulo res peruenit. At in l. vlt. nullus eſt debitor, cum quo contractus fuerit initus, imò is ad quem poſſeſſio iniuſtè peruenit, principaliter tenetur eam reſtituere domino: Is qui fuit in culpa vel dolo, tenetur in id quod intereſt. Tertiò, debitor rei pignoratæ dominium retinet, ac proinde eam in alium poteſt transferre, at in l. vlt. ſeruus vel colonus, vel procurator, vel alius quiſpiam dominum ſpoliauit ſua poſſeſſione, nullum ipſe in ea re ius habens.

Denique argumentum tam longinquum & remotum ab hac noſtra facti ſpecie, non videtur mihi tanti eſſe faciendum, vt à præclara & ſpeciali conſtitutione recedamus, quæ hanc propoſitam quæſtionem ſatis apertè decidit.

CAPVT XCIV.

Reductio ad arbitrium boni viri apud quem petenda.

ARbitriorum multa ſunt genera. Vnum huiuſmodi vt ſiue æquum ſit, ſiue iniquum, parere debeamus, quod obſeruatur cùm ex compromiſſo ad arbitrium itum eſt. Alterum huiuſmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, arbitratorem Doctores appellãt, l. Societatem, §. Arbitriorum, ff. pro ſocio. Sunt & alij, quos Magiſtratus è re nata litigatoribus conſtituunt, à quibus appellare licet, ſicut à iudicibus, l. Arbitro. ff. qui ſatiſd. cogãtur. Ab arbitris autem ex compromiſſo appellare non licet, l. 1. C. de arbitris. Si tamen ſordes vel euidens gratia eorum, qui arbitrati ſunt, interceſſit, aduerſus agentem ex ſtipulatu ad pœnam exceptio doli mali competit, l. 3. C. eod. tit. *Per hanc autem exceptionem quadam appellandi ſpecies eſt, cùm liceat retractare de ſententia arbitri*, inquit Paulus in l. Non diſtinguemus, §. Cùm quidam, ff. de receptis arbitris. Atque hinc noſtri communiter diſtinxerunt arbitrum ab arbitratore, à ſententia arbitri negarũt peti poſſe reductionem ad arbitrium boni viri, quia ei ſtandum ſit, ſiue æqua, ſiue iniqua ſit, l. Diem proferre, §. Stari, ff. de recep. arb. A ſententia verò arbitratoris peti reductionem docuerunt ex d. l. Societatem, §. Arbitriorum cum ll. ſeq. ff. pro ſocio, vt teſtatur Ioan. Imolenſis in c. Quintauallis, num. 47. de iureiurando. Sed apud quem Iudicem petenda ſit reductio ad arbitrium boni viri, diligenter inquirendum eſt à ſententia arbitratoris.

Variæ enim ſunt Doctorum ſententiæ. Vna, petendam eſſe apud Iudicem ſuperiorem ipſius arbitri, Angelus in l. Si ſuſcepta, §. vlt. ff. de inoffic. teſtam. Romanus conſ. 265. Io. Andr. in c. Statutum, §. Cùm autem, de reſcript. in 6. Afflictus deciſ. 51. Felyn. in c. 1. col. 5. de præſcript. Pariſius conſil. 45. num. 11. lib. 1.

Fundamentum eſt, quia reductio ad arbitrium boni viri ſimilis eſt appellationi, d. l. Non diſtinguemus, §. Cùm quidam, ff. de recept. arb. Appellatio autem ad ſuperiorem pronunciantis ſententiam deferenda eſt, l. Præcipimus, C. de appellat.

Non eſt ſatis firmum, primò quia reductio ad arbitrium boni viri, non eſt per omnia ſimilis appellationi, ſed in eo duntaxat, quod ſententia arbitri retractatur, vt in d. §. Cùm quidam, in alijs multis eſt diſſimilis, vt dicebat Federicus Senenſis conſ. 285. nu. 2. Deinde, quia appellatio deuoluit quidem cauſſam ad ſuperiorem iudicis qui pronunciauit, ſed ille idem ſuperior eſt Iudex etiam litigatorum. Hæc autem ſententia requirit tantùm, vt Iudex reductionis ſit ſuperior arbitri. Ideo dicunt iſti, ſi compromittatur in clericum & laicum, & ab eorum ſentẽtia petatur reductio ad arbitrium boni viri, adeundum eſſe Epiſcopum, tanquam ſuperiorem clerici, & conſequenter ratio duntaxat habetur, vt Iudex reductionis ſit ſuperior arbitri non litigatorum, quod eſt abſurdum.

Secunda eſt ſententia, Iudicem competentem cauſſæ reductionis ad arbitrium boni viri eum eſſe, qui ordinarius Iudex eſt illius, aduerſus quem reductio ad arbitrium boni viri poſtulatur. Ita reſpondit Federicus Senenſis in conſ. 285. quem refert & ſequitur Io. Imolenſis in c. Quintauallis, num. 54. de iureiur. Didacus Couar. lib. 2. variar. reſol. cap. 12. nu. 2.

Fundamentum eſt in l. 2. C. vbi & apud quem, &c. Diocletianus: *Quoniam ea quæ in tranſactione dari placuerat, te tradidiſſe proponis, conſequens eſt, ſi de his repetendis per integrum reſtitutionem, vel quamcunque aliam cauſſam putaueris agendum, eiuſ te adire prouinciæ Præſidem, in qua domicilium habent, quos conuenis.*

Non eſt ſatis firmum, quia ratio diuerſitatis eſt inter reſtitutionem in integrum aliamve cauſſam, per quam data repetuntur, & reductionem ad arbitrium boni viri. Petens per in integrum reſtitutionem quæ aduerſario ſuo dedit, eſt actor, & iudicium inſtituit tunc primùm, ideo ſequi debet forum rei quem conuenit, ſecundum vulgarem iuris regulam. At petens reductionem ſententiæ arbitratoris ad arbitrium boni viri, non tunc primum litem inſtituit, ſed cauſſam ſuam iam cœptam perſequitur. Aut igitur actor fuit ab initio, cùm ad arbitrum iretur, aut reus. Si actor, ſine dubio ſequi debet forum rei, atque adeò reductionem petere apud Iudicem ordinarium rei: ſin autem reus erat is qui petit reductionem, ſimiliter reductionem petere apud ſuum ordinarium Iudicem poterit: quia in cauſſa reductionis non deſinit eſſe reus, & actor qui erat non deſinit eſſe actor: quamobrem actor in cuius fauorem pronunciatum eſt, ab arbitro eum conuenire debet apud ſuum Iudicem, ſi nolit parere arbitri ſententiæ, ipſe verò contra excipere apud eundem poterit, vel etiam præuenire actorem, & reductionem apud ſuum ordinarium Iudicem poſtulare.

Tertia eſt ſententia, petendam eſſe reductionem apud ordinarium Iudicem rei, apud quem aliàs actio fuiſſet inſtituta, & hunc eſſe iudicem competentem, ita Bartolus in d. Societatem, §. Arbitriorum, num. 18. ff. pro ſocio, & multi alij, quos refert & ſequitur Rolandus à Valle in conſil. 24. lib. 4.

Et hanc ſententiam multis præiudicijs in Camera Imperiali firmatam teſtatur Andrea Geyll. lib. 1. Obſeru.

ſeru. 149. & in pleno conſilio ita iudicatum fuiſſe anno 1542. teſtatur Mynſingerus centur. 2. obſeruat. 61. Sic & in Gallia ordinatione Regia hanc ſententiam probari, teſtis eſt Rebuffus de arbitris, art. 1. Gloſſ. 19. & in Senatu Pedemontano ita ſæpè iudicatum fuiſſe, ſcribit Anton. Theſaurus deciſ. Pedemontana 14. Itaque ab hac ſententia, quaſi iam conſuetudine approbata, propter Cameræ Imperialis autoritatem, & aliorum inſignium Tribunalium, non puto recedendum eſſe.

Adfertur pro hac ſententia l. Cùm hi. §. Tranſactiones. ff. de Tranſact. & l. Si quis rem. 35. ff. de recep. arb. in vltimis verbis, ibi. *Lite apud Iudicem ſuo ordine peragenda*. Magis vrget argumentum Bartoli, quia actor ſequitur forum rei, Ergo reductio petenda eſt apud Iudicem ipſius rei,

Non obſtat ſi dicatur hoc habere locum, ſi actio petat reductionem, non ſi reus, quia reſpondetur etiam ſi reus reductionem petat idem ſtatuendum eſſe. Nam cùm reus petit reductionem ſententia in fauorem actoris lata eſt; tunc ergo inter actorem & reum hæc eſt contentio, ac ſtatus cauſæ. Actor dicit, arbitratoris ſententiam iuſtam eſſe & exequendam, agens ſcilicet ex ſtipulatione propoſita, vel contractu præambulo, impleto per ſententiam arbitratoris, iuxta doctr. Bartoli in d. l. Societatem. §. Arbitrorum. nu. 15. ff. pro ſocio. reus contrà, iniquam eſſe contendit, & reducendam ad arbitrium boni viri, Huius rei definitio ſpectat ad Iudicem ordinarium rei, quia actor ſequi debet forum eius; Cognoſcet igitur ordinarius Iudex æquum an iniquum fuerit arbitrium; nec aliter illud ratum habebit, quàm ſi æquum fuerit. Præclarè enim Celſus. *Et ferè ea mens eſt perſonam arbitrio ſubſtituentium vt quia ſperent eam rectè arbitraturam, id faciant, non quia vel immodicè obligari velint*. l. Si libertus. 30. ff. de operis liberto.

CAPVT XCV.

Intra quod tempus ſit petenda reductio ad arbitrium boni viri à ſententia arbitratoris.

Controuerſia quoque eſt de tempore, intra quod reductio petenda ſit ad arbitrium boni viri à ſententia arbitratoris. Et vt ſtatim dicā, exiſtimo intra decem dies petendam eſſe, autoritate l. pen. C. de arbitris. illis verbis: *Sin autem poſt ſententiam minimè quidem ſuſcripſerint ſe arbitri formam amplecti, ſed ſilentio eam roborauerint, & nō intra decē dies proximos atteſtatio miſſa fuerit uel iudici, vel aduerſario ab alterutra parte, per quam manifeſtum fiat, definitionem nō eſſe amplectendam: tunc ſilentio partium ſententiam roboratam eſſe*, &c. Atque ita docent Specul. in tit. de arbitr. & arbitrato. §. Sequitur. nu. 24. Panor. in c. Quintaual. nu. 16. de iureiur. Pract. Pap. in forma libelli, quo agitur ad pœnā ex compromiſſo, in verbo *Reductio*. nu. 2.

Communis ſententia concedit annos 30. ad petendam reductionem, teſte Decio in conſ. 39. nu. 6. Eugenio conſ. 1. nu. 60. Andrea Geyll. lib. 1. Obſeruat. 150. nu. 2. vbi dicit, Cameram Imperialem eā ſequi ſolere.

Fundamentum eſt, quia hæc reductio vel eſt actio, vel exceptio ac defenſio, vel ius aliud quodcunque, Ergo non tollitur minori ſpatio 30. annorum. l. Sicut, C. de præſcript. 30. vel 40. annorum.

Ad l. pen. C. de arbitris reſpondent, eam loqui de arbitro, non autem de arbitratore.

Sed etſi magna ſit autoritas communis ſententiæ, non tamen tanta eſſe debet, vt rationem vincat aut legem, quæ decem dies conſtituit, ſatis clarè & directè, nimirum l. pen. C. de arbitr.

Quod autem dicitur tempus 30. annorum requiri ad tollēdam actionem, defenſionem, & ius alterl competens verum eſt, niſi minus tempus à lege ſit conſtitutum, Nam & appellatio defenſionis eſt ſpecies, & tamen intra decem dies proponenda eſt, Auth. Hodie. C. de Appellatio. Sic & reductio ſine querela à ſententia arbitri, vt in d. l. penult. C. de arbitris; quemadmodum & ſupplicatio, vt in Authent. quæ ſupplicatio. C. de precibus Imper. off.

Non obſtat quod reſpondetur l. pen. C. de arbitris, loqui de arbitris, non autem de arbitratoribus: quia lex illa loquitur de arbitris electis, nō ex compromiſſo, nec ex Iudicis mandato, vel neceſſitate vlla, ſed ex communi ſententia & conſenſu partium, quorum etiam mentio fit in l. pen. C. de pactis, & in l. vlt. C. vbi & apud quem. Et iſti ſunt non autoribus iuris noſtris, ſed Doctoribus noſtris arbitratores. Id probo ex traditis per Bartolum, & alios, in l. Societatem, §. Arbitriorum, ff. pro ſocio, vbi textus dicit, Arbitriorum duo ſunt genera, *vnum huiuſmodi, vt ſiue æquum ſit ſiue iniquum, parere debeamus, quod obſeruatur, cùm ex compromiſſo ad arbitrum itur. Alterum huiuſmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, ſi nominatim perſona ſit comprehenſa cuius arbitratu fiat*. Priores dicuntur arbitri noſtris Doctoribus, à quibus appellare non licet, nec reductionem petere. Poſteriores dicuntur à noſtris arbitratores. vnde Bartolus ibi ſic ſcribit in principio: *Sententiæ arbitri omnino eſt parendum. Sententia verò arbitratoris, ſi ſit iniqua, reducitur ad arbitrium boni viri*. At Iuriſconſultus eos vocat arbitratores, & ij ſunt arbitri, de quibus loquitur l. pen. Non enim illa loquitur de arbitris ad quos ex compromiſſo itur, quorum ſententiæ parendum eſt, ſiue æqua, ſiue iniqua ſit, aut pœna ſoluenda. l. Diem proferre. §. Stati. ff. de recept. arbit. Non etiam loquitur de arbitris quos Magiſtratus eligunt, vel dant litigatoribus, à quorum ſententia appellatur, ſicut à ſententijs iudicum. l. Arbitro. ff. qui ſatiſd. cog. Loquitur ergo de arbitris communi ſententia electis, ſine pœna, ſine Iudicis mandato, quorum ſententia redigi debet ad arbitrium boni viri, ſi iniquitatem contineat, vt in d. §. Arbitriorum, & ſequentibus legibus. Et ij Doctoribus noſtris ſunt arbitratores. Ergo d. l. pen. loquitur de arbitris, qui vocantur à noſtris arbitratores. Et expreſsè ſtatuit decem dierum tempus ad reclamandum à ſententia arbitri, vt iam dictum eſt. Conſequenter expreſsè quæſtionem à nobis propoſitam decidere videtur; niſi ego toto aberrem cœlo quod viri docti, vt ſpero, mihi indicabunt.

CAPVT XCVI.

Vtrum appellari poſſit à ſententia Iudicis reducentis laudum ad arbitrium boni viri.

Inſignis quoq; controuerſia eſt inter Bartolum & Baldum, an à iudice, ad quem tāquam ad bonum virum recurritur, vt arbitratoris ſententiam (laudum vulgò dicitur) redigat ad æquitatem, appellare liceat. Negat Bart. in l. 1. num. 18. de legat. 2. Affirmat Bald. in l. 1. no. 10. C. Ne liceat tertiò prouocare. A Bartolo ſtant Innocentius in c. Præſenti, de reſcript. Abbas Panormitanus in cap. Quintauallis, no. 40. de iureiur. Ioan. Andr. in add. Speculatoris, tit. de Appellatio. §. In quibus. nu. 16. Salycetus in l. Et in maioribus. C. de appell. & in l. pen. quæſt. pen. C. de arbitris. Cepola conſ. ciuili 16. Fulgoſ. conſ. 114. & 124. Lanfrancus de arbitris, quæſt. 20. Socin. iun. conſ. 15. lib. 1. Cardinalis conſ. 140. Bologninus ad Ananiæ conſ. 51. Caſtrenſis conſ. 121. no. 8. lib. 2. Pract. Papienſ. in forma libelli, ad pœnam compromiſſi. §. Ne reductio, num. 9.

A ſententia Baldi ſtant Pau. Caſtr. Imola, & Alexander

der in l.1.de leg.2. idem Imola in d.c. Quintauallis.nu. A 36.& Anton.Butr.24.differẽtia. Vitalis tract.Clauſulat. tit.de reductione ad arbitrium boni viri,cap.vltimo ad finem, Baptiſta de S.Blaſio de arbitris,quæſt.penult.co-lum.pen.Aretinus in c.Super ijs.nu.47.de accuſa. & ibidem Felynus nu.13.Alex.conſil.106.nu.7.lib.3. Didac. Couar. variar. reſol. lib.2.cap.12.num.4. & 5.Andreas Geyll.lib. 1.obſer.149.nu.4.

Fundamentum ſententiæ Bartoli eſt,quia hoc non reperitur iure cautum,vt à iudice reductionis appellare liceat. Et ratio eſt,quia nõ ad eum ſimpliciter recurritur vt iudicem,ſed vt bonum virum, vt in l.Societatem.§. Arbitrorum.ff.pro ſocio cum ll.ſequentib.Quamobrem videtur eſſe arbiter quidã, non iudex. A ſententia verò arbitri non appellatur,l.1.C.de arbitris.

Fundamentum ſententiæ Baldi eſt, quia regulariter permiſſa eſt appellatio à ſententia iudicis.l. Et in maioribus.C.de appellat. Et iſte eſt iudex nimirum reductionis.Ergo appellare licet. B

Non obſtat, quod dicitur ad iudicem reductionis recurri tanquam ad bonum virum, quia cùm quid arbitrio iudicis committitur,id cenſetur ei commiſſum, vt bono viro.l.Fideicommiſſa.§.Quãquam.de leg.3.l. Si libertus,de operis liber. l.vir bonus.ff.iud.ſolui.l. Continuus.§.Cùm ita.de verb.oblig & tamen conſtat ab eius ſententia appellari poſſe, c.1.de dilatio.

Mihi ſententia Baldi magis probatur. Primò,quia iudex reductionis non eſt arbiter ex compromiſſo, à quo non licet appellare,ſed iudicis officio fungitur.Ergo ab eius ſententia appellare licet.l.Ex conſenſu.ff.de appel. vbi dicitur, à iudice dato ex conſenſu litigatorum citra compromiſſum prouocare licere.Secundò,quia ad eum tanquam ad bonum virum recurritur, vt reformet ſententiam arbitratoris ſecundùm æquitatem & iuſtitiam. Ergo ſi iniquè pronunciauerit, & ipſe quoque læſerit alterum ex litigatoribus,nihil proponi video, cur non liceat ab eius ſententia prouocare. C

Tertiò, licet maxima ſit inter Doctores controuerſia, vtrum appellare liceat à iudice, cuius arbitrio res committitur,quã latè tractat Menochius de arbitrarijs iud. quæſt.70.tamen in quæſtione noſtra non puto eam militare, quia cauſſa reductionis non eſt ſimpliciter commiſſa iudicis arbitrio, & multò minus libero eius arbitrio, in quibus duobus caſibus controuerſia illa locum habet, ſed committitur iudicis arbitrio, tanquam boni viri. Dicimus enim, reductionem eſſe ad arbitrium boni viri,ſiue ſententiam redigi ad arbitrium boni viri, vt loquitur l.Societatem.§.Arbitriorum.ff.pro ſocio.Ergo ſi non vt virum bonum decet, iudex pronunciauerit, appellare profectò licebit.

Quæ ſententia confirmatur. Nam in iudicijs bonæ fidei iudex à Prætore datus arbiter dicebatur,quia æquitatem ſequi poterat, & multa ex arbitrio ſuo decernere, vnde arbiter familiæ herciſcundæ.Arbiter communi diuidundo,pro ſocio.Dotis recuperandæ & ſimiles.l.1.ff. de colla. do.l.5.C.fam.herciſc.l.4.de ſer.leg.1. ff. de pactis dotalib. & latè explicat Briſſonius lib. 1.de verbor. ſignifi. in ver. Arbiter. Et tamen nemo dixerit ab eorum ſententia appellare non poſſe. D

Quid plura? nonne iudex boni & innocentis viri officio fungi debet.l.Cæteræ.§.1.ff.fam.herciſc.nonne dicimus: *Totam rem ad iudicem, id eſt, ad virum bonum remitti*.l.Continuus.§.Cùm ita,de verb.oblig. *Et arbitratu iudicis vtique quaſi boni viri*.in l.Sed ſi vnius, 17.§. Prætor ait.ff.de iniurijs? Ergo non liceret appellare? At abſurdum eſt hoc,iniquum, & contra omnes leges & conſtitutiones,quibus appellatio permiſſa eſt. Demus igitur & à iudice reductionis appellandi poteſtatem, ſi iniuſtè pronunciauerit, & arbitri laudum in peius reformauerit.

CAPVT XCVII.

Emphyteuſi conceſſa alicui & filijs ſuis, an veniant fœminæ.

FRequentioribus Doctorum ſuffragijs in hanc ſententiam itum eſt, filiorum appellatione fœminas non contineri in emphyteuſi conceſſa alicui, pro ſe,& filijs ſuis; vt fatetur Couarru. qui contrarium ſententiam ſecutus eſt lib.2.cap.18.nu.1.latè adductis autoritatibus, Roland.à Valle, in conſ.93.lib. 2.Burſatus conſ.80.nu.7.Clarus q.32.Emphyteuſis. Beninteḋius deci.Bononiẽſi 52.Hypol.Riminald. cõſ.159. nu.3.lib.2. nouiſſimè Aurelius Corbulus de iure Emphyteutico.cap.11.nu.3.& ſeq.vbi multos alios citat.

Fundamentum eſt, quia in contractibus ſtricti iuris, qualis eſt Emphyteuticus,verba ſtrictè ſunt accipienda, B l.Quicquid adſtringendæ,de verbor.oblig. Filiorum autem appellatio propriè fœminas non comprehendit, ſed ex interpretatione & extenſione, l.pronunciatio.§. Iuſta,de verb.ſig.l.Cùm in adoptiuis.§ Quæ in filio.de verb.ſig. Præterea in ſtipulationib. & pactis verba ambigua interpretari debent contra ſtipulatorem,qui poterat legem contractus apertius dicere.l. Veteribus.ff. de Pactis.l.Stipulatio iſta.§.In ſtipulationibus.de verb. oblig.

Contrarium docuit Salycetus in l.2.q.17.de iure Emphyt.Decius ad l.2.de reg.iuris in tract. quando maſculinum concipiat fœmininum, num.9. Alciatus in l.1.de verb.ſign. Couar.qui malè citat Iaſonem pro eadem ſententia,d.lib.2.variar.reſol.cap.18.nu.1.alios citat Antonius Gabrielius comm. concl.lib.6.concl.6.nu.94. quibus adde Pinellum ad l.3.nu.93.C.de bonis mater. Menoch.conſ.111.nu.57.& nu.60.lib.2.

C Fundamentum eſt,primò in §.Emphyteuſim,in Auth. de non alienandis rebus Eccleſ. vbi dicitur expreſſè, Emphyteuſim Eccleſiaſticam tranſire tam ad maſculos, quàm ad fœminas,ibi *Filios eorum maſculos, aut fœminis, aut nepotibus vtriuſque naturæ*. Secundò, quia iuſta interpretatio hæc eſt, vt filiorum appellatione filiæ contineantur, & id ſæpe, & plerunque fit l.Iuſta.l.Pronunciatio. de verb. ſig. Immò ſexus maſculinus ſemper fœmininum continet, inquit Iulianus in l.Qui duos, de leg.3.

Hæc poſterior ſententia, niſi aliud obſtet, videtur mihi ſanè probabilior, & iuri magis conſentanea. Etſi enim in §.Emphyteuſim, non decidatur quæſtio noſtra, ſed tantùm hoc dicatur,Emphyteuſim ad fœminas quoque tranſire (quod pro reſponſione à contrariæ ſententiæ autoribus allatum ſcio) tamen ex eo poſſumus argumentum conficere huiuſmodi. Contractus ſecundum ſui naturam & legis diſpoſitionem confectus præſumitur.

D Sed hæc eſt natura huius contractus & legis diſpoſitio,vt fœminæ ſuccedant in Emphyteuſi,ſicut maſculi.Ergo verba contrahentium,tàm maſculos, quàm fœminas comprehendunt.

Maior propoſitio probatur ex l. Quæro.§. Inter locatorem, ff.locati, ex l.Si ſtipulatus.ff.de vſuris, tradit Alciatus de præſumpt.reg.3.Præſump.32.nu.1.latiſſimè probat Menochius de Præſump.lib.3. Præſump.38.& lib.6.Præſumpt.9.

Minor probatur ex §.Emphyteuſim,& ex legib.quib. habetur filiorum appellatione filias contineri.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, negando verba in contractibus ita propriè & ſtrictè accipiendam eſſe, vt excludatur iuſta interpretatio, & contrahentium menti conformis. Mens etenim contrahentium magis ſpectanda eſt, quàm verba, l.In conuentionibus, de verb.ſig.l. Semper in ſtipulationib de reg.iuris.

Ad ſecundum reſpondeo, verba dubia interpretanda eſſe cõtra ſtipulatorem, ita loquuntur leges in argumento allatæ. Sed hæc verba non ſunt dubia, quia lex illa interpretatur, vt tam maſculos, quàm fœminas comprehendant. l. Iuſta, l. Pronunciatio. de verb. ſignif.

Reſpondent diuerſæ ſententiæ autores, id non eſſe tam certum, filiorum ſcilicet appellatione filias contineri, vt non recipiat probationem contrariam: Nam in materia ſtricta non contineri filias, indicat l. 1. §. Sed ſi incertum ſit, de ventre in poſſeſſ. mittendo. Hæc eſt autem materia ſtrictè accipienda, quia contractus eſt ſtricti iuris.

Non me frangit hæc reſponſio, quia etſi contractus Emphyteuticus ſtricti iuris ſit, admittit tamen fœminas ſicut maſculos. Ergo contrahentium voluntas ea eſſe videtur, quæ & leg. & naturæ contractus conueniat.

Nec iuris regula, qua maſculinus ſexus fœmininum continet, ideo euertitur, quod ſi teſtator dixerit: *Si mihi filius vnus naſcetur exhæres eſto*, non continetur filia: nam plerumque ſecus eſt. l. Iuſta. l. Pronunciatio. l. Qui duos, de leg. 3. Hic non agimus de tali exhæredatione. Ergo in regula verſamur. Ergo res eſt clara non dubia. Non eſt bona collectio. Poteſt verbum illud aliquando trahi ad alium ſenſum, Ergo ambiguum eſt. Si hoc valeret, nihil eſſet certum, nihil clarum, omnia obſcura, & ambigua. Nam quæ ſunt verba tam perſpicua, quæ ſecundùm materiam ſubiectam non aliter atque aliter accipienda ſint? l. Si vno. ff. locati. l. Inſulam. ff. de præſcript. verbis.

CAPVT XCVIII.

Emphyteuſim non Eccleſiaſticam, ſi qui ſtipuletur filijs ſuis, an etiam filijs naturalibus ſtipulatus videatur?

SEd rurſus controuerſia eſt. Patet Emphyteuſim filijs ſtipulatur, an etiam naturalibus filijs ſtipulari videatur, & ſermo eſt de Emphyteuſi priuatorum, non autem Eccleſiaſtica. Affirmant plurimi Doctores, adeò vt hæc ſententia communior dicatur. Vide Ripam in l. Ex facto. §. Si quis rogatus. num. 58. ff. ad Trebell. Negant autem Decius in cap. In præſentia. nu. 44. & ſeq. de probatio. & ibidem Berous, num. 325. Aurelius Corbulus de iure Emphyt. cap. 12. num. 56. verſ. Ampliatur, vt naturales.

Illuſtriſſimus & Reuerendiſſimus Cardinalis Paleotus de nothis & ſpurijs cap. 30. nec hos, nec illos ſequitur, ſed ita pronunciandum cenſet. Si quis ſibi & filijs fuerit ſtipulatus, ſiquidem tũc naturales habebat, de his quoque actum videri ex mente contrahentium, ſecus autem, ſi naturales poſtea ſuſcepti ſint.

Fundamentum prioris ſententiæ eſt in d. l. Ex facto. §. Si quis rogatus. ff. ad Treb. vbi: *Si quis rogatus fuerit, ſi ſine liberis deceſſerit, vt reſtituat hæreditatem, Papinianus ſcribit etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio.*

Fundamentum poſterioris ſententiæ eſt, quia filium eum definimus, qui ex viro & vxore natus eſt. l. Filium, de his qui ſui, vel alie. iuris ſunt. Ergo naturalis non continetur, præſertim in ſtipulatione, in qua verba ſunt ſtrictè accipienda. l. Quicquid adſtringẽdæ. de verb. oblig. & ſi dubia ſunt, vt hoc in caſu contra ſtipulatorem. l. Stipulatio iſta. §. In ſtipulationib. de verb. obl.

Illuſtriſſimi & Reuerendiſſimi Cardinalis ſententia eo nititur fundamento, quod ſtipulatoris hæc fuiſſe voluntas & mens videatur, cùm filios naturales habet, vt ij in Emphyteuſi ita quæſita ſuccederent; quæ voluntas in ſtipulationibus magis ſpectanda eſt, quàm verba, l. In conuentionibus. de reg. iur.

Hæc ſententia mihi quoque placet, eamque confirmo ex verbis Vlpiani in d. l. Ex facto. §. Si quis rogatus,

A ſic dicentis: *Mihi autem quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæſtio videbitur eſſe, de quibus liberis teſtator ſenſerit, ſed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & conditione eius, qui fidei commiſit accipiendum erit.*

Quibus verbis prior ſententia refellitur: Etſi enim Papinianus ſcripſerit, naturales filios efficere, vt conditio deficiat. Vlpiani tamen alia eſt ſententia, hoc ex voluntate, &c. pendere. Vlpiani ſententiam ſecutus eſt Imperator, dum eius reſponſum in Pandectis poſuit, & conſequenter approbauit.

Poſterior autem ſententia firmo ſatis & ſolido nititur fundamento, quam ego non refello, ſed probo & amplector cum diſtinctione Illuſtriſſimi & Reuerendiſſimi Cardinalis, loco annotato.

CAPVT XCIX.

B *Emphyteuta qui 30. vel 40. annis canonem non ſoluit, an præſcriptionem allegare poſſit, ne in futurum ſoluere cogatur?*

MAxima quoque controuerſia eſt, vtrum emphyteuta, qui annis 30. vel 40. canonẽ non ſoluit, nec à domino interpellatus ad ſoluendum fuit, libertatem præſcribat nõ ſoluendi canonẽ temporis futuri; qua in re ne diu lectorẽ morer, pronunciandum ſic exiſtimo, nequaquam eum præſcribere libertatem pro futuro tempore. Vtor in primis autoribus Accurſio in l. Comperit. C. de præſcript. 30. vel 40. anno. Iaſone in l. 2. num. 72. C. de iure Emphy. Guidone Papę deciſ. 406. & alijs, quos refert Anton. Theſaurus deciſione Pedemon. 179. ac præterea Andr. Geyll. lib. 2. obſer. 73. dum ſcribit, præſcriptionem in annuis præſtationibus locum non habere, idque multis præiudicijs in Camera confirmatum. Ç

Vtor præterea autoritate l. cum notiſſimi. §. vlt. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. vbi Imperator: *In iis etiam promiſſionibus, vel legatis, vel alijs obligationibus, quæ dationem per ſingulos annos, vel menſes, aut aliquod ſingulare tempus continent, temporum memoratarum præſcriptionum non ab exordio talis obligationis, ſed ab initio cuiuſque anni, vel menſis, vel alterius ſingularis temporis computatio manifeſtum eſt.*

His verbis indicauit Imperator & ſtatuit, in annuis præſcriptionibus tot eſſe præſcriptiones, quot ſunt anni: quare ſi Emphyteuta non ſoluit ſpatio annorum 30. vel 40. præſcripſiſſe videtur præteritas penſiones, non autem futuras, quia noua præſcriptio eſt neceſſaria futurorum annorum; & quidem in ſingulos annos, quod clarius etiam apparet ex l. Eos, C. de vſuris: licet enim ibi ſit conſtitutum principali actione ſublata præſcriptione D 30. annorum, nullam ſuper vſuris quæſtionem moueri poſſe, quia principali cauſſa non ſubſiſtente, nec ea quæ ſequuntur locum habent, l. Cùm principalis. de regulis iuris: Tamen illa lex ſatis indicat, in annuis præſtationibus ſingulorum annorum præſcriptionem requiri, in illis verbis: *Iubemus non poſſe ſuper vſuris vel fructibus præteriti temporis aliquam mouere quæſtionem, dicendo ex iiſdem temporibus eas velle ſibi perſolui, quæ non ad 30. vel 40. præteritos annos referuntur: adſerendo ſingulis annis earum actiones naſci, &c.*

Contrarium docuit Barto. in d. l. Comperit. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. & in l. Ius Emphyteut. in fi. C. de fundis patrimon. lib. 11. alios citat Corbulus de iure Emphyt. cap. 15. limit. 31.

Fundamentum eſt in l. vlt. C. de fundis rei priuatę lib. 11. Et quia omnis actio tollatur ſpatio 30. vel 40. annorum. l. Sicut. l. Omnes. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. Et quia in annuis præſtationibus agi poſſit, tam pro tempore præterito, quàm pro futuro. l. 1. C. de fideicom. l. Libertos quos. §. 1. ff. de alimẽ. & cib. legatis. Ergo præ-

ſcriptio

ſcriptio pro toto tempore currit, ſicut pro toto tempo- A re agi poteſt.

Ad l. Cùm notiſſi. §. vlt. reſponderi poteſt, ex mente Bartoli tribus modis intelligi. Primò, in annuis præſtationibus præſcriptionem currere à die ceſſationis pro illo anno, in quo ceſſatum eſt. Secundò, præſcriptionem omnium annorum currere ab eo tempore, quo ceſſatum eſt. Tertiò, in ſtipulatione annua hanc poſteriorem ſententiam veram eſſe, quia annua ſtipulatio eſt vna pro toto tempore, in legatis verò locum habere priorem ſententiam, quia quot ſunt anni, tot ſunt legata.

Tertiam autem expoſitionem, quæ Gloſſæ, & Ioannis fuit, eſſe veriorem.

Sed ad hæc refellenda non magno labore opus eſt, In primis quod attinet ad l. vlt. C. de fundis rei priuatæ, illa non dicit penſionem annuam 40. annorum ſpatio præſcribi ab Emphyteuta, vel alio, ſed hoc dicit. Si quis emerit fundum rei priuatę Principis, ea lege, vt ca- B nonem ſoluere non teneatur, non poſſe ſe tueri præſcriptione temporis, niſi 40. annorum. Nunquam iſte emptor ſuſcepit in ſe obligationem ſoluendi canonem, ſed eam recuſauit & noluit ſuſcipere. Conſequenter non pertinet ad rem noſtram, quia noſtra quæſtio eſt, an is qui ad annuam præſtationem canonis Emphyteutici obligatus eſt, poſſit præſcriptione temporis ſe tueri. Verba dictæ vlt. legis hæc ſunt, ne lectoris animus diſtrahatur: *Nemo dempto canone ad comparationem dominicæ poſſeſſionis accedat. Quod ſi quis in poſterum ad interdictum contractum acceſſerit, eum volumus precia perdere perpetuò, nec expenſarum vel melioratæ rei fructuum exactioni compenſationem opponere; nec temporis ſibimet contra noſtra commoda præſcriptione, excepto vetuſtatis auxilio blandiri.*

Ad l. Sicut. & l. Omnes. reſpondeo, nil obſtare, quia nos quoque dicimus annuas præſtationes præſcriptione 30. vel 40. annorum extingui; ſed ſingulorum an- C norum, quibus actio naſcitur, præſcriptionem contemplamur, & requirimus ex mandato legis, vt in d. l. Cùm notiſſimi. §. vlt. non autem totius temporis futuri ex vnius anni, vel alterius penſionis præſcriptione ius metimur.

Non obſtat quod dicitur, agi poſſe pro toto tempore, Ergo & pręſcriptionem currere pro toto tempore: quia negatur conſequentia. Agitur enim pro toto tempore, quia valde abſurdum foret, vt quis pro ſingulis penſionibus peculiarem proceſſum inſtituere deberet, argum. l. Malè agitur. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. declarat optimè Andreas Geyll. lib. 1. obſeruat. 74. Sed hæc res non immutat naturam obligationis; & multò minus legis ſanctionem circa ipſam annuæ obligationis præſcriptionem, tam apertè poſitam in d. l. Cùm notiſſimi, §. vlt. quam legem conſequentia illa, ſi valeret, profectò deſtrueret. Sic enim infert. Eſt vna actio pro toto tempore; Ergo vna præſcriptio pro toto tempore. D At contra Imperator dicit, per ſingulos annos vel menſes tempora præſcriptionum currere, non ab exordio obligationis, & in d. l. Eos. C. de vſuris. fatetur Imperator ſingulis annis *actiones naſci*, quantum ad effectum præſcriptionis.

Porrò expoſitioni d. §. vlt. l. Cùm notiſſimi, quam ſuprà tertiò loco retuli, & probari dixi Gloſſæ, Ioanni & Bartolo, obſtant primò verba textus, quatenus non diſtinguit inter annuas obligationes & legata. Secundò, quod ad rem noſtram attinet, obſtant verba illa, quibus apertè dicitur, præſcriptionum tempora currere per ſingulos annos vel menſes, non autem ab exordio obligationis. Quid eſt aliud hoc (bona pace doctiſſimorum virorum) quàm exponere album pro nigro? Si vna pręſcriptio ſufficeret pro toto tempore futuro; non eſſent tempora præſcriptionis metienda ex ſingulis annis vel menſibus. Nulla erat ratio dubitandi in l. Eos. C. de vſuris, quin ſublata eſſet actio ad fructus & vſuras ſingulorum annorum, quia vna præſcriptio pro toto tempore ſufficiebat. Et tamen Imperator adfert eam dubitandi rationem, quòd ſingulis annis *noua actio naſcitur*, quæ proinde præſcriptione eligenda ſit, quamquam alia ratione poſtea contrarium in ea ſpecie ſtatuat, quia ſcilicet perempta principali obligatione, æquum eſt, & quæ eam ſequitur, perimi.

Aliter hanc rem explicauit Balbus de præſcript. 4. part. 4. partis principalis, quæſt. 8. quem ſecutus eſt Aurelius Corbulus de iure emphyteutico, cap. 15. limit. 31. vbi diſtinguit. Aut Emphyteuta qui præſcriptionem iſtam allegat, eſt illemet, qui rem conduxit in Emphyteuſim, & dominum recognouit, & præſcribere non poteſt, quia eſt in mala fide. c. vlt. de præſcript. Aut alius eſt extraneus, qui rem tenuit bona fide tanquam ſuam, & is præſcribere poteſt directum dominium, ſeruata diſtinctione, Authent. Malæ fidei. C. de præſcript. longi B tempor.

Non repugno huic ſententiæ; ſed hoc ipſe contendo, nec ſi ſit bona fide Emphyteuta, puta hæres primi Emphyteutæ, vel aliam ob cauſſam, locum eſſe præſcriptioni annuæ penſionis temporis futuri. Et idem in omni alio poſſeſſore bonorum Emphyteuticorum ſtatuo, qui non ipſum directum dominium legitimè præſcripſerit; tunc enim & penſionem ſiue canonem in conſequentiam præſcribere videtur: argum. l. Eos. C. de vſuris.

CAPVT C.

Debitor certæ rei, an liberetur eius interitu poſt moram, & primo agitur in obligatione deſcendente ex maleficijs.

C Grauis controuerſia eſt, & ſecum adferẽs multarum legum cognitionem, an debitor interitu rei poſt moram liberetur. Ordinis & lucis gratia, prius agam de debitore ſiue reo ex obligatione deſcendẽte ex maleficio. Deinde de eo, qui ex contractu vel quaſi, & ex alijs cauſſis obligatus eſt.

Quatuor animaduerti Doctorum ſententias. Prima, Gloſſæ in l. 1. C. de his quæ vi vel metus cauſſa geſta ſunt, diſtinguendum eſſe, an res eodem modo peritura eſſet apud actorem, vel non eſſet peritura. Priore caſu reum liberari, Poſteriore, nequaquam. Eam Gloſ. probarunt ibi Salycetus & Alexander, & eandem ſententiam habuerunt Fulgoſius, Aretinus & Decius in l. Quod te. num. 50. ff. ſi cer. peta. & in eandem propendet Couar. affirmans eam in foro conſcientiæ veriorem eſſe, ad reg. Peccatum, de regul. iuris, lib. 6. §. 6. in 2. parte.

Fundamentum eſt in l. Si cum exceptione, 14. §. Sed & ſi non culpa. ff. de eo quod metus cauſſa. vbi ſic ſcribi- D tur: *Sed & ſi non culpa eius cum quo agetur aberit, ſi tamen peritura res non fuit ſi metum non adhibuiſſet, tenebitur reus, ſicut in interdicto, Vnde vi, vel quod vi aut clam obſeruatur. Itaque interdum hominis mortui precium recepit, qui eum venditurus fuit, ſi vim paſſus non eſſet.*

Secunda eſt opinio Cornei & Aretini in d. l. 1. C. de his quæ vi vel metus cauſſa geſta ſunt, & aliorum communiter, in l. Quod te. vbi Ripa, num. 28. ff. ſi cer. pet. in actionibus deſcendentibus ex maleficijs reum interitu rei non liberari, ſed actionem integram eſſe ſine diſtinctione, an res eſſet peritura, vel non.

Fundamentum eſt in d. l. 1. & in l. 5. §. Rectiſſimè. & in l. pen. ff. de vi & vi arm. in l. vlt. ff. de cõdi. furti. & l. Inter omnes, 47. ff. de furtis, & alijs ſimilibus, in quibus generaliter, & abſque vlla diſtinctione conſtitutum eſt, reum teneri licet res perierit.

Sed fragile eſt fundamentum hoc: Nam dictæ leges

non

non negant adhibendam eſſe diſtinctionem; an res peritura eſſet, licet nec affirment adhibendam eſſe. Tantùm enim hoc declarant, reum non liberari interitu rei, licet actor fuerit in mora petendi, & actionem inſtituendi. Idem ſcilicet reum non liberari docet tex. in d.l. Si cum exceptione, 14. §. Quatenus. verſ. Sin autem homo, ſed infrà in verſ. Sed & ſi non culpa. diſtinctionem adhibendam eſſe indicat, an res peritura eſſet nec ne.

Tertia eſt ſententia Bartoli in d.l. 1. C. de his quæ vi vel metus cauſſa, & in d.l. Quod te. ſi cert. pet. in obligationibus deſcendentibus ex delicto, non eſſe locum diſtinctioni huic: An res eſſet peritura, excepta actione, quod metus cauſſa, in qua locum eſſe probatur in d. §. Sed & ſi non culpa. Rationem hanc adſert, quia actio quod metus cauſſa damnum exigit. l. Sed & ſi pactus. §. 1. ff. eodem titu. Nullum autem damnum actor ſentit, quando res erat peritura, etſi metus illatus non fuiſſet.

Et quoniam huic ſententiæ videbantur obſtare verba dicti §. Sed & ſi non culpa, quibus dicitur, *tenebitur reus. ſicut in interdicto, Vnde vi, &c.* Reſpondet Bartolus, hanc ſimilitudinem non eſſe omnimodam, ſed in hoc eſſe poſitam, quia tam in actione, *quod metus cauſſa*, quàm in interdicto, *Vnde vi*, reus tenetur, licet res perierit, quando non erat peritura apud actorem. Ad eum autem caſum quo res erat peritura, penes actorem ſimilitudo non pertinet, quia reus in actione quod metus cauſſa non tenetur: At in interdicto vnde vi tenetur. Itaque Bartolus concludit ſic accipiendam eſſe hanc ſimilitudinem, quemadmodum cùm dicitur in ſacris literis: *Eſtote perfecti ſicut Pater veſter qui in cœlis eſt.*

Sed iſta nihil habent firmitatis. Primum, quia textus in d. §. Sed & ſi non culpa, in hac ipſa re, de qua agitur, æquiparat actionem, *quod metus cauſſa*, interdicto, *Vnde vi*. Quamobrem veriſimile non eſt in hoc ipſo diuerſitatem eſſe. Eſſet autem maxima diuerſitas ſecundum ſententiam Bartoli.

Deinde quia nulla diuerſitatis ratio adferri poteſt, inter actionem quod metus cauſa, & alias actiones ex maleficiis deſcendentes. Etenim in omnibus iis actionibus ratio iuſtitiæ commutatiuæ locum habet, quæ hoc exigit, vt damnum quod iniuria tua paſſus ſum, quodque mihi abeſt, culpa tua, mihi reſtituatur. Si nullum damnum verè patior, & nihil mihi abſit, conſequenter nil reſtituendum videtur.

Quartam ſententiam ego colligo ex ſcriptis Iacobi Cuiacii in l. Si ex legati 23. de verbor. oblig. & in d.l. Si cum exceptione. §. Quatenus. ff. de eo quod metus cauſa. Summa hæc eſt, has tres actiones, *de vi, de metu, de furto*, non recipere hanc diſtinctionem, an res peritura fuerit, re poſt mora perempta: Verùm re perempta ante moram, recipere. Poſt moram dicitur perempta, cùm poſt condemnationem & poſt tempora iudicati faciendi perempta eſt: Ante moram autem perempta dicitur, cùm intra tempora iudicati faciendi perempta eſt. Et tunc ait locum eſſe diſtinctioni, an res peritura fuerit, quia ſi non erat peritura, reus tenetur, ſecus ſi erat peritura, & ita accipiendum eſſe tex. in d. §. Sed & ſi non culpa.

Sed huic ſententiæ obſtat primò, quod reus ex iis cauſis, quæ ex delicto deſcẽdunt, ſemper dicitur eſſe in mora, Triphonino teſte in l. vlt. ff. de condict. fur. & in l. pen. ff. de vi & vi arm. vbi dicit, plusquam fruſtratorem eſſe ex eo tempore, quo rem abſtuli alienam.

Si reus omni tempore in mora eſſe dicitur, non video, quo pacto locũ illa diſtinctio habere poſſit, *ante moram & poſt moram*.

Deinde obſtat quod tex. in d. §. Sed & ſi nõ culpa. non pertinet ad eum caſum quo res periit, poſt condemnationem: ſed ad eum caſum quo ante condemnationem

A periit. Id patet ex ordine Iuriſconſulti Vlpiani in d.l. Si cum exceptione. §. Quatenus: nam in prima parte loquitur de re perempta poſt condemnationem intra tempora iudicati, vſque ad illa verba: *Hac poſt condemnationem.* Deinde loquitur de re perempta ante condemnationem: ſic dicens: *Sin autem homo ante ſententiam, ſine dolo malo, & culpa mortuus fuerit, tenebitur.* Poſtea interiectis quibuſdam, ſequitur §. Sed etſi non culpa, vbi illam diſtinctionem indicat; an res fuerit peritura, quæ procul dubio ad eum caſum pertinet, qui proximè relatus fuit, nimirum cùm homo mortuus eſt ante ſententiam, ſiue condemnationem.

Quid ergo concludendum in propoſito iuris articulo? Priorem ſententiam quæ textus autoritate nititur, quæ rationem ſequitur iuſtitiæ commutatiuæ, cæteris probabiliorem videri.

B
CAPVT CI.

Quid ſtatuendum ſit in aliis obligationibus, quæ non ex maleficiis deſcendunt, an debitor poſt moram re perempta ſimpliciter liberetur, an verò cum diſtinctione, an res fuerit peritura?

TRactaui hanc controuerſiam libro 2. controuerſiarum, cap. 71. ſed iuuat eam retractare nunc paulò magis accuratè: Et quæ hic dicam tanquam poſteriora prioribus meis ſcriptis præferri volo, quanquam eis non repugnabunt.

Tres ſunt præcipuæ Doctorum ſententiæ. Vna & magis communis, diſtinguendum eſſe inter actiones reales & perſonales: In realibus recipiendam eſſe hanc diſtinctionem, an res peritura fuerit. In perſonalibus non eſſe
C recipiendam, Bartolus in l. Quod te. num. 10. ff. ſi cer. petat. Rupa ibidem num. 18 Menochius de Præſump. lib. 3. Præſumpt. 138. Robertus Aurelianus lib. 1. ſenten. iuris, cap. 23.

Fundamentum eſt, quod attinet ad actiones reales, in l. Item ſi verberatum, §. vlt. ff. de rei vend. & in l. De eo. §. Si poſt. ff. ad Exhib. Quod verò attinet ad perſonales, in l. Si pecuniam. §. vlt. ff. de Cond. cauſa data, in l. Si filiusfa. §. Si poſt diuortium. ff. ſol. matr. in l. Apud Iulianum. §. 1. alias incipit l. Cùm ſeruus. §. Fructus, in fine. de leg. 1. in l. Cùm filiusfa. in principio. & in §. vlt. de verb. obl. in l. Qui decem ff. de ſolutio.

Addit Bartolus hanc rationem in actionibus perſonalibus, quia fur & moroſus æquiparantur. l. Inter ſtipulantem, §. vlt. de verb. oblig. Sed in fure non admittitur hæc diſtinctio: l. 1. C. de his quæ vi vel metus cau. l. 1. §. Rectiſſimè. l. pen. ff. de vi & vi arm. l. vlt. ff. de cond. fur. l. 2. C. eod. l. Subtracto. C. de fur. Ergo nec in debitore poſt
D moram admittenda eſt.

Addit etiam Robertus Aurelianus diuerſitatis rationem inter actiones in rem, & in perſonam; quia perſonalibus actionibus non ſimpliciter rem petimus; ſed perſonam obligatam, obſtrictamque proſequimur: ideo re perempta nõminus ſubſiſtit obligatio, quia perſona ipſa manet obligata. In realibus autem res ſimpliciter petitur: Ideo re fato perempta reus liberatur, ſi ea peritura fuerit; quia tantum actori reus præſtare tenetur, quantum haberet, ſi litis conteſtatæ tempore res ei reſtituta fuiſſet.

Secunda eſt opinio Franc. Duareni, ad l. Si ex legati. 23. de verb. oblig. tres caſus diſtinguendos eſſe. Primus eſt, cùm certum & exploratum eſt, rem de qua agitur, eodem modo perituram fuiſſe, ſi reddita eſſet actori, vt puta ſeruus erat ſenio confectus, quem quis ſe daturum promiſerat, & tunc debitor liberatur. l. Si plures. §. vlt. ff. depoſ. l. Si is qui Stichum, 57. ff. de iure dot. l. Si à domino, 39. §. Si prædio. ff. de petit. hæred.

Secundus

A Secundus caſus eſt, quando conſtat rem perituram non fuiſſe, ſi reddita fuiſſet; Perijt enim, verbi gratia, ſeruus debitus ruina, vel naufragio, tunc non liberatur debitor, l. Cùm exceptione. §. Quod ſi homo, ff. quod met. cauſa. l. De eo. §. Si poſt, ad exhib. l. Item ſi verberatum, §. Si ſeruus, ff. de rei vend.

Tertius caſus eſt, cùm dubium atque incertum eſt, an eadem modo res peritura fuerit, vt puta, quia ſeruus febri aliqua communi occubuit; & hoc caſu contra fruſtratorem interpretantur, perinde ac ſi certum eſſet interituram non fuiſſe, l. Si ex legati, 23. l. Nemo, 82. ff. de verb. oblig. l. Si in Aſia. §. vlt. ff. depoſ. l. Cùm res, 49. ff. de legatis primò, l. 1. §. Remiſſiuè, l. Meritò, ff. de vi & vi ar.

Excipiendus eſt bonæ fidei poſſeſſor, quem conſtat abſolui, ſi res naturaliter interierit ſecundum Pauli diſtinctionem, qua Proculianorum & Caſſianorum opiniones conciliat, in l. Illud. ff. de petit. hæred.

B Tertia eſt ſententia, tam actiones in rem, quàm in perſonam admittere hanc diſtinctionem, an res peritura fuerit, & hanc ſecutus ſum lib. 2. Cõtrouerſ. cap. 71. ex l. Si plures, §. 1. ff. depo. ex l. Si cùm exceptione, §. Sed etſi non culpa, ff. quod metus cau. ex l. Item ſi verberatum. §. vlt. ff. de rei vend. ex l. Si vehenda. §. Si ea conditione, ff. ad leg. Rhod. de iactu.

Ego hac in re omnibus maturè conſideratis ita reſpondendum ex Iuriſconſultorum noſtrorum reſponſis exiſtimo. Aut verſamur in petitione hæreditatis, & habemus claram deciſionem Pauli in l. Illud, 43. ff. de petitio. hæred. his verbis: *Quid enim ſi poſt litem conteſtatam mancipia, vel iumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit ſecundum verba orationis: quia potuit petitor reſtituta hæreditate ea diſtraxiſſe: & hoc iuſtum eſſe in ſpecialibus petitionibus Proculo placet: Caſſius contra ſenſit: In prædonis perſona Proculus rectè exiſtimat: C In bona fidei poſſeſſoribus Caſſius: Nec enim debet poſſeſſor aut mortalitatem præſtare, aut propter metum huius periculi temerè indefenſum ius ſuum relinquere.*

Ex hoc reſponſo Pauli habemus duo. Primùm, bonæ fidei poſſeſſorem liberari in iudicio illo petitionis hæreditatis, ob naturalem rei interitum. Secūdò, prædonem, hoc eſt, poſſeſſorem malæ fidei non liberari.

Secundò, aut verſamur in rei vēdicatione, & in ea quid ſtatuēdum ſit, Vlpiani rñſum habemus in l. Item ſi verberatum, §. vlt. ff. de rei vend. dum ait. *Sed eſt verius, ſi fortè diſtracturus erat petitor, ſi accepiſſet, morā paſſo debere præſtari. Nam ſi ei reſtituiſſet, diſtraxiſſet, & precium lucratus eſſet.* Et ſuprà dixerat: *Si ſeruus petitus, vel aliud animal demortuum ſit ſine dolo & culpa poſſeſſoris, precium non eſſe præſtandum plerique aiunt.*

Hoc reſpõſo palam eſt, poſſeſſorem liberari ob interitum rei, niſi rem diſtracturus petitor fuiſſet.

D Tertiò, aut loquimur de actione depoſiti, & eandem diſtinctionem locum ſibi vēdicare teſtimonium habemus Caij in l. Si plures, 14. §. 1. ff. depo. ita ſcribētis: *Siue autem cum ipſo apud quē res depoſita eſt, actum fuerit, ſiue cum hærede eius, & ſua natura res ante rem iudicatam intercciderit. (Veluti homo mortuus fuerit) Sabinus & Caſſius abſolui debere eum, cum quo actum eſt dixerunt; quia æquum ſit naturalem interitum ad actorem pertinere: vtique cùm interitura eſſet ea res, & ſi reſtituta eſſet actori.*

Quartò, aut loquimur de actione ex teſtamento, & quid ſtatuendum ſit indicat Vlpianus in l. Cùm res, 49. §. vlt. de leg. 1. ſic dicens: *Item ſi fundus Chaſmate perierit: Labeo ait, vtique æſtimationem non deberi, quod ita verum eſt, ſi non poſt moram factam id euenerit. Potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*

Quintò, aut loquimur de alijs contractibus, & obligationibus, & obſeruādum eſt, multa ac varia eſſe Iuriſconſultorum reſponſa, quæ decernunt ſimpliciter, & nulla diſtinctionis huius mētione facta, reum poſt A morā nõ liberari re perempta, vt l. Quod te. ff. ſi cert. pet. l. 8. ff. de re iud. l. Si ex legati, 23. l. Nemo, & 82. §. 1. & l. Cùm filiusfam. de verb. oblig. l. Electio. §. Si is quem. ff. de noxalibus act. l. Si in Aſia, 12. §. vlt. ff. depo. l. Cùm ſeruus, §. Fructus, de leg. 1. & quædam aliæ quæ nunc non occurrunt.

His legibus non negatur diſtinguendum eſſe, an res peritura fuerit apud actorem: ſed tantùm hoc continetur, actorem rei interitu poſt moram nõ liberari; quod veriſſimum & extra omnem cõtrouerſiam eſt.

Ergo non poteſt ex dictis legibus inferri aut colligi repudiandam eſſe hanc diſtinctionem: quia dictæ leges illam non reſpuunt.

Difficultas ergo eſt an & dictę leges accipiēdę ſint, cum hac diſtinctione, quæ ex alijs legibus colligitur: & nihil proponi video, cur non debeant admittere eandem diſtinctionem, quia leges priores ad poſte- B riores trahi debent, & contra poſteriores ad priores, l. Non eſt nouum, cum duabus legibus ſequentibus, ff. de legibus.

Quare ſententiam poſtremo loco relatam, quam & alias amplexus ſum, nunc quoque amplector, nimirum tam in actionibus, in rem quàm in perſonam admittendam eſſe hanc diſtinctionem, an res peritura fuerit: quàm ſententiam ſecutus eſt etiam Cuiacius in d. l. Si ex legati cauſſa, 23. de verb. oblig. Itaque ſi res nõ fuiſſet peritura, quia petitor eam diſtraxiſſet, reus non liberabitur interitu rei; ſi verò non diſtraxiſſet, & ideo peritura fuiſſet, etſi reddita fuiſſet actori, liberabitur, atque accipio ſuprà dictas leges, & totam hanc materiam & diſputationem.

Et hanc ſententiam nunc confirmo, quia ſiue de in rem actionibus agatur, ſiue in perſonam, ita iure conſtitutum eſt, vt actori tantùm debeatur, quantum habiturus eſſet, ſi poſt litem conteſtatam res ſoluta vel C reſtituta fuiſſet, l. Cùm fundus, 31. ff. ſi certum peta, l. Et ex diuerſo. §. 1. in fi. l. Si hominem, ff. de rei vend, Sed nihil petitor habuiſſet, ſi res peritura fuiſſet; & nõ potuiſſet eam diſtrahere: Contra, ſi potuiſſet eam diſtrahere, precium lucraturus eſſet; Ergo priore caſu reus liberatur. Poſteriore caſu non liberatur.

Ad argumenta Bartoli & aliorum, quibus probare conantur in actionibus perſonalibus non eſſe admittendam hanc diſtinctionem; reſpondeo, quod attinet ad l. Si pecuniam, §. vlt. ff. de cond. cau. data, hanc diſtinctionem ibi non reijci, in debitore poſt moram, quantum ad hunc effectum, vt rem præſtare teneatur, ſed quoad alium effectum, nempe vt reſtituat id quod accepit ea lege, vt ſeruum manumitteret; qui poſt moram eius mortuus eſt. Nam iure per eum factum ſit, vt ſeruus non manumitteretur, lucrari non debet, quod ob eam cauſſam accepit. Verba tex. hæc D ſunt: *Sed vbi accepit, vt manumitteret; Deinde ſeruus deceſſerit: Siquidem moram fecit manumiſſioni: conſequēs eſt, vt dicamus refundere eum debere, quod accepit.*

Ad l. Si filiofam. §. Si poſt diuortium, ff. ſol. matrim. reſpondeo, ad rem non pertinere, verba hæc ſunt: *Si poſt diuortium res dotales deteriores factæ ſint, & vir in reddenda dote moram fecerit, omnimodo detrimentum ipſe præſtabit.*

Hic non agitur de naturali rei interitu, nec reijcitur diſtinctio noſtra, an res eſſet peritura.

Ad l. Cùm ſeruus, §. fructus, de leg. 1. reſpondeo, non excludere hanc diſtinctionem, verba hæc ſunt: *Ipſius quoque rei interitum poſt moram dabit, ſicut & in ſtipulatione, ſi poſt moram res interierit, æſtimatio eius præſtatur.*

Eadem reſponſio accommodatur ad l. Cùm filiusfam. 49. de verb. oblig. Ait lex. *Si pater in mora fuit, non tenebitur filius. ſed actio in patrem danda erit*, &c. Nulla mentio huius diſtinctionis eſt, quæ eā adſtruat, vel deſtruat.

Quod

Qnod attinet ad argumentum illud, fur & moroſus æquiparantur; Ergo in debitore moroſo non eſt adhibenda diſtinctio, quia in fure non adhibetur, id negatur. Nam & in fure adhibendam eſſe probatur ex ijs, quæ dicta ſunt capite præcedenti.

Huc accedit illam æquiparationem furis, & debitoris moroſi, non eſſe perpetuam neque generalem, ſed pertinere ad hunc caſum tantùm, quo res perijt, nam ſicut fur non liberatur interitu rei, ita nec debitor qui eſt in mora: Ita loquitur tex. in d.l. Inter ſtipulantem, §. pen. de verb. obl. quod nos non negamus, ſed id fatemur verũ eſſe cum diſtinctione, an res peritura fuerit.

Ad rationem Roberti reſpondeo; etſi perſona obligata ſit, æquitatis tamen rationem hoc exigere; vt re perempta, quæ vtiq; peritura fuiſſet: etſi reſtituta fuiſſet, debitor liberetur, vt in l. Si plures. §. vlt. ff. depo. Et ratio illa, quam in actionibus realibus ipſe conſiderat, ſcilicet ſufficere, vt actor tantùm conſequatur, quantum eſſet habiturus, ſi litis conteſtatæ tempore res reſtituta fuiſſet, æquè militat in actionibus perſonalibus, in quibus idem iuris eſſe indicat, l. Cùm fundus, ff. ſi cert. peta. Quod verò dicebar in actionibus perſonalibus nos non rem petere, cõfutari poteſt ex §. Rei perſequendæ, Inſtit. de actio. vbi Imperator: *Earum verò actionum quæ in perſonam ſunt, ea quidem quæ ex contractu naſcuntur, ferè omnes rei perſequendæ gratia comparatæ videntur*. Ratio eſt, quia contra perſonam agimus, in ordine ad rem, id eſt, vt rem nobis debitam conſequamur.

Vnus reſtare videtur ſcrupulus contra hanc ſententiam noſtram ex l. de eo, §. Si poſt iudiciũ, ff. ad exhib. in illis verbis: *Tantò magis ſi apparebit, eo caſu mortuũ eſſe; qui non incidiſſet, ſi bona exhibitus fuiſſet*: quia dictio, *Tantò magis*, indicare videtur idem eſſe, ſi appareat eodem modo rem perituram fuiſſe.

Sed eo nos liberauit Bellonus, lib. 4. Supputationũ, cap. 8. perpendẽs alia verba dicti, §. *Tamen interdum tanti damnandus eſt, quanti actoris intererat per eum nõ eſſe effectum, quò minus tunc cùm iudicium acciperet, homo exhiberetur*. Senſus eſt, aliquando debitorem condemnari, & quando condemnatur; tantò magis procedere condemnationẽ, ſi appareat eo caſu mortuum eſſe, qui non incidiſſet, ſi tunc exhibitus fuiſſet.

Quid autem ſit dicendum, id eſt, an cõdemnandus ſit reus, ſi ſeruus moriturus fuiſſet, licet exhibitus fuiſſet; non decidit ibi Iuriſconſultus: ſed decidenda hæc quæſtio eſt ex l. Item ſi verberatum, §. vlt. ff. de rei nimirum hoc in caſu reum liberari, niſi petitor eum diſtracturus fuiſſet.

CAPVT CII.

Iuramentum metu extortum an obliget?

QVatuor hac de re Doctorum ſententias animaduerti, quas vbi fideliter retulero, tũ quid ipſe ſentiã paucis indicabò.

Prima, eſt iuramentũ metu extortum nullius eſſe momenti, reddere actum ſuper quo interponitur nullum, & à tali iuramẽto non eſſe abſolutionem neceſſariam, Thomas Grammaticus, conſi. 91. nu. 4. Corneus conſi. 11. col. 6. lib. 3. Gratus reſponſo 71. lib. 1.

Fundamentum eſt primò in Auth. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend. vbi Imperator Fridericus ait: *Sacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis inuiolabiliter cuſtodiantur. Per vim autem, vel per iuſtum metũ extorta etiam à maioribus (maximè ne querimoniam maleficiorũ commiſſorum faciant) nullius eſſe momenti iubemus.* Secundò, quia tale iuramentum metu extortum proculdubio eſt contra bonos mores, Ergo non eſt obligatorium, c. Non eſt obligatorium, de reg. iur. lib. 6. Tertiò, quia dicit S. Pontifex in c. Cùm contingat, de iureiur. & in cap. Quamuis, de pactis, lib. 6. ſeruãda eſſe iuramenta, quæ non vi dolo extorta ſunt, neq; vergunt in diſpendium ſalutis æternæ, aut in alterius præiudicium, Ergo iuramenta vi extorta (à contrario ſenſu) ſeruare nemo cogendus erit.

Secunda eſt opinio, quæ verſatur in altero extremo, iuramentum etiam metu extortum obligare donec abſolutio fuerit impetrata. Hãc eſſe communem Doctorum ſententiam teſtimonijs allatis Conartu. in Epitome, de ſponſalibus, parte 2. cap. 3. §. 5. nu. 2. & Seraphinus Senenſis, de Priuilegijs iuramenti, Priuilegio 110.

Fundamentum eſt in c. Si verò, & in c. Verùm, de iureiu. vbi S. Pontifex reſpondit, loquens de iuramento vi extorto, & per metum grauiſſimũ, *non eſſe tutum in quemlibet contra iuramentum ſuum venire, niſi tale ſit quod ſeruatum vergat in interitum ſalutis æternæ*. Et poſtea ſubdit, S. Pontifices ſolitos eſſe abſoluere à tali iuramento: Ex quibus infertur tale iuramentum obligare, quia ſi non obligaret, abſolutione opus non eſſet.

Ad argumenta prioris ſententiæ reſpondent, illa ſic eſſe accipienda, vt probent, iuramentum effectu non obligare, ſi per vim vel metum fuerit extortum, quia ſcilicet iurans à tali iuramento abſoluendus eſt, ſed antequã abſoluatur, tenetur iuramẽtum ſeruare.

Tertia eſt ſententia, quaſi media, diſtinguẽdum eſſe inter contractus à legibus reprobatos, & alios contractus qui valent, & legibus approbati ſunt. Si iuramentum per vim & metum fuerit extortum in contractibus, qui legibus ſunt reprobati, nullius momenti eſſe, nec iurantem eo obſtringi, & ita accipiendum eſſe S. Pontificis reſcriptum in c. Cùm contingat. de iureiu. & in cap. Quamuis, de pactis, lib. 6. & Imperatoris Frid. conſtitutionem in d. Authent. Sacramenta puberum, quia loquuntur de contractib. reprobatis, vt ex eis patet. Si verò extortum vi metuve iuramentum fuerit in contractibus validis & approbatis, tunc iurantem obſtringi, & abſolutionem neceſſariam eſſe, & ita accipiendum, c. Verum, & c. Si verò, de iureiur. ita Panorm. in c. Cùm contingat, de iureiur. & ibi Alciatus in 3. not. nec nõ Felynus in cap. 2. de iureiur. & multi alij quos commemorat Seraphinus d. Priuilegio 110. num. 7. 8. & ſeqq.

Quarta & poſtrema ſententia eſt eadem quidem cum ſecunda ſuperiùs relata, ſed meliùs ac dilucidius rem enarrans, diſtinguendum eſſe inter forum internum, ſcilicet conſcientiæ, & forum externum, in quo nos verſamur ſub Magiſtratus Imperio & Iuriſdictione Iuramentum metu & vi extortum obligare in foro conſcientiæ, at in foro externo non obligare, ita S. Thomas & Caietanus 22. q. 89. art. 7. Reuerend. Pater Gregorius de Valentia, *noſtrum decus*, in 3. tomo, diſput. 6. q. 7. puncto 4.

Et hæc mihi veriſſima videtur, tum quia iuri & rationi conſentanea eſt, tum quia per eam conciliantur omnia iura, quæ prima fronte inuicem pugnare videntur, necnon & Doctorum diſcrepantes ſententiæ.

Præclarè enim D. T. Thomas: *In iuramento*, inquit, *quod quis coactus fecit, duplex eſt obligatio, vna quidem qua obligatur homini, cui aliquid promittit: & talis obligatio tollitur per coactionem, quia ille qui vim intulit hoc meretur, vt ei promiſſum non ſeruetur. Alia autem eſt obligatio quia quis Deo obligatur, vt impleat quod per nomen eius promiſit, & talis obligatio non tollitur in foro conſcientiæ, quia magis debet temporale damnum ſuſtinere, quam iuramentum violare*, &c.

Hinc iura, vt dixi, conciliantur. Nam S. Pontifex, in c. Verùm, & in c. Si verò, de iureiu. apertè loquitur

de

de obligatione iuramenti quoad Deum, vt patet ex illis verbis: *Tutum non eſt quemlibet contra iuramentum ſuum venire.* Et rurſus: *Ne autores periurij videamur,* &c. Et rurſus ibi: *Non eis ita expreſſe dicatur, vt iuramenta non ſeruent, ſed ſi ea non attenderint, non ob hoc ſunt tanquam pro mortali crimine puniendi.*

Quod autem Fridericus Imperator ſtatuit in dicta Auth. Sacramenta puberum, & quod S. Pontifex reſpondit in d.c. Cùm contingat. & d.c. Quamuis, iuramenta vi extorta non obligare, & nullius eſſe momenti, ad forum externum rectè applicari poteſt, quia iurans habet exceptionem iuſtam, qua ſe defendat ex hoc edicto, *quod vi aut metus cauſſa,* ne promiſſa ſeruare teneatur, l.1. toto tit. ff. de eo quod met. cau.

Denique conciliantur diſcrepantes Doctorum ſententiæ. Nam prima, quæ negat iurantem obligari, accipienda erit in foro externo. Secunda, quæ affirmat obligari, accipiẽda erit cum hac diſtinctione, ſcilicet quoad Deum & forum conſcientiæ, non autem quoad forum externum. Tertia denique diſtinguens inter contractus approbatos & reprobatos, non incommodè, hanc diſtinctionem inter forum internum & externum admittet.

CAPVT CIII.

Vtrum Eccleſia in integrum reſtituatur aduerſus præſcriptionem 40. annorum.

IN controuerſia poſitum eſt, an Eccleſia in integrum reſtitutioné petere aduerſus 40. annorum præſcriptionem poſſit. Et multis placuit non poſſe, quos refert & ſequitur Socinus ſenior in conſ. 266. num. 23. lib. 2.

Fundamentum eſt, quia nullus ex toto Iure Canonico vel ciuili locus extat, vbi probetur huiuſmodi reſtitutionem Eccleſiæ competere: ſed contrà multa iuris loca proferri poſſunt, quibus conſtitutum, & diſertè cautum eſt, quadraginta annorum præſcriptionem Eccleſiæ nocere, c. De quarta, c. Vigilanti, Quia indicante, de præſcript. & alibi, quod & Iuſtinianus conſtituit Nouella 111. ſiue in Auth. Hæc conſtitutio innouat. conſtit. &c.

Huc accedit, quia nunquam præſcriptio noceret Eccleſię, nam ſemper in integrum reſtitueretur, quod videtur eſſe abſurdum. In minore autẽ abſurdũ non eſt, vt reſtituatur, quoniam aliquando maior fit, & poſt lapſum quadriennij excluditur, l. vlt. C. de tempor. in integ. reſtit. Denique præſcriptio longiſſ. temporis planiſſimam ſecuritatem parit, l. omnes, C. de præſcript. 30. ann. ergò reſtitui aduerſus eam nemo poteſt.

D Sed contraria ſententia & communior eſt, & probabilior. Communiorem eſſe palam eſt, ex ijs, quę tradit doctiſſimus Sfortia Oddus de reſtit. in integrum, parte 2. quæſt. 89. art. 5. Veriorem autem eſſe cõſtat: Nam fundamentum eius eſt, quia Eccleſia vtitur iure minoris, cap. 1. de in integ. reſtit. Minorem autem reſtitui aduerſus præſcriptionem 30. vel 40. annorum, hoc argumento demonſtrari poteſt. Minor olim reſtituebatur aduerſus præſcriptionem lõgi temporis, l. Vnica, C. ſi aduerſus vſucap. Imperator autem Iuſtinianus ſtatuit eã non currere, in l. vlt. C. In quib. cauſ. in integr. reſt. non eſt neceſſar. Idem ſtatuit longiſſimi temporis præſcriptionem minoribus nocere, l. Sicut, C. de præſcript. 30. vel 40. annor. Ergò aduerſus præſcriptionem longiſſimi temporis competit minoribus in integrum reſtitutio. Probatur: quia eadem eſt ratio, quæ in præſcriptione longi temporis. Aduerſus eã minor reſtituebatur, quia læſus erat ex imprudentia & lubrico ætatis. Eadem ratio eſt in præſcriptione

A longiſſimi temporis, vt ſimiliter minori ſuccurratur per ætatis lubricum & imprudentiam læſo.

Confirmari poteſt hæc ſententia ex Clem. 1. de in integ. reſtit. vbi S. Pontifex ſcribit. *Ab Eccleſia aduerſus lapſum temporis, in quo ſe læſam affirmat, reſtitutio peti poteſt.*

Item ex eo, quod datur reſtitutio in integrum Eccleſiæ, aduerſus contractus geſtos, ex quibus læſa eſt, cap. 1. eodem tit. ergo nulla eſt ratio, cur non detur & aduerſus præſcriptionem temporis, quia magis nocere debet contractus ſponte initus, quàm temporis lapſus abſque vllo conſenſu Eccleſiæ.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, licet iure conſtitutum expreſsè non ſit, Eccleſiam reſtituendam aduerſus præſcriptionem iſtam tacitè tamen cõſtitutum dici poteſt, cùm iuris vtriuſque rationibus conſentaneum ſit.

B Ad ſecundum, nego Eccleſiæ præſcriptionem nunquam nocituram? Nam intra quadriennium in integrum reſtitutio peti debet, cap. 1. de in integ. reſtit. lib. 6. quare quadriennio elapſo non auditur.

Ad tertium reſpondeo, quadraginta annorum præſcriptionem pleniſſimam ſecuritaté parere; quia nocet ipſo iure: niſi reſtitutio in integrum detur. Non poteſt inde colligi reſtitutionem non eſſe concedendam, nam ſic nemini, & nullo vnquam caſu eſſet concedenda, ſi pleniſſima ſecuritas ſic accipienda eſſet, vt in integrum reſtitutionem excluderet; quod abſurdum eſt.

CAPVT CIV.

Vtrum minor 25. annis aduerſus contumaciam reſtitutus expenſas reſtituere aduerſario teneatur?

C MInor etiam ſi quaſi contumax condẽnatus ſit, in integrũ reſtitutionis auxilium implorabit, inquit Hermogenianus, in l. 9. ff. de minorib. Sed an ſumptus aduerſario refundere teneatur, iuxta l. Sãcimus, C. de iudicijs, non eſt eadé omnium ſententia; Nã Bart. in l. ſi finita, §. Si fortè, ff. de dã. inf. videtur velle ſumptus reſtituẽdos eſſe: quem refert & ſequitur Iaſon in d.l. Sãcimus, num. 7. Idem expreſsè Hoſtienſis docet, in Summa, de in integrum reſtit. §. vlt. circa finem. Idem decidit Capella Tholoſana deciſio. 329. & hanc ſententiam ſeruari in Parlamento Burdegalenſi, teſtatur Boetius deciſione 63. numero 6. & 33.

Contrarium docet Alexander, ad d.l. ſi finita, §. Iulianus, num. 84. ff. de dam. inf. Natta conſi. 17. num. 6. Sfortia Oddus, de reſtit. in integrum, parte 2. q. 67. ar. 2. nu. 330. Anton. Teſſaurus deciſ. 9. num. 6.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia cõtumax in dolo eſſe videtur, l. Nõ videtur dolo carere, de reg. iuris. Minori autem non ſuccurritur in delictis, l. ſi ex cauſſa, §. Nunc videndum, ff. de minorib.

Sed illud nihil eſt, quia eſt dolus præſumptus, non autem verus, qui ex delicto oritur. Conſtat autem minoribus ſuccurri in dolo præſumpto, l. 1. §. vl. ff. de minor. Et probatur in d. §. Nunc videndum, vbi minori ſuccurritur neganti, ut pro confeſſo habeatur in actione ex lege Aquilia.

Secundò, quia beneficium in integrum reſtitutionis, non debet eſſe fraudi aduerſario, arg. l. Nec auus, C. de emanc. liber. C. de his qui ueniam ætat. impetr. Eſſet autem fraudi, ſi non cogeretur minor impenſas reſtituere.

Tertiò, nam in l. Intra utile, §. ult. ff. de minor. probatur, ſumptus in rem factos, reſtituendos eſſe à minore in integrum reſtituto.

Sed reſponderi poteſt, hæc eſſe diſſimilia, quia ſum

ptus iudiciales non ſunt in rem facti, atque adeò non cedunt in vtilitatem minoris, ſicut ſumptus vtiles vel neceſſarij, quibus res precioſior facta eſt, vel conſeruata.

Poſterioris ſententiæ fundamentum eſt. Primò, quia reſtitutio eſt in priſtinũ ſtatum repoſitio, l. Quod ſi minor, §. Reſtitutio, ff. de minor. Si minor ſumptus refundat, non videtur in priſtino ſtatu.

Sed reſponderi poteſt, ſatis eſſe, ſi ſit in priſtino ſtatu, quãtum ad rem principalem, hoc eſt, vt audiatur, contumacia non obſtante, & aduerſus ſententiam & decretum reſtituatur: Alioqui hoc argumentum militaret etiam in ſumptibus in rem factis.

Secundò, quia ſi minor deberet impenſas aduerſario reſtituere, nihil plus haberet, quam quiſquam alius etiam maior 25. annis. Conſtat enim quemlibet contumacem refectis expenſis audiri, l. Sancimus, C. de iudic.

Reſpondet Hoſtienſis, loco ſuperiùs annotato, hoc amplius minori conceſſum, vt aduerſus primùm decretum reſtituatur, etiam poſt annum, quod alijs non conceditur.

Replicat D. Oddus poſt annum non agi de primo decreto, ſed de ſecundo, & ideo hoc nihil eſſe.

Sed bona doctiſſimi Iuriſconſulti venia, multum eſt hoc, quod Hoſtiẽſis dicit. Facit enim in integrum reſtitutio, vt minore poſt annum in integrum reſtituto, ad ſecundum decretum perueniri non poſſit: Et conſequenter aliquid plus tributum eſt minori, quàm maiori.

Tertiò, quia expenſæ ſunt acceſſoriæ rei principalis, l. Terminatur, C. de fruct. & lit. expen. ergò minor in integrum reſtitutus, quoad rem principalem, videtur etiam in conſequentiam reſtitutus, quoad litis impenſas.

Sed nihil aliud dicit illa lex, quàm ſi terminata ſit cauſſa principalis, non poſſe eam ſuſcitari quoad expenſas, niſi ſtatim eodem die partibus cominus auditis Iudex condemnauerit in expenſis alterum ex litigatoribus, iuxta l. Paulus, 42. ff. de re iudic.

Et in terminis noſtris aliam eſſe naturam rei principalis quàm fructuum, patet; quia contumax auditur quoad rem principalem, ſed refectis impenſis, d. l. Sancimus.

Quartò, quia ſecundùm Nattam ſi minor teneretur ſumptus reſtituere, eſſet in damno, & ſæpius deſiſteret à petitione in integrum reſtitutionis.

Reſponderi poteſt, nõ eſſe id probabile, quia cauſſa principalis plerunque maioris momenti eſt quàm impenſarum iactura.

Et licet minor damnum ſentiat, tamen id videtur æquius, quàm vt aduerſarius illud ſentiat, cùm ille nihil peccauerit, ſed diligenter omnia fecerit ſecũdùm legis formam, conueniendo minorem, & minor contumax fuerit.

Ego ſanè re maturè conſiderata, exiſtimo, ſumptus eſſe reſtituendos à minore quia eſſet id valdè iniquũ, vt qui minorem in iudicio rectè & ritè conuenerat, propter eius contumaciam ſumptus perdere, & iacturam ſine culpa ſua ex contumacia alterius facere debeat.

Daretur inſuper occaſio minoribus eludendi iudicij, & abutendi hoc beneficio in integrum reſtitutionis, in fraudem alterius. Nimirum, non comparendo, vt aduerſarius ſumptibus fatigaretur, & poſtea in integrum ſe reſtitui poſtularent, ſcientes ſe reſtitutum iri ſine omni expenſa, & damno. Hoc autem tolerandum non eſt in iudicijs, vbi ſumma æquitas, & æqualitas ſeruari debet, nec quiſpiam decipi.

Mouet me præterea illud argumentum, quia beneficium vni conceſſum, non debet alteri nocere. Hic autem noceret, quia ſumptuum iacturam faceret aduerſarius minoris, & quidem ſine culpa ſua.

Reſpondet Natta, aliquando id accidere, vt minor in integrum reſtituatur cum alterius damno & iactura, ſicut patet ex eo quod ſcribit Abbas, in c. 1. de in integr. reſtit. ſi quis fecerit expenſas in rem minoris. Nam reſtitutione in integrum conceſſa, non omnes expenſæ ſunt reſtituendæ, ſed illæ, ob quas fundus melior effectum eſt.

Reſponſio hęc nullius eſt momenti: quia hoc regulariter ita conſtitutum eſt, vt non habeatur ratio eius, quod impenſum eſt, ſed eius, in quo melior fundus redditus eſt, l. In fundo, ff. de rei vind. Quare minor non videtur lædi hoc in caſu, cùm iure communi vtatur, l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor.

CAPVT CV.

Excuſſio debitoris principalis an requiratur antequam hypothecaria contra poſſeſſores agatur, quando res ſpecialiter ſunt hypothecæ ſuppoſita?

CONſtat ex Nouella 4. tit. de fideiuſſoribus & mãdato. §. Sed neq; hypothecariã exerceri non poſſe contra poſſeſſorẽs, niſi prius excuſſo principali debitore. Sed objicit qđ Iuſtinianus ſcribit in Nouella 112. tit. de litigioſis: *Ab hoc aũt*, inquit, *litigioſi vocabulo hypothecas ſeparari decernimus; & in his hanc diſtinctionem tenere, vt ſi quidem ſpeciales res mobiles vel immobiles, aut ſe mouentes, nominatim fuerint hypotheca ſuppoſita, liceat quidem debitori eas quando & cui voluerit vendere, ſic tamen, vt ex precio earum vſque ad debiti quantitatem ſatisfaciat creditori: Si autem hoc debitor non fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam ſuppoſitam habet, eandem rem vindicare, donec ei ſatis pro debito fiat.*

Hic videtur Imperator tribuere creditori poteſtatem rectè vindicãdi res ſpecialiter hypothecæ ſuppoſitas: Ergò vbi res ſpecialiter creditori obligatę ſunt, is nulla principalis debitoris facta excuſſione, eas vindicare actione hypothecaria poterit. Atq; ita reiectis Irnerij & aliorum interpretationibus, ſenſiſſe videtur Accurſius in d. Nouella 4. de Fideiuſſor. §. Sed neque; & hanc ſententiam latè defendit Antoninus Teſaurus deciſ. 51.

Sed mihi non placet. Primò, quia generalis eſt Iuſtiniani Conſtitutio in d. §. Sed neque, negans creditori actionem hypothecariam ante debitoris excuſſionem. Generalis inquam eſt, & abſq; vlla diſtinctione complectens omnem hypothecam, tam expreſſam quàm tacitam, tam generalem, quàm ſpecialem.

Secundò, quia eadem eſt ratio inter generalem & ſpecialem hypothecam, quia generalis hypotheca omnia bona continet.

Tertiò, quia ſi hoc erat diſcrimen adhibendum inter res generaliter, & ſpecialiter hypothecæ ſubiectas, non potuit Imperator ſine reprehenſionis nota id omittere: quod tamen omiſit. Nec enim id expreſſit in aliqua ex dictis Nouellis.

Quartò, (quod caput eſt) quia non eſt hic ſenſus Nouellæ de litigioſis, creditorem poſſe res vindicare ſpecialiter obligatas debitore nõ excuſſo; ſed hæc eſt ſententia Imperatoris: Si creditor debitorem conuenerit, qui ei res obligauerat, & is pendente lite res nominatim obligatas alienauerit, non incidere in pœnam alienantis res litigioſas, immò licere ei res vendere; ita tamen, vt ex precio earum creditori ſuo ſatisfaciat. Niſi ſatisfecerit, dat Imperator licentiam creditori res alienatas vindicandi.

Ita hanc rectè explicauit Cuiacius in expoſitione d. Nouellæ 4. tit. de fideiuſſor. cum dixit, non aduerſari Nouellam 112. quia in ſpeciẽ d. Nouellæ, *creditor*

egit

egit prius perſonali, lite autem pendente à debitore pignus venditum fuiſſe, quare ei licere etiam cum emptore experiri hypothecaria.

Non explicauit Cuiacius cur dicta Nouella 112. loquatur de hac facti ſpecie, quando ſcilicet creditor prius egit cum debitore, & is lite pendente rem vendidit, nec vllum eſt hac de re verbum in d. §. Ab hoc, ſed veriſſimum tamen & certiſſimum eſt: Nam Imperator ibi dicit, hypothecas ſeparari à vitio litigioſi, quod nihil aliud eſt, quàm rem litigioſam nõ eſſe eam quæ hypothecæ ſuppoſita eſt, licet lis in iudicio pendeat inter debitorem & creditorem. Conſequenter debitorem, qui res nominatim obligauit, eas vendere poſſe, ſcilicet etiam lite pendente. Si enim nulla lis penderet, inepta eſſet quæſtio & dubitatio circa litigioſi vitium, quia vitium litigioſi contrahitur, cùm res alienatur lite pendente, vt in initio d. Nouellæ habetur. Verùm lis debet eſſe de dominio rei, non autem de hypotheca, quare nihil prohibet, quin debitor vendere poſſit res obligatas, etiam lite pendente: Ita tamen, vt creditori ſatisfaciat. Niſi creditori ſatisfecerit, is licentiam habet hypothecaria agendi cum emptore, & res vindicandi.

Hic eſt verus ſenſus d. §. Ab hoc, ex quo perſpicuum eſt non repugnare §. Sed neque. Nouella 4. tit. de fideiuſſor. quia non hoc vult, vt creditor omiſſo debitore conuenire poſſit poſſeſſorem rerum obligatarum actione hypothecaria, ſed vt tunc creditor licentiam habeat hypothecaria agendi cum poſſeſſore, quando prius cum debitore egit, & is lite pendente rem vendidit, nec ei ſatisfecit ex precio. Ideo Imperator ait: *Damus licentiam creditori, qui rem venditam ſuppoſitam habet eam vindicare*, ſcilicet in hoc ſpeciali caſu. Sciebat enim non poſſe res vindicari à creditore, niſi prius excuſſo debitore ſecundùm Nouellam 4. §. Sed neque. Sed hoc in caſu dat licentiam in odium debitoris, qui pẽdẽte lite ſuper actione ipſa perſonali & hypothecaria, rem alienauit, neque ex precio eius, creditori ſuo, vti debuerat, ſatisfecit.

CAPVT CVI.

Ad l. Cum quis, C. de iuris & facti ignorant.

D*iocletianus. Cùm quis ius ignorans, indebitam pecuniam ſoluerit, ceſſat repetitio.* l. 10. C. de iuris & facti ignor. Mouet hic dubitationem, quod Papinianus ſcribit in l. 7. ff. eodem tit. iuris ignorantiam non nocere ſuum petentibus. & rurſus in l. 8. eodem tit. Iuris errorem omnibus in damno amiſſionis rei ſuæ non nocere. Nam ſi non nocet iuris ignorantia ijs, qui non de lucro faciendo certant, ſed de damno vitando; videtur dicendum ei, qui indebitum ſoluerit, ex iuris ignorantia repetitionem competere, ne damnum incurrat amiſſionis rei ſuæ, hoc eſt, pecuniæ indebitæ ſolutæ.

Veteres omnes ferè poſt Accurſium, exploſa Vltramontanorum ſententia, ita rem hanc explicant, vt concludant, hanc Conſtitutionem accipiendam non eſſe de omni indebito ſoluto ex iuris ignorantia, ſed de indebito ciuiliter, debito autẽ naturaliter. Si enim quis ſoluat id, quod naturaliter debet, ciuiliter autem non debet, ex iuris ignoratione repetere id nõ poteſt. Exemplum eſt in l. pen. ff. eod. tit. & in l. 1. & l. error. C. ad legem Falcid. Cæterùm, ſi nec ciuiliter nec naturaliter ſit debitor, & ſoluerit, repetere id poteſt, ne damnum ſentiat amiſſionis pecuniæ ſuæ cõtra ſententiam Papiniani.

Atque hæc ſentẽtia & interpretatio aliquando mihi placuit, nunc re melius perpenſa valde diſplicet, &

A omninò ſic ſtatuo, indebitum per errorem iuris ſolutum, repeti non poſſe, licet omni iure indebitum ſit, hoc eſt, tam ciuili, quàm naturali iure; Et hanc eſſe huius Conſtitutionis ſententiam, affirmare non dubito. Excipio autem mulierem ſoluentem ex iuris ignorantia. quia repetitionem habet, ex l. Quamuis, C. ad Velleian.

Hanc ſententiam ijs argumentis confirmo. Primùm, quia Conſtitutio hæc non diſtinguit inter debitum ciuile, vel naturale, nec vlla alia eſt lex, quæ hanc diſtinctionem poſuerit, aut quoquomodo indicauerit.

Secundò, quia cùm quis per ignorantiam facti ſoluit indebitum ciuiliter, naturaliter autem debitum, repetitionem non habet, l. Naturaliter, ff. de cond. indeb. Ergo nullum diſcrimen erit inter iuris & facti ignorantiam, contra mentem Imperatorum in hac le-B ge; quia apertè ſtatuunt, cùm quis per iuris ignorantiam indebitum ſoluit, repetitionẽ habere. Per ignorantiam autem facti ſolutum repeti poſſe.

Tertiò, quia nullo iure debitum fuit, quod ex cauſa donationis ſolutum fuit à Meuio debitore & tamen repeti non poteſt in caſu l. Cùm pater, §. Mæuio; de legatis 2. vbi Gloſſ. & Doctores dicunt, ob ſtultitiam debitoris, donatarium lucrari, id eſt, ob ignorantiam iuris.

Quartò, quia fideiuſſor inutiliter obligatus, ſi ſoluat ex iuris ignorantia, non repetit, l. Si fideiuſſor, §. Non male, ff. mand. Et cùm inutiliter obligatus eſt, ſine dubio fieri poteſt, vt neque naturaliter, neque ciuiliter teneatur.

Quintò, ex l. ſecunda, ff. de Confeſſis, vbi dicitur, non fateri eum qui errauit, niſi ius ignorauit. Ergo confeſſio per errorem iuris facta, confitenti præiudicat. Ergò ſi quis per errorem, ſiue ignorantiam C iuris, debitum confiteatur, pro iudicato habebitur, l. prima, ff. eodem, nec ergo repetet ſolutum, & tamen fieri poteſt, vt nec ciuiliter, neque naturaliter deberet.

Sextò, ex l. prima, ff. Vt in poſſeſſ. legat. vbi I.C. ait, Si ex iuris ignorantia hæres cautionem præterierit, *benignè ſatiſdationem condici poſſe*. Hæres ibi, nec ciuiliter, nec naturaliter obligatus erat ad ſatiſdationem præſtandam, ergo ipſo iure debuiſſet eam poſſe condicere, tanquam omni iure indebitam, ſi vera eſſet communis ſententia & interpretatio huius legis. Sed quoniam cùm quis indebitum ſoluit per iuris ignorantiam, ceſſat repetitio, ideo Vlpianus ſcribit: *Adhuc tamen benignè quis dixerit, ſatiſdationem condici poſſe*; Ergo in illo ſpeciali caſu ex quadam benignitate & æquitate indebita ſatiſdatio condici poteſt, quia hæres condicendo ſatiſdationem non multùm lucratur, D Conſequenter in alijs caſibus regula eſt in cõtrarium, vt nimirum indebitum etiam omni iure, tam ciuili, quàm naturali, ſolutum per iuris ignorantiam repeti non poſſit.

Septimò, quia quod Papinianus ſcribit in dicta l. 7. & 8. ff. eodem titulo, iuris ignorantiam non nocere ſuum petentibus, &c. non pertinet ad hanc facti ſpeciem, cùm quis indebitum ſoluit per errorem iuris, alioqui enim pugnaret cum l. 10. C. eodem tit. ſed pertinet ad l. Qui fideicommiſſum, ff. de legat. 2. & ſimiles caſus, quibus reſponſum eſt, iuris ignorantiam non nocere, proſequentibus ius ſuum.

Nec ſolus ſum in hac ſententia, ſocios habeo Duarenum, ad tit. ff. de cond. indeb. cap. 3. & Cuiacium ad lib. 19. Reſponſorum Papiniani, dum tractat locum illum Papiniani, qui habetur in dicta l. 7. ff. de iuris & facti ignor.

CAPVT CVII.

A

Iuris ignorantia ſitne latæ culpæ adſcribenda?

IVris ignorantiam latam culpam eſſe docuit Bartolus, in l.Quod Nerua,nu.19. ff,depoſ. & idem docuerut antiqui Doctores complures, vt videre licet ex Menochio,de Præſumpt.lib.6.Præſumptio.23.num.11.

Primùm argumentum eſt ex l.Regula. §.pen. ff.de iuris & facti ignor.in illis verbis; *Sciant ignorantiam facti non iuris prodeſſe, nec ſtultis ſolere ſuccurri, ſed errantibus.*

Secundùm eſt ex l.Liberorum,§.Notãtur,ff.de his qui notan.infam. ibi: *Ignorantia enim excuſat non iuris,ſed facti*, Si nõ excuſat, ergo latam culpam admixtam habet.

B Tertium argumẽtum eſt, quia leges debent ab omnibus ſciri, l.leges ſacratiſſ. C.de leg.Nec permiſſum eſt eas ignorare,l.Conſtitutiones,C.eod.

Poſtremũ argumentum eſt, quia lata culpa eſt,non intelligere id quod omnes intelligũt,l.Latæ,ff.de verbor.ſignif. Sed leges ab omnibus intelliguntur, quia publicantur, ergo earum ignoratio latæ culpæ annumerabitur.

Contrarium docet Coraſius,lib.4. Miſcellaneor.c.17. Primò, quia lata culpa dolum repræſentat, l.1.§. Non autem,ff.de his,qui teſtam.lib.iuſſ.fuer.Sed hoc eſt falſum,quia nemini nocet iuris ignorantia in damnis amittendæ rei ſuæ.l.8.ff.de iuris & facti ignor.Ergò lata culpa non eſt,quia noceret, ſicut dolus nocet.

Secundò,quia lata culpa eſt, non intelligere, quod omnes intelligunt,l.Latæ,ff.de verb.ſign.Sed iura non omnes intelligunt,immò pauci.Ergò iuris ignorantia non eſt lata culpa.

C Tertiò, lata culpa requirit ſummam negligentiam, l.Cedere diem, §.vlt. de verb.ſign. vbi appellatur nimia negligentia. Alibi vocatur diſſoluta negligentia, l.Si fideiuſſor.ff.mand. *Ego non video*, inquit Coraſius, *quo pacto clericus, mercator, artifex & alij id genus homines qui non ciuilibus ſtudijs operam dederunt, ſed honeſtam aliam artem ſecuti ſunt, legum peritiam non habentes, in lata culpa dici debeant.*

Excipiendos autem eſſe putat Doctores,Aſſeſſores & ſimiles,quia iſti tenẽtur ſcire iura,l.2. ff.Quod quiſque iuris,l.vlt.ff.de varijs & extraor.cognit.& ijs meritò obijci poteſt. *Turpe eſſe viro nobili, & patritio ius, in quo verſatur ignorare*,l.2. §.*Seruius.ff de orig.iuris.*

Non obſtat, quod dicitur, leges ab omnibus ſciri debere, quia id accipiẽdum videtur de legibus, quæ diuino præcepto, vel naturali ratione confirmantur, & ad morum inſtructionem, cohibendamq́; hominum inſolentiam vitam pertinent. Sic ferè Coraſius.

A Tertia eſt ſententia Zaſij,lib.1. Sing. Reſponſ.cap.2.num.19.Iuris naturalis & diuinorum præceptorum ignorantiam eſſe latam culpam, l.venia, C.de in ius vocan.Præterea,ſi quis ignoret ea,quæ legibus prohibita ſunt,quia illicita videtur, is in culpa eſſe dicitur, l.Extat,ff.quod met.cau.Rurſus,ſi quis Doctorem ſe profiteatur, & ius ignoret, latam culpam contrahere dicitur,l.2. §.Seruius.ff.de orig.iuris. Denique à lata culpa non excuſari,qui negocia habent iudicialia,vel iuris ordinem requirentia,ſi ius ignorauerint,l.Sicut, in fine,C.de Pręſcript.longiſſ.tempor.

Extra hos caſus,inquit Zaſius, iuris ignorantiam latæ culpæ adſcribendam non eſſe, quia ſi lata culpa eſt ignorare id, quod omnes intelligunt,è contrario, id quod pauci intelligunt, ignorare non erit lata culpa: At pauci iura intelligunt,& ſciunt,ergò,&c.

Ego verò hanc rem aliquot propoſitis Concluſionibus dilucidiùs explicari poſſe exiſtimo,& ſimul cõtrarias Doctorum ſententias ad concordiam redigi.

B Prima Concluſio. Iuris ignorantia non eſt lata culpa,quãtum ad hunc effectum,vt omnes,qui ius ignorant repræhenſione ſint digni,aut pœnam aliquam incurrant. Nam vt rectè dicebat Zaſius, maxima pars mortalium laboraret hoc vitio.

Secunda Concluſio. Iuris ignorantia non eſt lata culpa,eatenus,vt quis puniatur amiſſione rei ſuæ.l.7. & 8. ff.de iuris & facti ignor. Exemplum præclarum eſt in l.Qui fideicommiſſum,81.de leg.2.

Tertia Concluſio. Iudices, Doctores & Aſſeſſores ſunt in lata culpa,ſi ius ignorauerint,l.2.§.Seruius,de orig. iur. l.2. ff.quod quiſque iur. l.vlt. ff.de varijs & extraord.cog.

Quarta Concluſio. Iuris ignorantia culpæ adſcribitur minoribus 25. annis, nec militibus, nec interdũ etiam mulieribus, l.Regula, in princ.ff.de iuris & facti ignor. l.1.& vlt. C.eod.

C Quinta Concluſio. Iuris ignorantia culpa imputatur ijs,qui aliquid faciunt, quod legibus prohibitum eſt. Tenentur enim eas ſcire. l.Liberorum, §.Notantur,ff.de his qui notant.infam.l.Venia,C.de in ius vocan.Atq; huc pertinet l.1.ff.de legibus,legem eſſe delictorum, quæ vel ſponte, vel ignorantia comitantur coercitionem.

Sexta Concluſio. Iuris ignorantia dicitur culpa eo fine,vt quis à commodo arceatur,ſi peritiores conſulere potuit,l.Regula,ff.de iuris & fac.igno,l. In bonorum, ff.de bonor.poſſeſſ, l.2.§.vlt. ff.Quis ordo in bonor.poſſeſſ.ſeru.

Septima Concluſio.Iuris ignorantia culpæ adſcribitur,ne quis lucrum faciat,hoc eſt, acquirere volentibus,l.4.de iur.& facti ignor.

Vltima Concluſio. Iuris ignorantia culpę annumeratur,vt quis indebitum ſolutum repetere non poſſit, l.Cùm quis,C.de iuris & facti ignor. vt dixi cap.præcedenti.

ANDREAE FACHINEI I. C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER NONVS.

CAPVT PRIMVM.

Examinatur, quid ſtatuendum, cùm criminibus varia ac diuerſa pœna conſtituta, alijs atque alijs legibus ſunt.

Sæpè accidit, vt vnum atque idem crimen varijs ac diuerſis pœnis coërceatur, alijs atque alijs Legibus, Conſtitutionibus, Edictis, atque Statutis. Quamobrem in controuerſiam venire ſolet, quæ pena ſit ſtatuenda, ac præ cæteris eligenda. Tractant hanc materiam Canoniſtæ, in cap. Inter cæteras, de Reſcript. & in cap. De cauſſis, de offic. deleg. Legiſtæ, in l. 1. ff. vi bonorum raptorum. Menochius, de arbitr. iudic. quæſt. 94. & de recuperan. poſſeſſ. remed. 9. num. 338. & ſequen. Clarus, quæſt. 85. Gomeſius, Variarum reſolutionum, tit. de delictis, cap. 1. num. 38. Soarez, Commun. opin. verſ. Pœnæ, num. 150. cum ſeq. Angelus, de Maleficijs, in verbo, Et ibi caput à ſpatulis amputetur, & ibi in add. Ariminenſ.

Ego rectè ordineq; facturus videor, ſi aliquot propoſitis Concluſionibus totam hanc diſputationem explicauero.

Prima Concluſio. Quoties poſterioribus legibus pœnæ ſunt impoſitæ delicto, ab ijs diuerſæ, quæ prioribus legibus erant conſtitutæ, ea mente, vt noua pœna adiungatur veteri, & vt noſtri Interpretes loquuntur, *cumulatiuè*, tunc aduerſus delinquentem omnes pœnæ, tam veteres, quàm nouæ exequendæ & conſtituendæ ſunt; In iſtis terminis loquuntur, l. Placet, 5. C. de ſacroſanct. Eccleſ. ibi: *Si quis contrauenerit, poſt debita vltionis acrimoniam, quæ erga ſacrilegos promenda eſt, exilio deportationis perpetuò ſubdatur.* Item, l. In eum, 18. C. de furt. ibi: *Præter pœnam olim ſtatutam.* Item, l. 4. C. de ſepulch. viol. ibi: *Quæ pœna priſcæ ſeueritati accedit.* Item cap. 1. de ſentent. & re iudic. lib. 6. ibi: *Saluis alijs Conſtitutionibus, quæ Iudicibus malè iudicantibus pœnas ingerunt & infligunt, &c.*

Secunda Concluſio. Quoties poſterioribus legibus nouæ pęnæ conſtituuntur, alijs ſublatis, quæ antiquis A legibus continebantur, & vt noſtri loquuntur, *priuatiuè*, tunc nouæ pęnæ locum habent, antiquæ verò ceſſant. In iſtis terminis loquitur l. 1. ff. ad legem Aquiliam, ibi: *Lex Aquilia omnibus legibus quæ ante ſe la:æ ſunt de damno iniuria derogauit.* Item l. 1. ff. de termino moto, ibi: *Terminorum auulſorum non multa pecuniaria eſt, ſed pro conditione admittentium coercitione tranſigendum eſt.* Multa pecuniaria imponebatur ex lege agraria, vt in l. 3. ff. eodem tit. Item l. Qui cùm in vno, §. Qui poſt deſertionem, ff. de re milit. ibi: *Nam & qui ad delectum olim non reſpondebant, vt proditores libertatis in ſeruitutem redigebantur: ſed mutato ſtatu militiæ, receſſum a capitis pœna eſt: quia pleruB mque voluntario milite numeri ſupplentur.* Numerus, id eſt, vexillationes, vt explicat Cuiacius ad l. vltimam, C. de his qui non impletis ſtipendijs Sacram. ſoluti ſunt.

Tertia Concloſio. Quoties lex poſterior nouam pęnam imponit: nec apparet vtrum *cumulatiuè*, vel *priuatiuè*, tunc dubium eſt, quæ ſit pœna eligenda: neque enim eadem eſt omnium ſententia.

Mitiorem pęnam eligendam eſſe exiſtimauit Glo. in cap. de cauſſis, in verſ. Certa, de offic. deleg. quia pęnæ interpretatione ſunt potius molliendæ, quàm exaſperandæ, l. Interpretatione, ff. de pęnis, cap. Pœnæ, de pęnitentia, diſt. 1.

C Alij Iudicis arbitrio id committunt, vt Abbas in c. Inter cæteras, de Reſcrip. Menoch. d. q. 94. non procul à fine. Adfertur primò tex. in c. Quoniam frequenter, §. vlt. Vt lite non conteſt. ibi: *Ita videlicet, quod alteram trium pęna, quæ magis timeri debeat, Iudex à principio ſit contentus.* Ille tex. nihil obſtat, quia ibi datur electio Iudici expreſſè, ideo nihil facit ad alios caſus, in quibus non datur Iudici electio.

Secundò, l. Quoties, ff. de action. & obligatio. in illis verbis: *Si ex eodem facto duæ competant actiones, poſtea Iudicis potius partes eſſe, vt quod plus ſit in reliqua actione, id actor ferat, ſi tantundem aut minus, id conſequatur.* Cuiacius legendum putat,

nil conſequatur, lib. 3. obſer. c. 25. cuius ſententia iuuari A poteſt ex l. 1. ff. de vi bonor. rapt. Nihil ad rē facit, quia loquitur de actionibus perſequentibus rem familiarem noſtra diſputatio eſt de pœnis, quæ longè differūt.

Tertiò, text. in c. Sicut, ad finem, de Iudæis, in illis verbis: *Honoris & officij ſui periculi patiatur, aut excommunicationis ſententia plectatur*, vbi Glo. dicit, id eſſe in optione Iudicis, Verùm hoc teſtimonium nihil mouet, quia text. id non dicit quod Glo. Præterea loquitur de pœna alternatiuè impoſita ab eadem lege: non cùm diuerſæ pœnæ à diuerſis imponuntur legibus.

Alij denique docuerunt, poſteriores leges eſſe ſequendas, & ideo eam pœnam imponendam, quæ poſteriori lege continetur, quæ mihi videtur veriſſima ſententia. Nam non eſt nouum, vt priores leges ad poſteriores trahantur, id eſt, corrigantur, ſuppleantur ac determinentur, l. Non eſt nouum. ff. de legibus. *Et conſtitutiones tempore poſteriores potiores ſunt ijs quæ eas præceſſerunt*, l. vlt. ff. de Conſtit. Princip. ita docent Salycetus, in l. In eum, C. de fur. Cynus & Albericus in l. qui B ſepulchra, C. de ſepulchr. viola. Antonius Gomeſius, de delict. cap. 1. num. 38.

Exemplum adfertur notatu dignum, Conſtantinus ſtatuit adulteros gladio puniendos, vt in l. Quamuis, C. ad l. Iul. de Adult. Iuſtinianus verò in Authent. vt nulli ind. §. Si quando (ſecundùm Haloandri tranſlationem eſt Nouella 134. tit. de Vicarijs, ſeu locum tenentibus, § Si quando) quantum ad mulierem adulteram attinet, mandauit eam *competentibus vulnerib. ſubactam in monaſteriū detrudi*. Et hæc pęna in mulierem ſtatuta hodie ſeruatur, vt in Auth. Hodie, C. eod. tit.

Sed D. Menochius de recup. poſſeſſ. rem. 9. nu. 353. in diuerſam abijt ſententiam, exiſtimauitq́; nec Conſtantinum pœnam mortis inflixiſſe, nec Iuſtinianum aliam in adulteras mulieres pœnam ſtatuiſſe diuerſam à pœna Conſtantini. Fundamentum eius eſt, quia pœna gladij non ſemper accipitur pro pęna mortis, C immò etiam quandoque pro alia pœna corporali, arg. l. ſolet. ff. de off. Proconſ. & leg. l. Imperium. ff. de iuriſdict. omn. iud. Alciatus notat lib. 2. Paradox. cap. 7. & Longouallius ad d. l. Imperium, num. 51. Ergo licet Conſtantinus pœnam gladij impoſuerit, non tamen ſequitur pœnam mortis impoſuiſſe.

Quod autem aliam pœnam Iuſtinian. non ſtatuerit aduerſus mulieres, probari dicit ex eo, quòd Iuſtinia. confirmat expreſsè pœnas à Conſtantino impoſitas; *Si quando verò* inquit, *adulterii crimen probetur, iubemus illas pœnas peccantibus inferri. Et quas Conſtantinus diuæ mem. diſpoſuit*, Et ſecundùm Haloand. *Iubemus, vt illæ pœnæ delinquentibus irrogentur, quas præſcribunt leges*. Et ideo de mulieribus adulteris iuſcriùs ſtatuens, idem Iuſtinian. mandat eas competentibus vulneribus ſubactas, in monaſterium detrudi, vel ſecundùm Haloand. *Competentibus pœnis*. Hæc igitur vulnera, & hæ pęnæ competentes ſignificant gladij pœnam, de qua Conſtantinus loquitur, in d. l. Quamuis, accipiendo ſcilicet gladij pœnam pro corporali D pœna, non autem pro pœna mortis.

Cęterùm, niſi fallor, aliud eſt gladij poteſtas, de qua loquuntur dictæ leges, aliud gladij pœna, de qua Conſtantinus loquitur, ideo communis eſt ſentētia, quam & ipſe Menoc. ſecutus eſt de arbit. iud. caſu 14. nu. 54. pœnam gladij, cuius mentionem facit Conſtantinus, de pęna mortis, ſiue vltimi ſupplicij accipiendam eſſe, nec vnquam aliter pœna gladij accipitur, quoties eius fit mentio in lege, quæ delictum aliquod decernat pœna gladij puniendum eſſe: alioqui dubia & incerta valdè eſſet huiuſmodi pęna. Alia ratio eſt de poteſtate gladij, quæ meritò accipitur pro poteſtate puniendi, tam pœna mortis, quàm alia pęna quacunque corporali, & ita loquūtur leges à Menochio allegatæ.

Quarta Concluſio. Quoties alia pœna lege Communi cōſtituta eſt, alia verò iure Municipali Ciuitatis vulgò Statuta vocatur, tunc an abrogata ſit pœna iuris communis, nec ne, dubium & controuerſum eſt. Etenim, abrogatam nòn eſſe pęnam iuris communis, exiſtimarunt Bart. in l. 1. ff. de vi bonor. rapt. Abbas in c. De cauſſis, nu. 14. & ibidem Berous, nu. 75. de off. deleg. Angelus Aretinus, in pract. Maleficior. in verbo, & ibi caput à ſpatulis amputetur, Ruinus conſil. 143. nu. 6. lib. 5. Menoch. de recup. poſſeſſ. rem. 9 nu. 386.

Fundamentum eſt primò in aliquibus legibus, ex quibus apparet pœnam lege noua conſtitutam non derogare pęnæ priori lege conſtitutæ, vt in l. Ariani, C. de hæret. in l. 4. C. de ſepulch. viol. in l. 3. ff. de libero hom. exhib. & ſimilibus, quæ leges ideo nihil faciunt, quia expreſsè ſtatuunt pœnam legis poſterioris adiunctam eſſe antiquæ pœnę.

Secundò, fundamentum eſt in l. Quoties, ff. de act. & oblig. quæ vt ſuprà dictum eſt, non pertinet ad rem noſtram, ſed ad cauſſas ciuiles & pecuniarias, quibus rem familiarem perſequimur, de pœnis ibi non agitur, quæ diuerſis legibus conſtitutæ ſunt.

Tertiò, in regula l. vlt. C. de nouation. Nouationem ſcilicet, non induci veteris obligationis, niſi expreſsè dicatur; Sed nimis hæc res diſtat à diſputatione noſtra de pœnis.

Quartò, in alia regula, Correctionem legis nō præſumi in dubio, l. præcipimus, C. de appellat. ſed fragile argumentum eſt, quia cum per ſtatuta alia diuerſa pœna imponitur, quàm iure communi fuerit impoſita, non videtur eſſe res dubia, ſed certa, quòd legi communi in eo derogauerit ſtatutum.

Quintò, in l. 3. §. Diuus, ff de ſepulch. viol. quo argumento vſus eſt Menochius, ſic ait text. *Diuus Adrianus Reſcripto pœnam ſtatuit 40. aureorum, in eos, qui in ciuitate ſepeliunt, quam fiſco inferri iuſſit*. Et paulò poſt: *Quid tamen ſi lex municipalis permittat in ciuitate ſepeliri poſt Principalia reſcripta, an ob hoc diſceſſum ſit videbimus, quia generalia ſunt Reſcripta, & oportet Imperialia ſtatuta ſuam vim obtinere, & in omni loco valere*.

Reſponderi poteſt, teſtimonium iſtud ad rem noſtram non pertinere, neque obſtare, quia loquitur, quando Imperator aliquid fieri prohibet, adiecta etiā pœna; Lex autem Municipalis illud fieri permittit; tunc præferenda ſunt Imperatoris Reſcripta & meritò, quia inferior cedere debet ac parere ſuperiori. Nos autem loquimur, quando iure communi alia pęna delicto eſt impoſita, alia verò Statuto Ciuitatis, nec vllum eſt edictum Principis aliter diſponens, tunc videtur receſſum à pœna iuris communis: poſito, quod Statutum valeat, vel quia fuerat conditum ab ijs qui poteſtatem habent, vel quia Princeps, vt fieri ſolet, illud approbauerit, & confirmauerit. Ad d. l. 3. §. Diuus, videas Fornerium Selectionum, lib. 1, cap. 13.

Contrariam igitur ſententiam frequentioribus ſuffragijs Doctores ſecuti ſunt. Vide Clarum, §. fi. quæſt. 85. verſ. Debet. ac etiam Alciatum conſil. 745. Decium in c. De cauſſis, nu. 14. de off. deleg. alios citat Menochius d. remed. 9. de recup. poſſeſſ. nu. 339.

Pro hac ſententia licet multa adferri ſoleant, illud tamen argumentum me plurimum mouet, quoniam cùm diſputamus, an propter pœnam Statuto Municipali impoſitam, receſſum ſit à pœna iuris communis, præſupponere debemus ſtatutum valere, vel quia Ciuitas poteſtatem illud condendi habuerit, vel quia Principis confirmatio, vel conſenſus acceſſerit. Eiuſmodi Statutorum ac legum Municipalium ſæpè in legibus noſtris mentio habetur, vt in l. 1. C. de emancip. liber. in l. Antiochenſium, ff. de priuileg. cred. in l. Prohibere, ff. quod vi aut clam, in l. Vt gradatim, §. 1. ff. de muner. & honor. in l. An in totum, C. de ædif. priuat. in l. Item eorum, §. 1. ff. Quod cuiuſque vniuerſ. nom. & alibi.

Igitur,

Igitur ſi valet eiuſmodi Statutum, illud ſeruandum erit tanquam ius proprium ipſius Ciuitatis, vt in l. omnes populi, ff. de iuſtitia & iure, conſequenter à iure communi diſceſſum videbitur. Nam ſi ius commune locum habere poſſet, non eſſet pœna ſtatuti ſeruanda, ſed iuris communis; aut in electione Iudicis id eſſet, quam ſeruaret penam: quod certè ſtatuentium intentioni maximè repugnare videtur, qui aliam penam impoſuerunt.

CAPVT II.

Actio ciuilis & criminalis, an & quando ſimul cumulari poſſint.

QVæ magno conflictu varijs atque inuicem pugnantibus Doctorum ſententijs agitari ſolet quæſtio, an & quando ciuilis & criminalis actio cumulari in vno eodemque iudicio poſſit, quinque caſibus propoſitis dilucidè explicari poteſt. B

Primus eſt, cùm quis aduerſus vnam eandemque perſonam, & ex eodem facto ciuilem & criminalem intendit actionem: Et huiuſmodi cumulatio non admittitur, l. 2. §. 1. ff. de vi bonorum rapt. l. Interdum, ff. de publicis iudicijs. Peracto autem criminali iudicio, ciuilis actio moueri poterit, l. Vnica, C. quando ciuilis actio criminali præiudicet, l. vlt. C. de ordi. iudic. Hinc dicimus, ciuilem & criminalem iniuriarũ actionem cumulari non poſſe, vt latè explicat Anton. Theſaurus deciſ. Pedemont. 18. nu. 3. Actio tamen iniuriarum & legis Aquiliæ, cumulari poteſt, teſte Myſingero, cent. 1. obſeruat. 25. Quod ego verùm puto, quantum ad hunc effectum, vt quod amplius in altera eſt, actor conſequatur, ſicut loquitur l. Qui ſeruum, ff. de act. & oblig.

Sed iſtud accipiendum cùm vtraque actio æquè principaliter intentatur: nam ſi criminalis actio principaliter intentetur, actio autem ciuilis incidenter, vt puta ſi Iudicis officium imploretur, vt res ablata reſtituatur, vel expenſæ refundantur, cumulatio admittetur, l. Interdum, §. Qui furem, ff. de furtis, l. Qui crimẽ, C. qui accuſare poſſ. l. 3. C. de condict. ob turpem cauſam, l. 4. §. Si dicantur, ff. finium regund. l. pen. ff. de Calumniator. l. Medicus, ff. de varijs & extraord. cog. quas leges ad hanc ſententiam adducit Bart. in d. l. 2. §. 1. nu. 2. ff. de vi bonor. raptor. & alios Doctores citat Menochius de retinenda poſſeſ. remed. 3. nu. 553. Addo ego l. 3. C. de ord. iudic.

Secundus caſus eſt, quando fit cumulatio actionis ciuilis & criminalis ex diuerſo facto contra eundem, & tũc cumulatio admittitur, l. Rerum amotarum, 27. ff. de act. rer. amotarũ, quam legem ita intellexit Bart. in d. l. 2. §. 1. nu. 1. ff. de vi bonor. raptor. & ita reſpondit Natta adductis alijs in conſ. 138. nu. 4. & in his terminis conſiſtere poteſt deciſ. 400. Ægidij Bellameræ, incip. Ciuilis & criminalis, vbi ſimpliciter affirmat ciuilem & criminalem actionem cumulari poſſe.

Tertius caſus eſt, Cum actio ciuilis intentatur ab vno, & criminalis ab alio eius aduerſario, in caſu, quo criminalis actio ciuilem abſorbet, vel ciuilis criminalem, tunc cumulatio nõ admittitur, l. vltima, vbi Paulus Caſtrẽſis optimè declarat, C. de ordine iudiciorũ, l. Præſes, C. ad leg. Flau. de plagiarijs; Crauet. in conſ. 280. Bald. in l. vlt. C. de fide inſtrum. Bart. in l. Si teſtamentum, ff. de petitio. hæred. Affli. deciſ. 229. Capicius deciſ. 25. Alexand. in l. Reum criminis, C. de procurat.

Quartus caſus eſt, quando ciuilis actio intentatur ab vno ex litigatoribus, & criminalis ab altero eiuſdem aduerſario; ſed altera alteram non abſorbet. Hoc in caſu ſunt opiniones. Nam Irnerius, quem Accurſius refert, in l. vltima. C. de ordi. iud. cumulationem A admittendam eſſe cenſuit, & eum ſecuti fuere ibidem Iacobus Butrigarius, Baldus, & Paulus Caſtrenſis.

Sed cumulationem admittendam non eſſe Accurſius exiſtimauit, quem ſecuti fuere Angelus, Salycetus, & alij magis communiter.

Et hæc ſententia mihi probabilior videtur. Primò, quia iudicium criminale tanquam maius, impedire debet ciuile, vt in d. l. vltima. C. de ordine iudicior. Secundò, ex l. Adulterij, C. ad l. Iuliam de adult. vbi pendente adulterij accuſatione contra mulierem, dos repeti non poteſt: ne ciuilis actio obſtrepat criminali, vt ibi dicitur.

Quintus caſus eſt, cùm ciuilis actio intentatur ab vno, & criminalis ab alio, qui illius aduerſarius non eſt: ſed quidam tertius. Et hoc in caſu dicendum eſt, cumulationem admitti, niſi criminalis actio ciuilem abſorbeat. Vide Iacobum Puteum deciſione 99. in 1. parte, & Lancellotum de Attentatis lite pendente limitat. 23. B

CAPVT III.

Furioſus ſi quis efficiatur poſt commiſſum delictum, poſſitne puniri?

SI quis poſt delictum commiſſum efficiatur furioſus, controuerſia eſt an debeat puniri: Et communior ſententia eſt, puniri non debere corporali pena, ſed in bonis, hoc eſt, vel publicatione bonorum, vel alia pecuniaria pena pro delicti qualitate, ita Baldus, Alexander, & Iaſon, in l. Furioſum, C. qui teſtam. facere poſſ. Tiraquellus de penis legum cauſa 3. Didacus Couarru. in Clem. Furioſus, in 3. parte, in initio, nu. 2. de homicidio, Clarus. §. fin. q. 60. Menochius de arbitr. iudic. caſu 325. num. 12. C

Fundamentum eſt primò, quia furioſus loco abſentis & quieſcẽtis eſt, *per omnia, & in omnibus*, vt inquit text. in l. 2. §. Furioſus, ff. de iure Codic. Sed abſens non poteſt condemnari pena corporali, l. Abſentem, ff. de penis, Ergo nec furioſus. Secundò, quia furioſus non poteſt dici de crimine confeſſus, vel conuictus: quia loco abſentis, vt iam dixi, habetur. Conſtat autem non debere quenquam condemnari, niſi crimen confeſſus vel de eo conuictus ſit, l. Qui ſententiam, C. de penis. Tertiò, quia pena corporalis ideo irrogatur vt delinquens affligatur. Furioſus autem ſatis ipſo furore punitur, l. Diuus, ff. de off. Præſid. quare non videtur afflictio alia eidem addenda.

Contrarium docuerunt olim Ludouicus Roman. in d. l. Furioſum, C. qui teſtam facere poſſ. & Franciſcus Albergotus de Aretio, qui fuit diſcipulus Bartoli, teſte Iaſone in d. l. furioſum, non procul à fine. & nouiſſimè Ioannes Vaudus lib. 2. quæſtionum, cap. 7. D

Fundamentum eſt primò in l. Diuus, ff. de offic. Præſidis, in illis verbis: *Si verò (vt plerunque adſolet) interuallis quibuſdam ſenſu ſanior eſt, num forte eo momento ſcelus admiſerit, nec morbo eius danda ſit venia. diligenter explorabis: Et ſi quid tale compereris; conſules nos, vt æſtimemus an immanitatem facinoris, ſi cum poſſet videri ſentire, commiſerit: ſupplicio afficiendus ſit.*

Secundò, *nam quoties de delicto quæritur, placuit non eam pœnam ſubire quem debere, quam conditio eius admittit, eo tempore, quo ſententia de eo fertur? ſed eã cauſſam ſuſtinere, quam ſuſtineret, ſi eo tempore eſſet ſententiam paſſus cùm deliquit*, l. 1. ff. de penis.

Tertiò, quia furor ſuperueniens non tollit obligationem præcedentem, l. Patre furioſo, de his qui ſui vel alieni iuris ſunt, l. Si à reo, §. Si à furioſo, ff. de fideiuſſor.

Ego omnibus maturè conſideratis animaduerto

prioris ſententiæ argumenta confutari ex d. l. Diuus, ff. de offic. Præſidis, Nam ſi furioſus quantum ad propoſitum noſtrum pro abſente habendus eſt, nec confeſſus vel conuictus dici poteſt, ſi ſatis ipſo furore punitur, ac proinde corporali pena affici non debet; cur Diuus Marcus & Commodus ita Reſcripſerunt: *Si quid tale compereris cõſules nos, vt æſtimemus, an immanitatem facinoris, ſi cum poſſet videri ſentire commiſerit: ſupplicio afficiendus ſit*, vt in d. l. Diuus,

Si affici ſupplicio poteſt, igitur pena corporali affici poterit; Ergo condemnari poterit; & pro confeſſo & conuicto haberi.

Cur igitur inter ea, quæ Iudicis arbitrio definienda ſunt, id non referatur, nihil ſanè proponi video, Nam & ita dicit Reſcriptum in præcedentib. verbis: *Num forte eo momento ſcelus admiſerit, nec morbo eius danda ſit venia diligenter explorabis; Et ſi quid tale compereris cõſules nos*, &c. Nihil ergo lex definiuit, ſed à Iudice id explorandum, Principem eſſe conſulendum, & ab eo æſtimandum, an ſupplicio afficiendus ſit delinquens, clarè & apertè reſcribitur. Perpendet igitur Iudex ac Princeps delinquentis animum, circumſtantias delicti, eius grauitatem, ac omnibus penſatis decernetur de pena prout æquitas & ratio poſtulauerit.

Non igitur priori ac poſteriori ſententiæ acquieſco, ſed totum arbitrio Iudicis ac Principis, quem Iudex conſulere debebit, committo fundamentumque huius ſententiæ meæ in Imperatorum Reſcripto colloco, cui magis auſcultandũ cenſeo, quàm aliorũ ſententijs.

CAPVT IV.

Si quis aliquem teſtari prohibuerit, qua pena ſit afficiendus.

SI quis aliquem teſtari prohibuerit, actiones amittit, & fiſco aditum ad ſucceſſionem aperit, l. 1. ff. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit, l. 2. C. eod. Amplius ſi teſtator quidpiam alicui relicturus fuerat, is qui teſtari eum prohibuit meritò condemnabitur ad id quod intereſt, arg. l. Lucius, 90. §. Sempronia, de leg. 3. l. Si quis affirmauerit, ff. de dolo. Nam cùm dolo alterius alter quicquam amiſit, æquum, bonum eſt vt ille condemnetur. Et huc alludunt quæ de ciuili diſceptatione dicuntur in l. 1. C. eod. tit. Criminalis autem cuius ibidem fit mentio, ad confiſcationem pertinet, quia ſcilicet cauſſa ad fiſcum defertur; vel ad vim illatam, quæ penis coercetur, & lege Iulia, vt notum eſt.

Sed an etiam penam dupli ſubire cogatur? Et affirmat Gloſſ. in l. 2. C. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit, & in d. §. Sempronia, Bartolus ibi, & in l. 3. ff. eod. tit. & eſt communis hæc Doctorum ſententia, vt teſtantur Corneus & Iaſon in l. 1. C. eod. Hieronymus Gabrielius, conſ. 99. num. 13. & 14. Peregrinus de iure priuilegijs fiſci, lib. 2. tit. 6. num. 8.

Fundamentum eſt in §. Et hoc peruenit, in Authent. vt nulli iudicum liceat habere, vbi Imperator ſic ait; *Et hoc peruenit ad nos, quod quidam prouinciarum Iudices ita iniquè agunt, occaſione lucrorum, vt neque teſtamenta concedant facere*, &c. Et paulò poſt: *Si verò quidam huiuſmodi odibilem rem in quolibet loco noſtræ Reipublicæ præſumpſerit agere: aut miniſtrare ei qui hoc præſumpſerit facere, iubemus huiuſmodi extra cingulos factos in exilium deſtinari. & de ſubſtantia eorum euenienſ diſpendium laſis in duplum reſtitui*, &c.

Addit Peregrinus hanc rationem, quia penæ contra violentos quandoque etiam quadruplantur, l. Metum, §. Ex hoc edicto, l. Si cum exceptione, §. Quadruplatur, ff. de eo quod metus cauſa.

Sed contrarium docuerunt Cynus, in l. Quicquid, C. arbitrium tutelæ, Antonius Butrius conſ. 78. Bald,

A in d. l. Lucius, §. Sempronia, & ibidem Albericus teſtatur hanc ſententiam communem eſſe, quam nouiſſimè ſequitur Ioannes Vaudus lib. 4. Variar. qq. cap. 30. ſequor & ego.

Fundamentum eſt hoc, quia nulla eſt lex quæ dupli penam imponat, præterquam Iudicibus, in quibus prior ſententia proculdubio locum obtinebit. Nam Iuſtinianum loqui de Iudicibus in d. §. Et hoc peruenit, perſpicuum eſt ex verbis textus.

Sed contrariæ ſententiæ authores dicunt, propter verba generalia, quibus vnicuique id Imperator prohibet, eam Conſtitutionem ad omnes pertinere.

Reſpondeo, generalem prohibitionem his verbia contineri. Propterea interdicimus *omnibus iudicibus tam ciuilibus quàm militaribus, & eorũ officiis, aut alii cuilibet aliquid præſumere*. Hæc generalis prohibitio fit Iudicibus, & eorum officialibus & adminiſtris, & B cuicunque alteri, qui ſcilicet Iudici hac in re miniſtrauerit, & operam ſuam præſtiterit, vt ſcilicet aliquis teſtari prohibeatur. Id patet ex verbis ſequentibus: *Si verò quidam*, inquit, *huiuſmodi odibilem rem in quolibet loco noſtræ Reip. præſumpſerit agere, aut miniſtrare ei qui hoc præſumpſerit, facere iubemus*, &c.

Illa verba, *ſi verò quidam*, de Iudicibus accipienda ſunt, quia de illis loquitur Conſtitutio, vt patet ex initio dicti §. Et hoc peruenit. Verba autem illa: *Aut miniſtrare ei qui hoc præſumpſerit facere*, accipienda ſunt de miniſtris & officialibus ipſorum Iudicum. Generaliter enim interdicit Iudicibus, & miniſtris eorum, ne id facere præſumant, & omnibus alijs, ne hac in re ſuam operam ac miniſterium præbeant vel iudicibus, vel officijs eorum: & penam deinde ſtatuit exilij, priuationis officij, & dupli. Si prohibitio generaliter omnes comprehenderet, & ſine diſcrimine, ſequeretur eaſdem penas exilij, & amiſſionis dignitatis, & dupli, C ſubire omnes debere, qui aliquem teſtari prohibuerint; quod affirmare ideo non auſim, quia nemo hactenus id ſcripſit, & quia ſi hæc erat mens Iuſtiniani, clara & diſerta oratione eiuſmodi legem promulgare debuiſſet. Cùm res dubia ſit, interpretatione molliendæ ſunt penæ magis quàm exaſperandæ, l. Interpretatione, ff. de penis.

Porrò, id quod affertur de quadruplo, in actione, quod metus cauſa, locum obtinet, ſuiſque regulis coercetur & cancellis, extra quos non videtur facile producendum.

CAPVT V.

Quatenus actiones ex delictis deſcendentes in hæredes dentur.

D CVm quæritur an actiones ex delictis in hæredes dentur, conuenit inter omnes de multis; de vno potiſſimum controuerſia eſt. Primò, conuenit actiones penales in hæredem non competere, niſi in quantum ad eos peruenerit, vel cùm defuncto fuerit lis conteſtata, ſi ius ciuile ſpectemus, l. 1. ff. de priuatis delictis, l. Quod diximus, §. vlt. ff. quod metus cauſa, l. In hæredem, ff. de calumniator. l. In hæredem, ff. de dolo, l. vlt. C. Rerum amotar. l. Inde Neratius, §. Hanc, ff. ad leg. Aquil. l. Conſtitutionibus, ff. de actio. & oblig. l. Sicut pena, de reg. iur. l. Vnica. C. Ex delict. defunctor. Antonius Gomeſius Variar. reſolut. tit. de delictis, cap. 1. num. 85. Clarus, quæſt. 51. verſ. Vlterius quæro, Burſatus conſ. 77 nu. 1. lib. 1.

Secundò, inter omnes ferè conuenit Iure Canonico inſpecto aliter conſtitutum eſſe, nimirum, hæredem teneri pro viribus hæreditatis ad exonerandam conſcientiam defuncti, licet nec aliquid ad eum ex delicto peruenerit, nec cum defuncto lis conteſtata fuerit

ex

ex c.vlt.de ſepulturis, c.In litteris, de raptorib. c.Tuę nos, de vſuris, & ex alijs locis, vt tradit Antonius Gomeſ.loco proximè citato, Couar.lib.2. Variar.reſol. cap.3.num.7. Vaſquius,lib.3. Controuerſiarum illuſtrium,cap.96.num.27.

Etſi enim hæc differentia inter Ius Canonicum & Ciuile nõ placuerit Panormitano, in d.c.vlt.de ſepulturis,vix tamen diſſentire videtur, cùm fateatur Iure Canonico teneri hæredem ad ſatisfactionem damni & læſionis illatæ per defunctum,quia defunctus tacitè hoc hæredi iniungit; quæ tamen ratio rectè confutatur à Couar.

Tertiò, in hoc Doctores conſpirare videntur, Ius Ciuile in hac propoſita ſpecie ſeruandum fore in diſtione Cæſarea, Ius autem Canonicum in foro Eccleſiaſtico,vel etiam in foro Cæſareo, coram tamen iudice Eccleſiaſtico per denunciationẽ Eccleſiaſticam, iuxta c.Nouit,de Iudicijs. Ita Cacheranus, deciſ.Pedemontana 152.nu.6.Antonius Gomeſ.loco ſuperius citato.Proſper Farinacius, lib.1.qq.crimin.tit.de Inquiſitione, quæſtione 10. poſt numerum 64. verſ.Limitando.

Cõtrouerſum autem eſt, an in hæredes detur actio ex delicto deſcendens,cùm non pœnæ,ſed rei meram contineat perſecutionem,hoc eſt, an detur in ſolidum, an verò duntaxat in quantum ad eos peruenerit. Et enim affirmare videtur Couarr. loco ſuperius annotato, Antonius Faber, lib.4. Coniectur. Iuris, cap.1. nõ procul à fine. Idem mihi videtur ſentire, licet non ita generaliter, Petrus Faber ad l.Sicut pœna, nu.20. de reg.iuris.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l.Si pro fure.§.2. ff.de condict.furtiua. *Condictio furtiua*, inquit, *quia rei habet perſecutionem, hæredem quoque furis obligat*. Et hæc hæredis obligatio in ſolidum eſt, non autem in quantum ad heredem peruenit, l.9.ff.eod.tit. vbi Vlpianus, *in condictione furtiua non pro parte qua peruenit, ſed in ſolidum tenemur, dum ſoli hæredes ſumus.*

Secundum eſt ex §. His autem verbis, in Inſtit. de lege Aquilia, vbi Iuſtinianus ait: *Ideoque conſtat in hæredem eam actionem non tranſire quæ tranſitura fuiſſet, ſi vltra damnum nunquam lis eſt. maretur.*

Tertium eſt, quia leges quibus dicitur actiones in hæredes non tranſire, loquuntur de pœnalibus actionibus, vt patet ex l.1. ff.de priuatis delictis, ex l.Sicut pœna,de regu.iur.ex §. Non omnes, in Inſtit.de perpetuis & tempo. actio.& alijs ſimilibus.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Doctores magis communiter,nimirum, excepta condictione furtiua,alias actiones ex delictis nõ tranſire in hæredes, licet rei perſecutionem contineant. Vide Antonium Gomeſ.d.c.1.de delictis.nu.85. Phanucium de Inuentario hæredis, parte 7.nu.70. Proſperum Farinacium, dicta quæſt.10.num.64. Hartmannum Piſtoris, Quæſtionum iuris,lib.1.quæſt.27.

Scio Iacobum Cuiacium etiam de cõdictione furtiua,an in ſolidum tranſiret in hæredẽ dubitaſſe, lib.7. Obſeru.37.ſed rectè eius argumentis occurrit Antonius Faber,d.c.1.lib.4.Coniecturarum. Vidi etiã eundem Cuiacium,circa condictionem furtiuam, communi ſententiæ acquieſcentem in recitationibus ad tit. C.ex delictis defunctorum,nuper editis,vbi etiã hanc communem ſententiam ſecutus eſt.

Hanc ſententiam communiorem eſſe exiſtimo probabiliorem eſſe,& ſequor. Primùm ex l.vltima,C.rerum amotar. vbi Diocletianus: *De rebus, quas diuortij cauſa quandam vxorem tuam abſtuliſſe proponis, rerum amotarum actione contra ſucceſſores eius non in ſolidum, ſed in quantum ad eos peruenit*, &c.

Sed rerum amotarum actio continet rei perſecutionem, licet ex delicto naſcatur, l.Si mulier, §. Hæc actio, ff.de actio.rer.amotar. Ergo actio quæ ex deli-

A ctio naſcitur, & rei perſecutionem continet, nõ datur in hæredem, niſi in quantum ad eum peruenit.

Reſpondet Antonius Faber, illa verba, *contra ſucceſſores eius non in ſolidum*, hunc ſenſum habere, ſingulos hæredes in ſolidum non teneri, ſed vnumquemque pro ea duntaxat parte,quę ad eum peruenit, atque ita Vlpianum ipſum locutum eſſe in l.9. ff.de condictio. furtiua, dum dixit, *in ſolidum tenemur, dum ſoli hæredes ſumus*, vt oſtenderet, cum plures ſunt hæredes, eos in ſolidum non teneri, nõ quod ab omnibus ſolidum id, quod ſubtractum eſt, exigi non poſſit, ſed quia ſi omne id quod furto ſubtractum eſt,ad aliquos ex coheredibus peruenerit, ſolidum ab iis petendum eſt, non ab alijs ad quos nihil peruenit.

Non rectè, quia hæc eſt Vlpiani ſententia in d.l.9. hæredes furis pro parte hæreditaria teneri, non pro eo quod ad ſingulos peruenit, licet alias, cũ agitur ex maleficio,hæredes teneantur,in quantũ ad eos perue-

B nit,vt in l.vnica, C.ex delictis defunc. Et ideo Vlpianus ait. *In ſolidum tenemur, dum ſoli hæredes ſumus; pro parte verò hæres pro ea parte pro qua hæres eſt tenetur.*

At l.vlt.C.rerum amotar.nõ ita loquitur, ait enim *Rerum amotarum actione contra ſucceſſores eius non in ſolidum, ſed in quantum ad eos peruenit*, &c. Quibus verbis ſignificatur, apertè eos teneri in quantum ad eos peruenit ex maleficio, ſcilicet defuncti, nõ autem ſingulos teneri pro parte hæreditaria, & non in ſolidũ. Aliud eſt enim dicere, hæredeſ pro parte, pro qua hæres eſt teneri,& conſequenter ſi hæres ſit, ſolum in ſolidum teneri, ſicut Vlpianus loquitur. Aliud eſt hæredes teneri in quantum ad eos peruenit, ſicut loquitur Diocletianus. Hæc enim verba hunc habent ſenſum, ſcilicet in quantum ad eos peruenit ex delicto; Igitur ſi nihil ex delicto ad eos peruenerit, nõ tenebuntur, niſi lis fuerit cum defuncto conteſtata.

C Secundò, hæc ſententia communis probatur. Nam actio, quod iudicij mutandi cauſſa rem tantum perſequitur, nec datur in hæredem, quia ex delicto naſcitur, l.5.§.vlt.Cũ duabus legibus ſequentib.ff.de alien. iud.mutandi cauſa. vbi ſic habetur: *Hæc actio non eſt pœnalis, ſed rei perſecutionem arbitrio iudicis continet, quare & hæredi datur; in hæredem autem vel ſimilem, vel poſt annum non dabitur; Quia pertinet quidem ad rei perſecutionem; Videtur autem ex delicto dari.*

Quid clarius adferri poteſt?

Tertiò probatur. Nam actio de dolo perſequitur rem,id eſt, id quod intereſt, nec in hæredem datur, niſi quatenus ex delicto ad eum peruenit, l.ſi plures. l.In hæredem,ff.de dolo.

Quartò probatur ex l.vnica, C.ex delicto defunc. in quantum hæredes teneantur, Diocletianus: *Poſt litis conteſtationem eo qui vim fecit, vel concuſſionem intulit, vel aliquid deliquit defuncto ſucceſſores eius in ſoli-*

D *dum, alioquin in quantum ad eos peruenit conueniri iuris abſolutiſſimi eſt, ne alieno ſcelere ditentur.*

Perpendantur illa verba, *vel aliquid deliquit*, quibus hoc indicatur, actiones ex delicto naſcentes, non dari in hæredes,niſi in quantum ad eos peruenit, nõ diſtinguit lex, an actio rei perſecutionẽ contineat, vel pœnæ, quia etiamſi rei perſecutionem contineat, hæredes non tenentur, niſi in quantum ad eos peruenit.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, in condictione furtiua ita verè conſtitutum eſſe, vt hæredes in ſolidum teneantur. Et licet Vlpianus hanc rationem adferat, quia rei perſecutionem continet, non licet tamen nobis inde colligere generalem regulam, actiones quæ rei perſecutionem continent, etiam ex delicto orientes in hæredes dari, quia obſtant huius regulæ leges quas attulimus. Sit igitur ſpecialis ea lex odio furum, vt & alia ſunt ſpecialiter conſtituta, teſte Iuſtiniano in §. Sic itaque, in Inſtit. de act.

Ad-

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, illud de actione ex lege Aquilia accipiendum eſſe, eam in hæredes tranſitutam fuiſſe, ſi vltra damnum nunquam lis æſtimaretur, vel quia leuiſſima culpa venit in lege Aquilia, l. In lege Aquilia, 45. ff. ad legem Aquil. vel quia eadem ratio eſſet quæ in condictione furtiua.

Ad tertium reſpondeo, etſi fiat mentio pœnalis actionis in aliquibus legibus, in alijs tamen quas attulimus mentionem fieri actionis quę ex delicto oritur, & negari eam in hæredem dari, niſi vel lis cum defuncto conteſtata fuerit, vel hæredes ex delicto locupletiores facti ſint.

CAPVT VI.

An tortura purget veras & legitimas probationes.

EX facto proponebatur non ſemel in Collegio huius inclytæ facultatis Iuridicæ; B
Cum reus de crimine cōfeſſus eſſet, abſque tormentis, deinde cōfeſſionem reuocaſſet, errorem autem confeſſionis non pbaſſet, & ideo Iudex eum quæſtionibus ſubieciſſet, is verò quęſtionibus ſubiectus, conſtanter ſe delictum commiſiſſe negaſſet, an, & quomodo condemnandus, an verò abſoluendus eſſet? Et licet abſoluendum eſſe multi exiſtimauerint, quia plurimum quæſtiones valent ad eruendam veritatem, l. Edictum, ff. de quæſt. & tradunt in propoſito, Cepolla, conſ. criminali 32. Marſil. ſing. 162. Boſſius de Indicijs & conſiderationibus ante torturam, nu. 132. & ſeq. tamen hanc ſententiam Collegium nunquam ſequi voluit, memoria retinens atque perpendens, quod Vlpianus ſcribit in l. 1. ff. de quæſt. quæſtionib. *neq. adeò fidem eſſe adhibendā*, & in §. quæſtioni, *quæſtioni fidem non ſemper, nec nunquam habendam*, &c. Aliquādo igitur abſoluit reum, C
aliquando condemnauit, nunquam tamen pœna ordinaria, prout ex probationibus factis, cæteriſq; argumentis & circumſtantijs exiſtimare potuit, confeſſionem factam veram fuiſſe vel falſam. Porrò nunquam probare potui Antonij Gomeſij ſentētiam, tit. de delictis, c. 13. nu. 20. affirmantis, abſolute reum condemnari poſſe, ſecūdum hanc facti ſpeciem, quia vtile per inutile non vitiatur; Item, quia defuncti vulnerati expurgatio nō prodeſt. Tertio, quia in arbitrio eſſet imperiti Iudicis reum noxium à pœna delicti liberare. Denique ex l. 1. iuncta Gloſſa. C. de quæſt.

Reſponderi enim ad ſingula poteſt in hunc modū. Vtile per inutile non vitiatur. Brocardicum eſt, quandoque enim ſecus eſt, vt notant omnes, in l. 1. §. Sed ſi mihi. ff. de verb. oblig. Cauendūm ab his brocardicis: Et ab ijs qui *puppim & proram* in eis conſtituunt, quoniam incerta ſunt, & lubrica valde.

Ad ſecundum reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Fieri D
enim poteſt, vt vulneratus moriens, vel mentiatur, vel aberret. Nec omnis qui moritur eſt S. Ioannes Baptiſta, vt noſtri Gloſſatores ſæpè dicunt.

Ad tertium, negatur in arbitrio Iudicis eſſe, vt pœnam reus euadat: Nam reus tormentis ſubiectus iterum fateri poſſet: At cur quæſtionibus ſubiecit reum confitentem vel conuictum? Quia *ſi quis vltro de maleficio fateatur, non ſemper ei fidem habendam eſſe*. Vlpianus monet in l. 1. §. Si quis vltro, ff. de quæſt. Ad probationes quod attinet notum eſt, Reſcriptum Diui Adriani, ad Valerium Verum: *Quæ argumenta ad quem modū probanda, cuiq. rei ſufficiant, nullo certo modo ſatis definiri poteſt*, l. 3. §. 1. ff. de Teſtib. Et rurſus ibi. *Te ex ſententia animi tui exiſtimare oportere quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris.*

Ergo Iudex ſubijciens reum quæſtionibus, non videtur habere fidem confeſſioni; Videtur probationes A ſuſpectas habere. Si imperitè agat, iniuſtè, imprudenter, ipſe rationem reddat. Reſpub. quæ eum elegit, puniat, vel aliter proſpiciat, aut ſibi imputet, quod imperitum elegerit & conſtituerit iudicem. Reo tormentis iam afflicto, noua afflictio addenda non eſt, vt perinde condemnetur, ac ſi in priori confeſſione perſeueraſſet. Non habetur ratio hac in re, quòd ex Iudicis imperitia Reſpub. lædatur nocentis hominis liberatione. Quid enim ſi reum abſolniſſet nocentiſſimum? Nonne autoritas rei iudicatæ eum defenderet? Igitur & tortura illata, licet imperitè, eum defendere debet.

Ad l. 1. C. de quæſt. & Gloſ. ibi reſpondeo, nihil ad rem facere. Nā non loquitur de reo ipſo quęſtionibus ſubiecto, poſtquā probationibus conuictus eſt, ſed de ſeruis ipſius rei quæſtionibus ſubiectis, cùm opus nō eſſet. Sic enim ait textus: *In cæteris autem quāquā ea quæ ſeruus contra dominum dixit, iudicātes ſententiam formare non debeant: tamen ſi alijs quoque probationibus fides veritatis inueſtigetur: præſcriptionis inuidia euaneſcit.* Gloſſa autem ſic: *Sed hic de facto fuerunt torti* (ſcilicet ſerui) *ſufficienter tamen alias* probatum eſt. Vnde licet dominus dicat non *debuiſſe torqueri* (ſcilicet ſeruos) *& benè dicat, non tamen per hoc abſoluitur, cùm aliàs ſit plenè probatum, & ſic ſuum dictum pro nihilo eſt, cum & ſeruorum dictum ſit nullum.*

Autor ſum ſtudioſis, & veritatis amatoribus, vt ſemper legum fontes inſpiciant, ex quibus argumenta ducuntur; Sic enim facilè quantum habeant momenti dijudicabunt.

CAPVT VII.

Actio iniuriarum ex lege Cornelia, an ſit annalis vel perpetua.

C ACtionem iniuriarū deſcendentem ex lege Cornelia perpetuam eſſe (quæ fuit olim ſententia Martini Gloſſatoris) frequentiſſimis Doctorum ſuffragijs receptū eſt, vt perſpicere licet ex Balbo de præſcript. 4. parte 4. partis princ. quæſt. 2. nu. 6. Claro in §. Iniuria, verſ. Tollitur aūt. Rolando à Valle, conſ. 39. nu. 15. lib. 2. Mynſingero Cēt. 1. Obſeru. 84. Proſpero Farinacio q. crim. tit. de inquiſitione, q. 10. nō. 23.

Fundamentum eſt, quia actiones, quæ ex legibus proficiſcuntur ſunt perpetuæ, hoc eſt, non minore quàm 30. vel 40. annorum ſpatio extinguuntur, Inſtit. de perpetuis, & tēpo. actio. in principio, l. Sicut, l. Omnes, C. de præſcript. 30. vel 40. annor.

Sed contrariam ſniam amplexus fuit olim Azo in Summa, tit. de iniurijs, quē multi alij ſecuti ſunt, nimirum, annalem eſſe actionē iſtam, Antonius Gomeſius Variar. reſolut. tit. de iniurijs, c. 6. nu. 15. verſ. Dubium
D tamen eſt. Plotus inter cōſ. criminalia, lib. 1. conſ. 131. nu. 19. Rota, deciſ. 240. tit. de iniurijs, in nouiſſ.

Fundamentum eſt, quia odioſa eſt hæc actio, ob infamiam quam irrogat: & quia generaliter & abſolutè dicitur in l. Si non conuitij, C. de iniurijs, actionē iniuriarum annuo tempore præſcribi, quare hæc actio excipiēda eſſe videtur à reliquis actionibus ciuilibus, quæ ſunt perpetuæ.

Equidem negari non poteſt, quin prior ſententia firmiori nitatur fundamento, quia l. Si non conuitij, loquitur de actione prætoria, vt patet ex iniuria, de qua ibi agitur illis verbis expreſſa, *homicidā conuitium obiecisti*. Veruntamen optandum eſſet, Conſtitutionibus Principum tam odioſas actiones Chriſtianæ religioni minimè conſentaneas coarctari ad breuiſſimum tempus, ne in Repub. tam ſæpe obſtreperent; Cuius rei autores legum noſtrarū ſtudioſiſſimos fuiſſe conſtat: quoniam actionem iniuriarum diſſimulatione

A latione aboleri, Iureiurando, Pacto, nec hæredi, nec in hæredem dari ſtatuerunt. Rectè, neque enim iniuriarum actio ad rem pecuniariam ſeu familiarem ſpectat, ſed ad vindictam. Sed dicit Dominus noſter: *Mihi vindictam, & ego retribuam.* Et Lucæ cap. 6. *Diligite inimicos veſtros,* &c. Et Leuit. 19. *Nõ quæras vltionem, nec memor eris iniuria ciuium tuorum.* Et Eccleſ. 10. *Iniuria proximi ne memineris.* Non eſt tamen prohibitum Chriſtiano accuſare alterum, ſi ea ſeruentur, quę Præceptor meus Decianus explicat tract. crimin. lib. 3. c. 4. ex D. Thoma, & alijs.

CAPVT VIII.

Annus quo iniuriarum actio finitur quando incipiat.

B ANnum quo iniuriarum actio finitur ex die irrogatę iniuriæ initium ſumere, Accurſius, Cynus & Albericus docuerunt, in l. Si non conuitij, C. de iniurijs, Rota Romana deciſ. 240. tit. de iniurijs, in nouiſſ. & Clarus §. Iniuria, verſ. Tollitur autem.

Fundamentum eſt, quia iniuria fit tam præſenti, quàm abſenti, l. Item apud Labeonem, §. Conuitium, ff. de iniur. Ergo actio iniuriarum ſiue abſenti competat, ſiue præſenti, ſemper anno finitur: & currit etiam abſenti & ignoranti, conſequenter ex die, quo illata eſt iniuria, non autem ex die ſcientiæ. Præſertim, ſi iniuria publicè nota eſt: nec enim probabilis aut iuſta ignorantia eſt eorum, quæ publicè nota ſunt. Et cùm actio iſta odioſa ſit, hæc interpretatio æquior exiſtimari debet, quia per eam magis coarctatur & reſtringitur.

C Contrariam ſententiam habuerunt Baldus in d. l. Si non conuitij. Bartolus in Inſtit. de iniurijs, num. 3. Hieron. Schurff. conſi. 61. nu. 6. Cent. 1. quos Andræas Geyll. ſecutus eſt lib. 2. Obſeruat. 105. nimirũ annum incipere ex die ſcientiæ, quia eſt annus vtilis, non autem continuus, cùm à Prætore conſtitutus fuerit, vt notat Gloſ. in §. 1. Inſtit. de perpetuis & tempo. actio. & quia currit tantùm ob moram & negligẽtiam non agentium. Ignorans autem non videtur eſſe negligens.

Hanc poſteriorem ſententiam ego ſequor, & hanc ei lucem adfero. Annus plerumq; vtilis eſt, cuius fit mẽtio à Iuriſconſultis, præſertim verò à Prætore conſtitutus, l. Si cum exceptione, §. Poſt annum, ff. de eo, quod met. cauſſa, §. Rurſus, Inſtit. de action. in l. vlt. C. de tempo. in integ. reſtit. in l. Interdum, ff. de minor. l. 1. ff. Quãdo de peculio actio, l. 1. ff. Si quis teſta. liber. &c. notat Antonius Goueanus lib. 1. Variar. lectio. ca. 10. Briſonius lib. 1. de verb. ſig. in verbo. *Annus.* Cuia-D cius de diuerſis & tempor. præſcript. cap. 10. non procul à principio. Franciſc. Marcus deciſ. 26. Bardus de tempore vtili & continuo, c. 8. num. 2. in terminis noſtris. Cuiacius ad l. Si cum exceptione, §. Poſt annum, ff. quod metus cauſſa, vbi textus hãc ſententiam probare videtur, illis verbis: *Et ſanè cùm per metum facta anno quidem vtili exoluerit.*

Annus autem vtilis dicitur, quo experiendi poteſtas datur, l. 1. ff. quæ in fraudẽ credito. l. 1. ff. de diuerſ. & tẽpor. præſcript. Qui verò *neſcit is videtur experiendi poteſtatem non habere,* vt reſpondit Caius, in l. 6. ff. de Calumniat. Et Papinianus: *Cum ſex mẽſes vtiles, quibus experiundi poteſtas fuit, redhibitoria actio præſtetur, non videtur poteſtatem experiundi habuiſſe, qui vitium fugitiui latens ignorauit,* l. Cùm ſex, 55. ff. de ædil. edicto. Idem præclarè Vlpianus docet, in l. 2. ff. Quis ordo in bonor. poſſeſſ. ſeruer. Continuum autem tempus, ſiue annus continuus currit etiam ignoranti, l. Genero, ff. de his qui notaut. infam.

A Igitur annus à Prętore conſtitutus non currit ignoranti: cùm vtilis ſit, & non continuus.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, fatendo iniuriam fieri etiam ignoranti, ſed non inde efficitur etiam ignoranti currere annum qui ad agendũ conſtitutus eſt. Illud veriſſimum cenſeo, quod & Papinianus monet in d. l. Cùm ſex, diſſolutam ignorantiam non excuſare, vt puta ſi quis neſcierit, quod populus ſciebat. Diſſoluta ignorantia non eſt ferenda, l. 6. ff. de iuris & facti ignor. Diſſoluta negligentia propè dolum eſt, l. Si fideiuſſor, ff. Mandati.

CAPVT IX.

Iniuria per Scripturam facta an poſt annum actione propoſita vindicari poſſit?

B INiuriam per Scripturam ſeu libellum famoſum illatam, ſimilem eſſe iniuriæ verbis factę, rectè Ludouicus Romanus mihi reſpondiſſe videtur conſi. 378. nu. 1. quem refert & ſequitũ Aufretius ad Capellam Tholoſanam, deciſ. 127. circa finem. Quamobrem, eius actionem anno expirare reſpondit Plotus conſ. 131. nu. 19. inter conſ. criminalia, vol. 1.

Fundamentum eſt in l. Item apud Labeonem, 15. §. Ait Prætor, ff. de iniur. vbi æquo iure cenſetur iniuria verbis facta, vel ſcripto, dum ait Iuriſconſultus; *Hæc autem ferè ſunt, quæ ad infamiã alicuius fiunt,* &c. *aut ſi carmen ſcribat, vel proponat, vel cantet aliquid, quod pudorem alicuius lædat,* iunctis verbis præcedentibus, quibus dicitur edictũ ne quid infamandi cauſſa fiat ſuperfluum videri, *cùm ex generali Clauſula iniuriarum agere poſſimus.* Conſtat autem actionem iniuriarum verbis factam anno finiri, ex l. Si nõ conuitij, C C. de iniurijs. Ergò & iniuria per libellum famoſum illata, anno extinguetur.

Quæ cùm ita ſint, aſſentiri non poſſum Zaſio in l. Cùm lex, num. 12. ff. de legibus, et Andr. Geyll. eum ſequẽti, lib. 2. Obſeruat. 104. aſſerentibus, iniuriam ſcriptam aut pictam realem cẽſeri: ac proinde anno non extingui, quia Scriptura eſt perpetua & ſemper manet: quod nego: lex quidem perpetua eſt, l. Ariani, C. de hæreticis, non autem eiuſmodi Scripturæ, quas iubet lex corrumpi, atque igne cõſumi, l. Vnica, C. de famoſ. libellis. Quid ergo eſt in cauſſa, vt ĩ re dubia & odioſa actiones annales perpetuas faciamus? Sanè vbi ita receptum ſit, & cautum, vel Conſtitutionibus Principum, vel Conſuetudine Prouinciæ, vt ſcriptæ iniuriæ pro realibus habeantur, & earum actio ſit perpetua, quò magis homines deterreantur, & abſtineant a famoſis libellis, id non improbo, quia res peſſimi exempli eſt, & ſeueriſſimè vindicãdã: ſed verſa-D batur in iure noſtro Iuſtinianæo interpretando, quod eam actionem anno mihi concludere videtur.

CAPVT X.

An veritas conuitij excuſet iniurantem à pœna.

MAxima olim fuit controuerſia hac de re, vt cognoſci poteſt ex conſilio Boerij 4. vbi ſeptem diuerſæ ſententiæ referũtur; nunc verò in hanc diſtinctionem eſt conuentum, quam etiã Imperialis Iudicij Aſſeſſores ſequuntur, teſte Andrea Geyll. lib. 2. Obſeruat. 99. vt ſi quidem conuitium crimen contineat, quod Reipublicæ interſit ſciri atq; innoteſcere, vt puniatur nocens, tunc nulla pœna afficiatur, ſecus autem ſi non ſit tale crimen.

Fundamentum eſt in l. 18. ff. de iniurijs. Paulus,

Eum

Eum qui nocentem infamanit, non eſſe bonum & aquum ob eam rem condemnari. Peccata enim nocentium nota eſſe & oportere & expedire.

Verùm Couar. lib. 1. Variar. reſol. cap. 11. num. 6. aliter exiſtimat, quando praua intentione atque iniuriandi animo huiuſmodi conuitium proferrur. Idem ſenſit Aufrerius ad Capellam Tholoſanã, deciſ. 127. & Don Lodouicus à Peguera, in deciſ. Conſilij Cathaloniæ, quæſt. 13. nu. 15. & 16. Menochius conſil. 42. nu. 29. & 30. lib. 1.

Fundamentum eſt, quia etſi bonum ſit ac Reipublicæ vtile, nocentium crimina nota eſſe: & ea manifeſtari; tamẽ prauus animus reuelãtis, rem efficit iniquam, cap. Cùm miniſter, c. Relegentes, 23. quæſt. 5.

Adferũtur quoque l. Si non conuitij, C. de Iniur. l. Illud, §. Iniuria, ff. de iniur. l. Iuſtiſſimos, C. de off. rector. prouinciæ, l. 2. C. quãdo & quib. quarta pars, li. 10.

Verùm iſtis non obſtantibus communem illam diſtinctionem & veram eſſe cenſeo, & locum ſibi vendicare, licet animo iniuriãdi & praua intentione crimen objiciatur: & hoc intelligo quantum ad forum externum, vt ſcilicet is qui talem iniuriã fecit, & conuitium dixit, non teneatur iniuriarum actione, neque puniri poſſit. Nam quantum ad forum internum ſine dubio peccat is, qui prauam habuit intentionem, & animum iniuriandi.

In hanc ſententiam venio motus autoritate d. l. 18. Certum eſt enim Paulum in ea lege loqui de eo, qui animum habuit infamandi, atque adeò iniuriandi. Nam ſi non haberet quis animum iniuriãdi, nulla eſſet ratio dubitandi, quin ceſſaret actio iniuriarum, & eo nomine condemnatio, l. Si non conuitij, C. de iniur. arg. l. Illud, §. Iniuria, ff. eod. Ratio dubitandi erat illa, quia is qui aliquem infamauit, tenetur actione iniuriarum, l. Item apud Labeonem, §. Ait Prætor, ff. de iniur. Ratio autem decidẽdi eſt, quia crimina proferri in lucem publicè expedit. Hæc ratio publicæ vtilitatis rigori iuris præfertur, ſecundùm quem puniendus eſt, qui alium infamauit, hoc ſemper ſuppoſito, quod animum iniurandi habuerit, nam ſi deſit iniuriandi animus, etiam ceſſante ratione publicæ vtilitatis; non eſt locus iniuriarum actioni. Eſt enim accipiendum Pauli reſponſum de eo, qui tenebatur aliàs actione iniuriarum, conſequenter de eo, qui animum iniuriandi habuit, nam ſine animo iniuriandi non teneretur.

Ad argumentum ſic reſpondeo, prauum animum infamantis efficere quidem rem iniquam, & eum peccare, ſed quia expedit vt nocentium crimina detegantur, æquum non eſſe eam ob cauſſam eum cõdemnari, vt reſpondit Paulus in d. l. 18. Nec ad rem faciunt c. Cùm miniſter, & c. Relegentes, tantùm abeſt, vt huic ſententiæ aduerſentur.

Ad l. Si non conuitij, C. de iniur. & l. Illud, §. Iniuria, reſpondeo, fateor iniuriarum actione teneri eum, qui animum iniuriandi habuit, ſed hoc in caſu iuris rigor remittitur propter publicam vtilitatẽ, quæ hoc exigit, vt delicta puniantur, l. Ita vulneratus, ff. ad l. Aquil.

Sed dices, l. Si non conuitij, loquitur de eo, qui crimen homicidij obiecerat, quod enunciari & puniri expedit. Reſpondeo, non conſtare, an nocens eſſet is, cui obijciebatur, nec conſtare, an ille fuiſſet, vel punitus, vel reſtitutus ac liberatus. Ergo; cùm res in obſcuro ſit, ita accipiendum erit illud Reſcriptum, vt Pauli reſponſo non aduerſetur, quod eſt in d. l. 18. ff. de iniur.

Quod attinet ad l. Iuſtiſſimas, nihil ad rem facit, nihil continet, ex quo argumentum ſumi poſſit, eſſe puniendum eum, qui iniuriandi animo infamauerit nocentem, cuius crimina eſſe nota publicè expediat. Non credis? Non grauabor ego tibi verba adſcribere: *Iuſtiſſimos & vigilãtiſſimos Iudices publicis acclamationibus collaudandi damus omnibus poteſtatẽ, vt honoris eis auctiores proferamus proceſſus: et è cõtrario iniuſtos & maleficos querelarũ vocibus accuſandi. vt cenſura noſtra vigor eos abſumat. Nã ſi vera voces ſint, nec ad libidinẽ per clientelas effuſa diligẽter inueſtigabimus, Prefectis Pratorie & Comitibus, cui per prouincias cõſtituti ſunt, prouincialium noſtrorum voces ad noſtram ſcientiam referentibus.*

Nullũ verbũ puto obſeruare potuiſti, quo lex indicaret puniendũ eſſe eũ, qui nocentẽ animo prauo infamauerit: Etſi enim Imperator inueſtigaturũ ſe dicat, an veræ ſint voces, vel ad libidinem per clientelas effuſæ, ſequitur ne, eundem velle vt ij puniantur, qui nocentem infamarunt aduerſus reſponſum?

Porrò l. 2. C. quando & quib. quarta pars, lib. 10. adducitur propter illa verba: *Quid enim tam durum, tamq; inhumanum eſt, quàm publicatione pompaq; rerum familiarium, & paupertatis detegi vilitatem, & inuidia exponere diuitias?* quæ ſanè verba neque cominus, neque eminus ſententiam noſtram oppugnant, tantùm abeſt, vt eam expugnent.

CAPVT XI.

Quid ſi libello famoſo crimen alicui verum obijciatur, quod publicè expediat notum eſſe, an is, qui libellum infamandi cauſſa ſcripſit, pœna condemnandus ſit capitali.

QVod Paulus ſcribit in l. 18. ff. de iniuriis: *Eũ qui nocentẽ infamauit, non eſſe bonum & aquum ob eam rẽ condemnari. Peccata enim nocentiũ nota eſſe, & oportere & expedire.* Arbitror etiam ad eos pertinere, qui libellum famoſum ſcripſerint, & moueor, quia Paulus loquitur de eo, *qui nocentem infamauit.* Is autẽ dicitur infamare, qui *quodcunque dixerit vel fecerit, vt aliquem infamet*, &c. *aut ſi carmen conſcribat, vel proponat*, &c. l. Itẽ apud Labeonẽ, 15. §. Ait Prætor, ff. de iniurijs. Idẽ habetur in l. 5. §. Si quis librum, ff. eo. tit. & in §. Iniuria, Inſtit. eodem. Autores habeo huius ſententiæ Petrum & Cynum, in l. Vnica, C. de libellis famoſis, Angelũ, in l. Lex Cornelia, §. vlt. ff. de iniurijs, Syluestrum Pierium in Sũma, in verbo, Libellus.

Contrarium docuerunt Gloſ. in d. l. 18. de iniur. in verbo, *infamauit*. Couarru. lib. 1. Variar. reſol. c. 12. ante nu. 7. Petrus Placa, lib. 1. Epitome delictorũ, c. 3. nu. 5. 6. Fulgoſius, in d. l. Vnica, C. de libellis famoſis, ad quos refert ſe Menochius, de arbitr. iudicum, Caſu 263. ad finẽ: Addo ego Steph. Aufrerium, in addit. ad Capellam Tholoſanam, deciſ. 127. & Antonium Gomez. tit. de delictis, cap. 6. nu. 1.

Fundamentum ponunt in d. l. Vnica, C. de libellis famoſis, vbi eſt edictum Valentiniani, & Valentis, in hæc verba: *Si quis famoſum libellũ ſiue domi, ſiue in publico, vel quocũque loco ignarus repererit, aut corrumpit prius quàm alter inueniat, aut nulli cõfiteatur inuentum. Si verò non ſtatim eaſdẽ chartulas vel corruperit, vel igni conſũpſerit; ſed vim earũ manifeſtauerit ſciat ſe quaſi autorem eiuſmodi delicti capitali ſententia ſubiugandũ.* Huculque non facit ad rem noſtram, ſed in ijs ſequentibus verbis: *Sanè ſi quis deuotionis ſuæ ac ſalutis publicæ cuſtodiã gerit, nomen ſuũ profiteatur: & ea quæ per famoſum libellũ perſequenda putauit, ore proprio edicat, ita, vt abſque vlla trepidatione accedat. Sciẽs quòd ſi aſſertionibus ſuis veri fides fuerit opitulata: laudem maximã & præmium à noſtra Clementia cõſequetur. Sin verò minimè hæc vera eſſe oſtenderit: capitali pœna plectetur. Huiuſmodi autem libellus alterius opinionem non lædat.*

Reſpondeo, non dicitur in hoc edicto, pœna capitali plectẽdum eum fore, qui vera crimina libello famoſo complexus fuerit. Apparet quidem ex verbis

edicti

edicti non placere Imperatoribus eorum audaciam, qui libellis famoſis vitam alterius carpunt, & nõ accuſationibus in iudicio, licet vera crimina obijciant, nec alicui etiam placere debet, ſed non dicunt, tales licet vera dixerint, plectẽdos eſſe. Erit ergo edictum ita accipiendum in dubio, vt Pauli reſponſo in d.l.18. non aduerſetur. Et tãto magis hæc interpretatio mihi veroſimilis videtur; quandoquidẽ ex Codice Theodoſiano ſumpta eſt lex illa Vnica, C.de famoſis libellis, vt patet ex l.7. & 9. eiuſdem tit. in Cod. Theodoſiano, in Codice autem Theod. ſub eod. tit. eſt lex prima Imperatoris Conſtantini, quæ apertè ſtatuit eos qui libellos famoſos conſcribunt, comprobare oportere crimina obiecta, nec tamen ſupplicio etiam ſi aliquid oſtẽderint ſubtrahendos eſſe. Cur Tribonianus aliiq́, Compilatores hanc Clauſulam nõ adiecerunt, quæ in d.l.1.C.Theodoſ. continetur; *Nec tamen ſupplicio etiamſi aliquid oſtenderit ſubtrahatur?* Ego ſic exiſtimo, non adiecisſe, ne contraria eſſet lex Pauli reſpõſo, in dicta l.18.

At edictum monet omnes, vt accuſent potius, & probent crimina præmium & laudem relaturi. Concedo, & rectè facit, nos quoque ſuademus & approbamus: ſed non adijcit pœnam facienti contra admonitionem.

Dices, immò adijcit tacitè, quia ſupra dixit capitali pœnæ ſubiugandum eum, qui libellum nõ ſtatim corruperit. Ergò multò magis ſubiugandus erit is, qui compoſuit libellum famoſum. Concedo, ſi falſa dixerit. Si crimina non probauerit vera eſſe, nam ſi nocentem infamauerit, æquum bonum non eſt condemnari eum, atque ita ex Pauli reſponſo edicti ſumendam interpretationem ſtatuo. Scio Conſtitutionibus ac legibus municipalibus nonnullis pœnam ſtatui, etiamſi quis nocentem infamauerit libello famoſo, ſed quæro nunc ex Iuſtinianæo iure articuli huius definitionem, nõ ex aliorum ſanctionibus & decretis, quæ nec improbanda ſunt, quo magis petulantia detractorum & maleuolorum hominum coerceatur.

CAPVT XII.

An liceat verbis prouocato reſpondere conuitium falsò dicenti: Tu mentiris.

NOn licere verbis iniurioſis prouocato dicere: *Tu mentiris*, licet verum dicat, & conuitium falſum ſit, docet Iulius Clarus, dicere cõmunem eſſe opinionem in §. Iniuria, verſ. Quæro etiam, & Villalobus in lib. commu. opinionum, verſ. Actione iniuriarum tenetur, nu.27. Lancellotus Corradus tract. de Duello, parte 1. quæſt.19. nu.11.

Fundamentum eſt, quia is qui dicit alicui; *Tu mentiris*, primò illatam iniuriam repellit. Deinde nouam et infert. Facit enim eum calumniatorem, quoniam dicere, *Mentiris*, idem eſt, ac ſi dicatur; Tu ſcienter falſum dicis, quod calumniatoris eſt propriũ, l.1.§.1. ff. ad Turpilian. vt notat Alciatus in conſil.248. nu.5, Conſequenter prouocatus excedit terminos moderatæ defenſionis: quare licet mitius puniendus ſit, non tamen prorſus impunè id ferre debet, quia ſecundùm communem Doctorum ſententiam prouocatio delinquentem non excuſat, licet hoc efficiat, vt mitius puniatur, teſte Boerio, conſ.4. num.28. & Claro, q.60. verſ. Nunc quæro.

Contrarium reſponderunt Speculator tit. de Aduocato, §. Iam nunc videndum, nu.3. Bartolus, nu.2. Caſtrenſis, nu.3. in l. Quę omnia, §.1. ff. de procurat. Albericus in 2. parte ſtatutorum, quæſt.42. Abbas & Felynus, in cap. Cùm te, de re iudic. Baldus, in conſi.46. lib.3. Decius, conſ.487. nu.5. & 686. num.14. Lucas de Penna, in l. Erat, num.5. C. de peculio Caſtren. militis, lib.12. Bertachinus in Repertorio, in verbo, Iniurioſa, num.63. in fine. Lancellotus Corradus, de officio Prætoris in cauſis criminalibus, Rubr. de iniuriantibus, nu.4. Capycius deciſ.58. nu.2. Alciatus, conſ.363. nu.2. & 368. nu.4. Iaſon, in l. vt Vim, nu.36. ff. de iuſt. & iure. Socinus iunior, conſ.123. nu.21. lib.2. Menochius, conſ.42. nu.20. lib.1. Io. Vaudus, lib.2. quæſt.28. Andræas Geyll. lib.2. Obſeruat.100.

Argumẽta ſunt iſta. Primum ex l. Quæ omnia, §.1. ff. de procur. in illis verbis: *Sed ſi aduerſarius vel ipſe procurator dicat dominum mentiri, apud Prætorem hoc finiri oportet*, hæc enim verba pertinent ad purgationem conuitij, vt infrà ſequitur ibi: *Niſi fortè purgare magis conuitium, quàm procurationem exequi maluerit.* Et paulò inferius, ait Vlpianus: *Cæterum ferendus eſt pudorem ſuum purgans.*

Secundum eſt ex l.14. §. Si libertus, ff. de bonis libert. in illis verbis: *Idem puto & ſi ab eo retorſit in eum penitus crimina. Ignoſcendum eſt enim ei ſi voluit ſe vlciſci prouocatus.*

Tertium ſumitur ex ſacris literis Hierem. cap.37. *Ad Chaldæos transfugis, reſpondit Hieremias, falſum eſt.* & lib.3. Regum, cap.3. dixit meretrix, cuius filius viuebat, alteri meretrici: *Mentiris.*

Quartum ex l. Deuotũ, C. de Metatis & Epidemeticis, lib.12. in illis verbis: *Nec crimen aliquod pertimeſcat, cum ſibi arbitrium vltionis ſuæ ſciat eſſe conceſſum.*

Quintum eſt, quia dicens: *Tu mentiris*, non habet animum iniuriandi, ſed ſe purgandi, eo quòd falsò crimen obijciatur. Conſtat autẽ iniuriarum actione non teneri eum, qui animũ iniuriandi non habuit, l. Si non conuitij, C. de iniur. l. Illud, ff. eod. tit.

Sextũ eſt, quia ſi licet vim vi repellere facto & reipſa illatam, l. Vt vim, ff. de iuſt. & iure. Videtur etiam licere verbis iniuriam illatam repellere, quia eſt eadem ratio.

Septimum, paria delicta mutua compẽſatione tolluntur, l. Viro, ff. ſol. matr. l. Si ambo, C. de compenſat. Sed in propoſita facti ſpecie deliquit is, qui iniuriam & conuitium intulit, Ergo compenſari debet cum altero delicto prouocati, qui reſpondit: *Tu mentiris.*

Octauum, Iniuriarum actio ex bono & æquo eſt, l. Non ſolùm, §. ff. de iniur. Bonum autem & æquum non videtur, vt in eum quis actionem intendat iniuriarum, quem prius ipſe iniuſtè prouocauit. Culpa enim penes eum reſidere intelligitur, quia adortus eſt prior, & quæ inde ſubſequuntur, nõ offenſioni ſed defenſioni imputari debent, argum. l. Si ex plagis, §. Tabernarias, ff. ad leg. Aquil. l.1. §. Cùm arietes, ff. ſi quadrupes paupe. feciſſe dicatur.

Hanc ſententiam poſteriorem tot ſuffultam argumentorum præſidijs, tanta & tam euidenti æquitate ſubnixam, tot autoritatibus munitam, & ipſe lubens ſequor: Et pro eius confirmatione addo hanc rõnem, Si in propoſita facti ſpecie prouocatus verbis iniurioſis, incideret in pœnam propter illa verba: *Tu mentiris*, iſtud eſſet, quia videtur iniuriam quandam continere, quaſi calumniator ſit is, & ſcienter falſum dixerit, qui prior conuitium dixit. Sed hoc genus iniuriæ (poſita veritate, hoc eſt, verum eſſe eum qui conuitium prius dixit mentiri) non meretur pœnam. Ergo dicens: *Tu mentiris*, ei qui falſum crimen exprobrauit, pœnam non meretur.

Aſſumptio argumẽti probatꝛ ex l.18. ff. de iniur. vbi Paulus reſpondit, eum qui nocentẽ infamauit, *æquum non eſſe ob eam cauſſam condemnari, Crimina enim nota eſſe & oportere, & expedire.* Expedit ergo & oportet notam eſſe calumniam eius, qui verba iniurioſa dixit, expedit ſciri, eum calumniatorem eſſe, vt puniatur, vt caueant cæteri, Ergò pœnam non meretur

tur is, qui coarguit eum mendacij, & tacitè calumniatorem dixit.

Quo argumento reſponſio elucet ad argumentum contrariæ ſententiæ. Dato enim quod ea eſſet ſignificatio verbi, *Tu mentiris*, ſaltem ex moribus, & loquẽdi vſu communi (nam nec natura verbi, nec ius noſtrum talem agnoſcit ſignificationem) tamen id non obſtat, quia ſupponimus verum eſſe, quod illo verbo continetur, ſcilicet iniuriantem falſum dixiſſe, & conſequenter calumniatorem præſumendum. Nec enim ignorantia eum excuſatione dignum facit, quia antequam obijceret crimen, inueſtigare veritatem rei debuerat, nec temere ad iniuriam deſilire, quemadmodum leges dicunt, eum qui agit certum eſſe debere, & prius diligenter rem explorare, & tunc ad agendum procedere, l. Qui in alterius, 42. de regul. iuris.

Quòd verò dicebatur, prouocatum non penitus eſſe abſoluendum, quanquam mitius puniendus ſit, ex B communi Doctorum ſententia, locum habere poteſt in eo, qui factis prouocatus exceſſit modum inculpatæ tutelæ, vel in eo qui alias intulit iniurias, & conuitia prouocanti, non autem in eo, qui crimina ſibi obiecta purgauit, dicens ad iniuriantem, *Tu mentiris*. Hic enim ita dicit purgandi ſe gratia, & ea eſt præcipua intentio eius, non autem alterum lædendi. Quod ſi ea purgatio continet tacitè quandam iniuriam, id ſpectandum non videtur. Nec aliter loquitur text. in cap. Veniens, de iureiur. quo potiſſimùm nititur illa communis ſententia, ibi. *Alternatim conuitia inferendo*. Nec deſunt qui prouocatum etiam abſolutè, ac in totum venia dignum putent, apud Tiraquel. de pœnis legum, cauſa 1. num. 12. quorum ſententiam in terminis quæſtionis noſtræ veriſſimam eſſe non dubito.

CAPVT XIII.

Excipiens contra teſtes in iudicio quod ſint falſarij, improbi, crimin oſi, &c. & non probans, an teneatur actione iniuriarum.

Grauis quoque controuerſia eſt; an actione iniuriarum teneatur excipiens in iudicio contra teſtes eo quòd falſarios eos eſſe dicat infames & improbos, &c. Et hæc non probans. Aliquibus affirmantibus teneri, aliquibus verò id negantibus. Vide Angelum, Salyc. Iaſonem & Baldum in l. vlt. ff. quod quiſque iuris, Oldradum conſ. 53. Boerium conſ. 4. nu. 21. & 22. Aufrer. ad Capellam Tholoſanam deciſ. 409. Boſſium tit. de Iniurijs, nu. 21. Clarum q. 53. verſ. Caueant. Andr. Geyll. lib. 2. Obſeru. 101. nu. 7. vbi alios citat.

Affirmantis ſententiæ fundamẽtum eſt in l. Si non conuitij, & l. Si quidem, C. de iniur. in l. Si tibi, C. de D lib. cauſa, in l. Si verò, §. 1. ff. qui ſatiſd. cogan. in c. 1. de elect. lib. 6. & c. Super his, de accuſa. in l. 1. C. de Aduocatis diuerſor. iudicio.

Negantis autem ſentẽtiæ fundamentum eſt in l. vlt. ff. quod quiſq; iuris, & in l. Deferre, §. Si communem, ff. de iure fiſci, in l. Nulla, C. de dilator. lib. 10. in l. Qui cum natur. 14. §. Si patris, ff. de bonis libertor. in l. Qui ex libertate, ff. de lib. cauſa. in l. Si libertus, ff. de in ius vocan. Et quia excipiens nõ videtur teſtibus crimina obijcere animo iniuriandi, ſed iuris ſui ac ſe defendẽdi gratia. Nemini autem iniuriam facit qui ſuo iure vtitur, l. Nullus, de reg. iur. & iuris executio non habet iniuriam, l. Iniuriarum, §. 1. ff. de iniur.

Obſeruaui ego bis in collegio inclyto facultatis Iuridicæ almę Vniuerſitatis Ingolſtadienſis pronunciatum fuiſſe, non teneri actione iniuriarum eũ, qui talia crimina aduerſus teſtes oppoſuerit, quia ſcilicet ani-

A mum iniuriandi non habet, ſed defendendi ſe; Perpendi ego aliàs pro huius ſententię cõfirmatione tex. in l. Si quis de libertate, 52. ff. de iniurijs, vbi Caius: *Si quis de libertate aliquem in ſeruitutem petat, quem ſciat liberum eſſe, neque id propter euictionem, vt eam ſibi conſeruet, faciat, actione iniuriarum tenetur*. Et l. Deferre, ff. de iure fiſci, in illis verbis: *Sed communem cauſam ſibi cum fiſco quiuis deferre poteſt, nec per hoc famoſus eſt, licet in cauſa ſua non obtinuerit*. Sic & in d. l. Delator, 44. ff. eodem. *Delator non eſt qui protegendæ ſuæ cauſæ gratia aliquid ad fiſcum nunciat*. Quibus legibus difficilem eſſe reſponſionem dicebat Oldradus in dicto conſilio 53. in fine, nec ſe videre rationem diuerſitatis.

Ad leges pro contraria ſententia allatas ita reſpondeo. Ad l. Si non conuitij, nihil ad rem facere, quia loquitur de eo, qui in rixa conuitium dixit. Ad l. Si quidem, reſpondeo, eam legem non loqui de eo, qui ſui B iuris aſſerendi aut defendendi gratia auiam ſuam ancillam eſſe dixit, ſed infamandi cauſa, vt patet ex illis verbis: *Si auiam tuam ancillam infamandi cauſa reipub. Ciuitatis Comanenſium dixit*, &c.

Ad l. Si tibi, C. de lib. cauſ. reſpondeo, eam loqui de eo, qui improbè ſeruitutis quæſtionem mouit, id eſt, *per calumniam*, vt exponit Gloſ. ibi, at non loquimur de eo qui ſe defendendi gratia exceptiones oppoſuit.

Ad l. Si verò, §. 1. ff. qui ſatiſd. cogan. reſpõdeo, non facere ad rem noſtram, nam loquitur de eo qui euidẽtiſſimè locupletem, aut approbatum fideiuſſorem non accepit, *quia ſanè non ſine qualibet iniuria eſt*, inquit, *duci in ius eum qui ſatis idoneum fideiuſſorem det*.

Ad c. 1. de elect. lib. 6. reſpõdeo, loqui de eo, qui crimina obiecit aduerſus electum, & non dicit eum teneri actione iniuriarum, ſed Eccleſiaſticis beneficijs ſuſpenſum eſſe, &c. Idem dicitur in d. c. Super his, de C accuſa. vbi dicitur puniendũ eſſe talem excipientem, & crimina obijcientem ſecundum arbitrium Iudicis diſcreti. De eo autem qui excipiendo crimina oppoſuit, vt quis à teſtificatione vel accuſatione repellatur, & non probauit, nihil ibi decernit S. Pontifex an ſit puniendus, necne.

Ad l. 1. C. de aduoc. diuerſor. iudicior. reſpondeo, loqui de eo qui inſtituit accuſationem, contra patronum cauſæ, quia præuaricatus fuiſſet: & ait, *ſi non docueris præuaricatum calumnia notaberis*, quod nil commune cum quæſtione noſtra habet.

CAPVT XIV.

In accuſatione vel inquiſitione de crimine falſi, an ſit neceſſe locum & tempus adijcere commiſſi delicti?

D *Paulus. Libellorum inſcriptionis conceptio talis eſt, Cõſul & dies. Apud illum Prætorem vel Proconſulem Lucius Titius profeſſus eſt, ſe Maniam Lege Iulia de adulterijs ream deferre, quod dicat eam cũ Caio Seio in Ciuitate illa, domo illius, menſe illo, Conſulibus illis adulterium commiſiſſe. Vtique enim & locus deſignandus eſt, in quo adulterium cõmiſſum eſt, & perſona cum qua admiſſum dicitur, & menſis. Hoc enim lege Iulia publicorum cauetur, & generaliter præcipitur omnibus, qui reum aliquem deferunt*. l. 3. ff. de Accuſat. Idem ferè habetur in l. In cauſis, C. eod. tit.

Sed controuerſia eſt, an hæc ſolẽnia quæ ad locum & tempus pertinent commiſſi delicti adhibenda ſint, etiam in accuſatione vel inquiſitione criminis falſi. Negat Gloſ. in Inſtit. de publicis iud. in prin. in verbo *& in inſtituendo*. Baldus in cap. 1. nu. 20. quibus mod. feud. amittatur. Angelus de Maleficijs, in vet. Falſario, nu. 37. Marſil. Sing. 163. Ferantes Garzateus inter

conſil.

conſ.crimin.vol.1.conſ.125. D.meus Cephalus,conſ. 304.nu.114.lib.3.Menochius conſ.100.nu.88.lib.1.

Fundamentum ſi requiras, nullum aliud inuenio quàm illud,quod falſum occultè committatur, & idcirco acerrimam indaginem fieri oporteat,*argumentis,teſtibus,ſcripturarum collatione, alijſq; veſtigijs veritatis, nec accuſatori tantùm quaſtionem incumbere, nec probationis eidem totam neceſſitatem iniungi, ſed inter vtramque perſonam iudicem eſſe medium*, vt in l.Vbi, C.ad l.Cornel.de Falſis.

Sed profectò ſi verum amamus,non eſt hoc fundamentum tanti roboris,vt à generali iuris regula falſi crimen excipiendũ perſuaderi cuiquam poſſit. Nam quod crimen magis occultè perpetratur quàm adulterium? Tamen locus & menſis in eius accuſatione deſignandus eſt,vt in d.l.3.

Quod verò crimen falſi diligenter ex omnibus inditijs perquirendum ſit,nec vno probationis genere; & quod tota inquirendi de crimine, & illud probandi neceſſitas accuſatori non incumbat, ſed etiam iudex medius eſſe debeat, & laborare, vt detegatur, hæc, inquam, non eximunt accuſatorem ab implendis iuſtis ac ſolennibus accuſationis. quia hæc optimè cohærent ſimul,vt accuſationis libellus contineat locum & tempus, & poſtea & accuſator & iudex diligenter probationes omnes & argumenta, veritatis inquirant.

Contrarium igitur rectè docuit *Ægidius Boſſius* in tit.de Inquiſitione,nu.90. quem ſequitur Iulius Scarlatinus conſ.118.no.2.inter conſ.crim.vol.1.

His adſtipulatur d.l.3.ff.de accuſat.etenim crimen falſi nulla lege excipitur, nullaque ratione euidenti, aut ſaltem probabili excipiẽdum eſſe oſtendatur. Maneat ergo ſub generali legis præcepto, cuius mentio fit in d.l.3.

CAPVT XV.

Quæ ſint legitima inditia ad inquiſitionem ſpecialem, de crimine contra aliquem inſtituendam.

GRauis diſputatio eſt, quæ ſint inditia legitima ad formandam ſpecialem inquiſitionem de crimine contra aliquem, variæque ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ. Aliqui dixerunt Iudici verè vel præſumptiuè (ſic loquuntur) conſtare oportere eum deliquiſſe, de quo inquiritur. Ita Angelus de Maleficijs, in verſ.Hæc eſt quædam inquiſitio,§.2. Alij ſufficere leuia inditia & leuiora quàm ad torturam. Ita Brunus de Inditijs,2.parte,quæſt.6.nu.4.Boſſius de Inquiſitione,nu.61. Alij dixerunt,inditia quæ ſufficiunt ad capturam, multò magis ſufficere ad inquiſitionem. Corrad.Lancellotus, Pract. criminali, tit.de Inquiſitione, num.34. Alij docuerunt eadem inditia requiri quæ ad torturam requiruntur. Clarus, §.20. verſ.Ad formandam.Poſt hos Menochius,lib.1.Præſump.88. inter inditia ad inquiſitionem enumerat famam,graues inimicitias, fugam,teſtimonium ſocij criminis, aſſertionem offenſi in articulo mortis, & denunciationem Officialis publici.

Nouiſſimè doctiſſimus Farinacius,arbitrio Iudicis id remittendum cenſet, tit.de Inquiſitione, quæſt.1. poſt num.45.verſ.Propterea crederem.

Ego harum opinionum nullum in iure fundamentum inuenio,quod dignum relatu ſit:& meritò id accidit,quia ſecundum rectam iuris rationem, nulla ex dictis ſententijs conſiſtere poteſt.

Exiſtimo igitur inquiſitionem ſpecialem de delicto contra aliquem fieri non poſſe, niſi præcedente legitima diffamatione,& ideo cùm quæritur,quæ inditia ſint legitima, ex quibus inquiſitio formari poſ-

A ſit,reſpondendum eſſe, diffamationem legitimam,legitimum inditium eſſe, non quia ſi modo diffamatio præcedat, cætera inditia & argumenta nihil valeant, ſed quia ſi legitima non præcedat diffamatio, non poteſt inquiſitio de iure formari,tametſi alia ſint inditia & probationes delicti cõmiſſi.Confeſſionem rei ſemper excipio,quia ſi adſit, inquiſitio non poteſt impugnari,c.1.de accuſat.lib.6.Scio quoque,nõ reclamante reo inquiſitionem factam valere, omiſſa diffamatione,ex c. . . ,eod.tit. Fateor quoque,reum interrogari poſſe à Iudice an delictum commiſerit, ſi grauibus inditijs & argumentis, vel ſemiplena probatione ſuſpectus ſit, ex ijs quæ tradit S.Thomas, 2.2.q.69. art.2.ſed non inde inferri poteſt,inquiſitionem ex dictis inditijs formari poſſe, ex D.Thomæ ſententia, vt animaduertit Nauarrus ad Rubr. de indicijs, nu.78. quamobrem hoc determinatè requiri,vt inditia orta

B fuerint ex infamia publica, qua reus laborauerit,circa crimen quod inquiritur, ad hoc, vt alij de ipſo reo interrogati poſſint, an delictum commiſerit, notauit quoque Reuerendus Pater Gregorius de Valentia, in 3.tomo Diſput.6.q.13. puncto 4. vbi multa de hac materia præclarè diſputat.

Sed iam confirmanda eſt hæc ſententia noſtra,quæ indicia ex ſola infamia publica orta requirit ad inquiſitionem formandam. Eam igitur confirmo textu Iuris Canonici, ex quo hæc inquiſitionis materia potiſſimum deſcendit, & ratione quoque euidenti.

Textus eſt in c.Inquiſitionis,21.de accuſ. & inquiſ. vbi ſic legitur: *Tertia dubitationis articulus continebat; verum cùm duo vel plures iurati affirmant aliquem crimen aliquod eiſdem videntibus commiſiſſe: de quo aliquis infamia non laborat, aliquam illi pœnam infligere debeatis.* Et paulò infrà: *Ad hæc reſpondemus, nullum eſſe pro crimine, ſuper quo aliqua non laborat infamia, ſeu clamo-*

C *ſa inſinuatio non præceſſerit, propter dicta huiuſmodi puniendum; quinimò ſuper hoc depoſitiones contra eum recipi non debere: cùm inquiſitio fieri debeat ſolummodo ſuper illis, de quibus clamores aliqui præceſſerunt.*

Habemus textum clarum Innocentij III.apertè reſpondentis infamiam requiri, & ſuper illis ſolummodo inquiſitionem fieri oportere, de quibus infamia præceſſit. Et loquitur S. Pontifex in ea facti ſpecie, qua duo pluresve iurati teſtes affirmant aliquem eis videntibus deliquiſſe, quæ ſanè depoſitio non ſolum ad torturam ſufficit, verùm etiam ad condemnationem,ſi teſtes ſint omni exceptione maiores: Nihilominus ait Pontifex Maxim. oportere vt reus infamia laboret,& clamoſa inſinuatione, qua ceſſante,nec teſtes recipi poſſe, nec inquiſitionem fieri debere: Vbi ſunt ergò qui dicunt alia inditia ſufficere ad inquiſitionem, cùm duo vel plures iurati teſtes de viſu,vt loquuntur,non ſufficiant?

D Ratio autem his accedit euidentiſſima, ſumpta ex c.Qualiter & quando, 24.eod.tit.de accuſ.& inquiſ. Nam cùm obijci poſſet aduerſus iudicem inquirentem, eundem eſſe non poſſe accuſatorem & iudicem. Videri autem iudicem fungi accuſatoris vice, dum inquirit delictum, reſpondet huic tacitæ obiectioni S.Pontifex his verbis: *Non tanquam idem ſit accuſator & Iudex, ſed quaſi denunciante fama, vel deferente clamore officij ſui debitum exequatur.* Ergò ſi nulla fama Iudici maleficium denunciauerit, ſi nullus clamor ad aures eius peruenerit, nulla erit iuſta inquirendi cauſa: nulla ratio eum defendet; quò minus & Iudicis, & accuſatoris officio perfungatur, neceſſaria igitur diffamatio, *non quidem à maleuolis & maledicis, ſed à prouidis & honeſtis*, vt monet S.Pontifex in d.c.Qualiter, & quando, 24.

CAPVT XVI.

Sitne reus definitiuè abſoluendos, quando crimen ab eo commiſſum fuiſſe Iudici non eſt probatum.

IRrepſit in iudicijs criminalibus cõſuetudo, vt rei de crimine accuſati, vel inquiſiti, nunquam definitiuè abſoluãtur, niſi ſuam probent innocentiam. Nam ſi crimen nõ probetur, abſoluuntur ab obſeruatione iudicij; quo fit, vt nouis indicijs ſuperuenientibus iterum accuſari ac deferri poſſint, quaſi Reipublicæ expediat ita fieri, ad punienda ſcelera, & effugiendas delatorum præuaricationes. Vide Iodocum Damhouderium pract. crim. c. 40. Clarum q. 62. verſ. Forma. Boſſium tit. de ſent. num. 68. Couar. lib. 1. Variar. reſolut. c. 1. nu. 8. Farinacium nouiſſimè, titulo de Inquiſitione, q. 4. num. 27.

Sed contra leges & iuſtitiam hæc fieri rectè aliqui monuerunt, Iodocus vbi ſuprà, Antonius Gomeſ. tit. de Tortura reorum, nu. 28. Hieronym. Magonius deciſ. Lucenſi 89. num. 11. in 1. parte, quibus ego facilè conſentio.

Nam regula iuris docet, actore nõ probante reum eſſe abſoluendum, l. Qui accuſare, C. de Edendo. & hæc abſolutio definitiua ſententia eſt, quæ prætextu probationum poſtea repertarum reſtaurari non debet, l. Sub ſpecie, C. de re indic. Habet autem actor appellationis remedium, quo nouas apud iudicem probationes adferre poteſt, l. Per hanc, C. de temp. appel. ſi eo non vtatur, ſed acquieſcat rebus iudicatis, non poteſt reus eandem ob cauſam accuſari; quod & indicat l. Qui de crimine, C. de accuſ. Et expreſsè declarat Summus Pontifex, dum ait: *De his criminibus de quibus abſolutus eſt accuſatus, non poteſt accuſatio replicari.* c. De his, de accuſat.

Expedit quidem Reip. vt crimina non remaneant impunita: ſed expedit quoque vt ſarta tecta ſit rerum iudicatarum autoritas.

Non huc pertinet l. Si qui adulterij, C. ad l. Iul. de adul. quia non fuit ibi lata ſententia, & dato quod lata fuiſſet, ratio quædam ſpecialis fuit, vt delinquens puniretur, qui falſo conſanguinitatis colore crimina depulerat. Sunt & alij ſpeciales caſus, quibus ſemel abſolutus iterum accuſari ob eandem criminis cauſam poteſt, quos eleganter explicat Couar. lib. 2. Var. reſolut. cap. 10. ſed regula eſt in contrarium, quæ noſtræ ſententiæ optimè ſuffragatur: quia non loquimur de caſibus, quibus ſpecialiter à regula receſſum ſit.

Dices, *Graue* (inquit S. Gregorius) *ſatis eſt, & indecens, vt in re dubia certa detur ſentẽtia.* c. Graue, 11. q. 3. Reſpondeo, ſi res ſit dubia, laborandum eſſe vt clara reddatur. Torquendũ reum ſi adſint indicia ad eruendam veritatem. Si non id patiatur perſonæ conditio, nõ eſt culpa Iudicis: qui cùm de qua re cognouit pronunciare quoque cogendus ſit, l. De qua re, ff. de iud. abſoluere reum debet, memor eius quod Vlpianus ſcribit, ex ſuſpicionibus neminem damnandum, & ſatius eſſe, nocentem abſoluere, quã innocentem condemnare, l. Abſentem, ff. de pœnis. Item eius quod alibi ſcriptum eſt, probationes criminum luce meridiana clariores exigi, l. vlt. C. de probatio. Delicta non eſſe præſumenda, l. Meritò, ff. pro ſocio.

CAPVT XVII.

Gratia delinquenti à Principe conceſſa, an ad bona extendatur confiſcata?

SI Princeps delinquenti gratiam fecerit, plenè reſtitutum videri, & idcirco bona confiſcata recuperare, communis eſt ſententia Doctorum, ſi credendum eſt Claro, quæſt. 59. verſ. Quæro nunquid, & Boſſio, de remedijs ex ſola clementia Principis, num. 5. Bonacoſſæ, lib. 1. Commun. opin. verſ. Gratia ſeu remiſſio ex doctrina Bartoli, in l. vlt. circa finem, C. de ſent. paſſis, cuius mentionem facit Iaſon, in l. Beneficium, col. 4. verſ. Perpetuò nota, ff. de conſtit. Princip.

Fundamentum verò eſt, quia beneficia Principum latiſſimè accipienda ſunt, d. l. Beneficium, ff. de conſt. Princ. Huc accedit l. 1. §. Si quis vltrò, ff. de quæſt. ibi: *Potes itaque decreti gratiam facere.* Et rurſus ibi: *Hac epiſtola ſignificatur, quaſi ſeruus damnatus ſi fuiſſet reſtitutus*, &c.

Verùm ſi conſulamus legum autores & interpretes, nec veram eſſe dictam ſententiam comperiemus, neque communem. Etenim, veram non eſſe, palam eſt ex eo, quod leges diſcrimen conſtituunt inter gratiam, ſiue indulgentiam, & reſtitutionem: Reſtituere in integrũ, eſt honoribus, ordini, & cæteris omnibus

B reſtituere, l. 1. C de ſent. paſſis; *Indulgentia reſtitutio, bonorum ac dignitatis vno nomine amiſſorum omnium eſt recuperatio.* l. vlt. C. eo. tit. Indulgẽtia verò ſiue gratia ſimplex, liberat tm̃ à pœna, niſi ſpecialiter bonorum reſtitutionem quis impetrauerit, l. 2. C. de ſentẽ. paſſis. l. 4. 7. eo. tit. l. 3. C. de Generali abol. l. 2. ff. eo. tit.

Communem verò non eſſe perſpicuum mihi videtur: quia contrarium docuerunt Cynus & Salycetus, in l. vlt. C. de ſent. paſſis. Angelus inter conſ. criminal. vol. 1. conſi. 70. num. 15. Antonius Gomeſ. de tortura reorum, nu. 38. Berous conſ. 76. nu. 104. 107. lib. 1. Burſatus alios citans, conſil. 84. num. 10. lib. 2. Rolandus à Valle, alios ſimiliter adducens, conſ. 45. nu. 2. lib. 4. Farinacius tit. de Inquiſitione, q. 6. nu. 28. Peregrinus, de iure fiſci, lib. 5. tit. 2. num. 17.

Ad l. Beneficium, reſpondeo, illam eſſe regulam generalem, ſed hanc eſſe legem ſpecialem quę declarat quid ſit gratia & indulgentia: & quid reſtitutio. Spe-

C cialis hæc conſtitutio in terminis noſtris derogat regulæ generali, quia generi per ſpeciem derogatur.

Nec mirum, quia ſtrictè accipienda ſunt Reſcripta fiſco damnoſa, argum. l. Nec damnoſa, C. de precib. Imp. offeren.

Ad rem non pertinet l. 1. §. Si quis vltrò, quia loquitur de reo innocente: Gratia decreti procul dubio pleniſſima eſt, vt & bonorum reſtitutionem cõtineat, ſi quę ablata eſſent. quia iniquum eſt, innocentem puniri amiſſione bonorum.

Nec Bartoli dictum ſuffragatur contrariæ ſententiæ, non enim dicit gratiam eſſe eandem cum reſtitutione, ſed ait, in dubio ſi non conſtet an Princeps reſtituere vel gratiam facere voluerit, beneficium principis latiſſimè interpretandum, vt contineat reſtitutionem: at nos loquimur in claris terminis gratiæ conceſſæ: Verba Bartoli hæc ſunt: *Ciuitas ſtatuit, quod banniti rebanniantur, an iſtud rebannire habeat vim in-*

D *dulgentiæ an reſtitutionis?* &c. *Breuiter dico, quod de hoc eſt caſus, quod verba dubia debent intelligi, quod ſonent reſtitutionem magis quàm indulgentiam, l. 1. §. pen. ff. de quæſt.* &c.

CAPVT XVIII.

Reſtitutus in integrum ex gratia Principis, an recuperet precium bonorum à fiſco alienatorum?

COmmunis eſt & vera Doctorum ſententia, reſtitutum in integrũ à Principe ex gratia, licet bona alienata à fiſco nõ recuperet, tamẽ precium quod ad fiſcum peruenit recuperare, ita Bartol. in l. vlt. nu. 7. C. de ſenten. paſſis. Iaſon, in l. Gallus, §. Et quid ſi tm̃, nu. 57. de lib. & poſthumis. Sfortia Oud. alios citans, de reſtitutione in integrũ, parte 2. quæſt. 99. art. 5. adde Peregrinum, de iure fiſci, lib. 5. tit. 2. num. 27.

Fun-

A Fundamentum eſt in l.Sed & ſi lege, §. Item ſi rem diſtraxit, ff.de petit.hæred.vbi patet bonæ fidei poſſeſſoré teneri quatenus ex precio rei hæreditariæ quam vendidit, locupletior factus eſt. Nam cùm bona confiſcata ſunt, fiſcus bonæ fidei poſſeſſor eſt, & loco hæredis habetur, l.Tutoris, C. ad l.Iul.de vi.

Sed valde infirmum eſt hoc fundamentum. Reſpõdit enim Nellus in tract.de Bannitis, in prima parte tertij temporis, quæſt.6. dictũ §.Item ſi rem diſtraxit, ad caſum hunc non pertinere, quia loquitur de reſtitutione, quæ iure communi fit, ex iuſtitia, cùm ſcilicet hæres verus omnia hæreditatis iura recuperat, quo caſu bonæ fidei poſſeſſor, In quantum locupletior factus eſt, tenetur ex Senatuſconſulto quod recenſetur in l.Et non tãtùm, §.Præter hæc, ff.eod.tit. Ait in quæſtione noſtra de reſtitutione agitur, quæ fit ex gratia Principis, ac proinde non tam fauorabilis eſſe debet, ſicut quæ ex iuſtitia fit.

B Exiſtimo tamen iuri conſentaneam eſſe cõmunem ſententiam, quia in integrũ reſtituere nihil aliud eſt, quàm honoribus, ordini, cæteriſque omnibus reſtituere, l.1.C.de ſenten.paſſis. Item *Indulgentia reſtitutio bonorum ac dignitatis vno nomine amiſſorum omnium recuperatio eſt*. l.vlt.C.eod.tit. Et licet ad bona alienata non extendatur, quia gratia vni conceſſa, non debet alteri præiudicare, l.2.§.Meritò, ff.Ne quid in loco publ. nihil tamen proponitur, cur ad precium bonorum venditorum, quod ad fiſcum peruenit, porrigi nõ debeat. Nam ſi bona fiſcus haberet, inter omnes conſtat, reſtituenda eſſe, cur igitur preciũ reſtituere fiſcus non debeat? Certè, eſt eadem ratio in precio, quæ in bonis ipſis: Et leges non verbis, ſed rebus conditæ ſunt, l.2. C.commu.de leg.

Contraria ſententia magis placuit Alciato in d.l.Gallus. §.Et quid ſi tantùm, num.122.ff.de lib.& poſthum. Et Antonio Gomeſ.tit.de Delictis, c.13.nu.39. necnon Nello ſuperiùs citato, qui teſtatur in Italia nõ C ſeruari eorum ſententiam, qui reſtituendum à fiſco precium voluerunt. Idem teſtantur Clarus, q.59.verſ. Itẽ quæro, & Farinacius tit.de Inquiſitione, quæſt.6. poſt nu.43. Sed nec in Germania ſeruari teſtis eſt Andræas Geyll.qui & in hanc contrariam ſententiã propendet lib.2.de pace publica, c.19.nu.21.

Fundamentum eſt primò in l.vlt. C.de repud. hæred. Secundò, quia gratię iſtæ ac diſpenſationes odioſæ ſunt, & reſtringendæ, ne fiſco præiudicent, & vt delinquentes aliquam pœnam ſuſtineant, quò magis homines à criminibus abſtineant.

Sed quod attinet ad d.l.vlt.illa ad rem non facit. Nam cùm filius abſtinuit ab hæreditate, poteſtatem habet rurſus eam adeundi, ſi res non ſint venditæ, hoc ibi conſtitutum eſt, nec quicquam habet affinitatis cum quæſtione noſtra, quia cùm nos dicimus, reſtitutionem ex gratia Principis operari, vt precium reſtitutus recuperet, nemini præiudicatum volumus, prę- D terquam ipſi Principi, hoc eſt, fiſco eius. At in d.l.vlt. fieret præiudicium alijs, ſi filius poſt res venditas admitteretur.

Ad generalia verò pronunciata quod attinet, reſpondeo, locum non habere, quandoquidem ſpecialis deciſio totum occupauit, dum interpretatur, quid ſit in integrum reſtituere: & ait, Eſſe honoribus, ordini, cæteriſque omnibus reſtituere, l.3.C.de ſen.paſſis. & bonorum recuperationem, l.vlt.C.eod. Recuperabit igitur reſtitutus non bona, quia fiſcus ea non habet, ſed precium eorum quod habet: Pecuniam loco rei. Poſſibile eſt enim omnes res in pecuniam conuerti, inquit l.2. C.de conſt.pecun. Si nec rem, nec pecuniam habeat, quo modo honoribus, ordini, cæteriſq; omnibus reſtitutus intelligetur?

CAPVT XIX.

Vtrum fur puniri poſſit alibi quàm in loco delicti, ſi reperiatur cum rebus ſubtractis, an verò remittendus ad locum delicti.

DIcam quid ſentiam de ſententia Bartoli, olim & nunc etiam cõtrouerſia circa furtem, qui cum rebus ſubtractis ad alium locum ſe recepit, an poſſit vbicunq; reperitur, puniri, ſi prius quid alij ſentiant retulero, & argumenta cuiuſque ſententiæ pro more meo adiunxero. Exiſtimauit Bartolus in l.Si dominium, ff.de furtis. eum qui in vno loco vel prouincia furatus eſt, ſi ad alium locum prouinciamve ſe receperit, cũ rebus furto ſubtractis, ibi poſſe puniri, licet ſubditus illius loci vel prouinciæ non ſit. Bartolum B ſecuti ſunt, aut certè eandem ſententiam habuerunt Paulus Caſtr.in l.Siue manifeſtus.§.1.ff.de cond.fur. Angelus de Maleficijs, in ver.Et veſtẽ celeſtem, verſ. Quid ſi fur, nu.16.Boerius deciſ.218.num.2.Follerius Pract.crimin. verſ.Audiantur excuſationes, num.64. Capycius deciſ.104. Plotus conſi.133.num.11. lib.1. Duenas Regula 378. in 5.limitatione, Marinus Laudenſis, conſ.Criminali diuerſorum, 61.nu.5.lib.1. Marianus Socinus, in c.1.num.5.de raptorib. Afflictus, in §.Iniuria, in 3.not.nu.7.de pace iuramẽto firman. Viuius Commu.opin.lib.1.verbo, Index domicilij, in fi. nu.11. Vilalobos Commu.opin.verbo, Reus, nu.65.

Fundamentum eſt in contrectatione, nam cùm fur ipſas res contrectet, & iniuſtè detineat, videtur quodammodo nouum furtum committere, aut certè delinquere, quamobrem eo in loco puniri poteſt, quia ibi quoque delinquere videtur.

Sicut hæc noua & aſſidua contrectatio facit, vt C actio furti etiam mutato rei dominio competat, vt habetur in d.l.Si dominium, ff.de furtis, & in l.Inter dũ, 58.ff.eod.tit.ibi: *Sed & ſi perſona domini mutata eſſet altera pœna obligata*, licet non mutato domino furti pœna non creſcat aſſidua contrectatione, quæ ſententia eſt l.9.ff.eod.tit. Vbi notandũ eſt, obiter aliter conſtitutum de conditione furtiua; illa enim ei tantùm competit, qui dominus fuit tempore furti commiſſi; quæ cauſa eſt, vt legatario non competat, l.Sed nec legatarius, ff. de condict. furt. Actio furti facilius datur, quàm condictio furtiua, quia contra regulas iuris eſt, vt quis rem ſuam condicere poſſit, §.Sic itaque, in Inſtit.de action.

Contrariam ſententiam aduerſus Bartolum ſecuti ſunt Fulgoſius conſ.149. Baldus conſ.471.lib.3. Mantua latè & diligenter Apophtegmate 603. Cepolla conſ.crimin.58.num.26.Boſſius tit.de furtis, num.18. Pract.Papienſis in forma Inquiſitionis, ver.Contrectando, nu.3. Clarus q.38. verſ.Tu ſcis, Couar. Pract. D quæſt.cap.11.nu.9. Farinacius, qui alios adducit, tit. de Inquiſitione, quæſt.7.poſt nu.7.

Fundamentum eſt, quia delinquens puniendus eſt in loco, vbi deliquit, & ad eum remittendus eſt, l.Si cui.§.vlt.ff.de accuſa. §.Si quis verò comprehenſorũ, in Authen.Vt nulli iudicum. Igitur is qui furtum cõmiſit in aliqua prouincia, ibi puniendus eſt, non alibi, & ad eam prouinciam remittendus eſt.

Ego hanc poſteriorem ſententiam ſequor, quia ex contrectatione rei furtiuæ, non naſcitur noua actio, l.Ei qui, 9.ff.dẽ furt.nec nouum furtum, l.Infitiando, §.Infans, ff.eod. Ergò non videtur in loco, ad quem fur ſe recipit, nouum furtum committere. Sed vnum eſt furtum tantùm quod alibi commiſit: & id ſolum ſpectandum eſt, vt puniatur.

Non obſtat, quod actio furti competat nouo domino propter rei contrectationem, *veluti heredi, &*

bonorum poſſeſſori, & patri adoptiuo, & legatario, vt in d.l.Si dominium. Nam ſumma ratione id cõſtitutum eſt, quia is, qui fuit olim dominus non agit, nec agere poteſt: & is qui in eius locum ſucceſſit, actionem habere x perſona ſui authoris, quia ſcilicet ius authoris tranſlatum in ſucceſſorem eſt. Itaq; actio bonum habet fundamentum ex parte actoris, quia dominus eſt rerum furto ablatarum. At nullum eſt in quæſtione noſtra fundamentum ratione Magiſtratus loci, vbi fur inuenitur, quia delictum alibi commiſſum eſt: Et conſequenter puniendum ab eo Magiſtratu & iudice, in cuius territorio ac iuriſdictione cõmiſſum eſt. Non huc applicari poteſt.l.Congruit, de off.Præſidis. quia de generali inquiſitione loquitur, nos de particulari coercendo delicto diſputamus. A

CAPVT XX.

Poſſitne Magiſtratus inquirere de crimine eius, qui ſubditus eſt ratione originis, vel domicilij, alibi tamen commiſſo? B

Conabor etiam lucem aliquam adferre, non minus controuerſæ quàm obſcuræ quæſtioni. Vtrum Magiſtratus ex officio inquirere poſſit in ſubditum delinquentem extra territorium. Affirmat multis allatis rationibus, & autoritatibus Franciſcus Becius conſ.93. Negat & rationes adducit, ſimulq; autoritates, Rolan.à Valle, in conſ.19.lib.2. Eſtq; hæc res omnino dubia & controuerſa valde, vt videre licet ex Claro, quæſt.39.verſ.Sed quæro, Ant.Gomeſio, de delictis, c.1.nu.87. Burſato, conſ.77.lib.1. Couarr.Pract. quæſt.cap.11.nu.6.verſ. His equidem autoribus, Farinacio, alios plurimos citante, de Inquiſitione, quæſt.7. num.19.

C Fundamentum affirmantis ſententiæ eſt, quia intereſt Reipublicæ, & illius Rectores prouinciam ſuã malis hominibus expurgari, eiuſq; ciues & originarios etiam ob ſcelera alibi commiſſa puniri, ne obtenta impunitate maiora probantur vitia, neve aliorum ciuium benè inſtitutos animos corrumpant.

Fundamentum negantis eſt, quia inquiſitio pertinet ad publicam vindictam, quæ minimè videtur cõpetere Iudici domicilij, vel originis, ex eo, quod nulla iniuria illi Reipu. facta eſt ex delicto, ſed potius ea Reſpub. offenſa ſit, intra cuius territorium delictum commiſſum eſt.

Sed hoc tam affirmantis, quàm negantis ſententiæ fundamentum nimis generale & remotum videtur. Alia magis arcta ingrediendum eſt via, vt ad agnitionem huius rei perueniamus.

Impp. Seuerus & Antoninus: *Quæſtiones eorum criminum, quæ legibus, aut extra ordinem coercentur, vbi cõmiſſa vel inchoata ſunt, vel vbi reperiuntur, qui rei eſſe perhibentur criminis perfici debere, ſatis notum eſt*. l.1. C.vbi de crim.agi opor. D

Fauet hæc lex affirmanti ſententiæ, ſed dices, accipiendam eſſe, cùm is qui crimen commiſit, accuſatur, ſecus cùm de inquiſitione ex officio agitur.

Reſpondeo, eandem eſſe rationem in Iudice inquirente, quia non inquirit, niſi fama publica præcedat, quæ loco accuſatoris eſt, vt in c.Qualiter & quãdo, de accuſ.& ſuprà dixi hoc lib.c.15.

Inquiſitio loco accuſationis eſt, ideo recepta, ne grauiora facinora deficientibus accuſatoribus impunita remaneant, arg.l.Ea quidem, C.de accuſ.l.1.§.Quies, ff.de off.præfec.vrb.l.Diuus, ff.de cuſto.reor.l.1.C.eo. l.Congruit, ff.de off.præſid.l.4.ff.ad leg.Iul.pecu. l.Si quis in hoc, C.de Epiſc.& cler.§.vlt. Nouella de collatoribus.& dixi alias lib.1.c.34. Addo nunc eiuſdem ſententiæ Duaren.lib.1.Anniuerſ.cap.38.

Dices rurſus, reos eſſe remittendos ad Magiſtratũ eius prouinciæ, in qua delictum commiſſum eſt, §. Si quis verò comprehenſorum, in Auth. vt nulli iu.& §. Hoc conſiderantur, in Auth. Vt omnes obediant iudi. l.Si cui, §.vlt.l.vlt.ff.de accuſat. cuius rei quatuor inſignes adfert rationes Couar.d.c.11. Pract.quæſt.nume.3. ſed ante eum Iuriſ.in l.Capitalium, §.Famoſos, ff.de pœnis.

Reſpondeo, ſi petatur remiſſio, argumentum eſſe veriſſimũ, ſic enim Imperator loquitur in d.§.Si quis verò comprehenſorum. Ergò ſententia noſtra locum habebit, ſi non fuerit petita remiſſio.

Deniq; obiicies: Extra territorium iuriſdictionem non extendi, l.vlt.ff.de iuriſd.om.iu.& ideo ſtatuta loci non ligant furem delinquentem extra territorium, vt in c.2.de conſtit.lib.6.

Reſpondeo, nil obſtare, quia quæſtio noſtra eſt de ſubdito, qui reperitur in territorio Iudicis inquirentis, licet alibi crimen commiſerit, quo caſu poteſt puniri in loco domicilij, vt in d.l.1.C.vbi de crimi.agi oporteat, ſecus ſi non requiratur in territorio, tunc locum ſibi vindicare poteſt.l.vlt. Quod verò de ſtatuto pœnali dicitur, ad rem non facit: ſufficit nobis delinquentem puniri poſſe à iudice domicilij, non dicimus pœna ſtatuti afficiendum, quia ſtatuta pœnam imponunt delinquentib. in territorio ſtatuentis, non extra eius territorium At lex generalis ligat vbique, & poteſtatem tribuit Iudici ac Magiſtratui ſubditum ſuum puniendi, licet alibi crimen perpetrauerit: quia perſona eius ſpectanda eſt, quæ Magiſtratui ſubiecta eſt, propter domicilium. Rectè ergò vulgò dicitur, forum ſortiri quempiam ratione contractus, delicti, & domicilij, vt in c.vlt.de foro compet.& in c.1.de priuileg.lib.6.

CAPVT XXI.

Vtrum Magiſtratus loci domicilij, qui reum criminis condemnauit, remittere eum teneatur ad Magiſtratum eius loci, in quo delictum commiſſum fuit, vt ab eo puniatur.

Sed rurſus controuerſia eſt. Magiſtratus ſubditum ſuum qui alia in prouincia crimen commiſit, vel inquiſitione facta, vel accuſatione inſtituta condemnauit, an teneatur eundem remittere ad Magiſtratũ eius prouinciæ, in qua crimen commiſſum eſt? & remittendum eſſe cenſuit Alex.in l.à Diuo Pio, §.Sententiam Romæ, nu.4.ff.de re iud. Imo.in l.pen.ff.de pub. iud. Fulgoſ.in l.1.C.vbi de crim.agi opor. Boſſius tit. de foro comp.nu.48.

Fundamentum eſt primò in §.Si quis verò comprehenſorum, in Auth. Vt nulli iud. quatenus ibi ſancitum eſt generaliter, & indiſtinctè reum eſſe remittendum *ad iudicem prouinciæ, in qua peccauit legitimis ſupplicijs ſubijciendum*. Secundo in l.Solent, & in l.Non dubium, ff.de cuſtod.& exhib.reor. quæ nihil ad rem faciunt, quia in iſtis terminis non loquuntur. Tertiò in l.Capitalium, §.Famoſos, ff.de pœn. Calliſtratus: *Famoſos latrones in iis locis, vbi graſſati ſunt, furca figẽdos compluribus placuit? vt & conſpectu deterreantur alii ab eiſdem facinoribus: & ſolatio ſit cognatis & affinibus interemptorum, eodem loco pœna reddita, in quo latrones homicidium feciſſent*.

Sed contrarium docuerunt Saly.in l.1.C.vbi de crimi.agi opor. Bal.in l.Executorem, nu.27.C.de execu. rei iud. Fely.in c.vlt.nu.11. de foro comp. Grammat. deciſ.26.nu.5. Couar.Pract.qq. c.11.nu.6. verſ.Contraria ſentẽtia. Farinacius, de Inquiſitione, q.7.nu.24. quibus & ipſe aſſentior.

Fun-

Fundamentum eſt ſolidum in l. 1. C. Vbi de crimine agi opor. vbi textus dicit, quæſtiones criminũ perfici debere, *vbi commiſſa ſunt, vel inchoata, vel vbi reperiuntur qui rei eſſe perhibentur*. Ergo ſi iudex domicilij cognoſcere cœpit, & pronunciauerit, nihil propoſitum video, cur non & exequi ſententiã poſſit, vni enim iudicium cęptum eſt, ibi perfici debet, l. Vbi cęptum, ff. de iudic.

Argumentum contrariæ ſententiæ locum habet, quando Iudex loci delicti petijt ſibi reum mitti, vt eũ puniat, tunc remittendus eſt, vt in d. §. Si quis verò comprehenſorum. At ſi id non petijt, & ideo Iudex domicilij cognouit & condemnauit reum, magis expedire videtur, vt ipſe curet ſuam ſententiã executioni mandari, quam vt ad Iudicem loci delicti reum mittat. Aut enim ille petijt antequam quæſtio criminis eſſet inchoata, aut nõ petijt ſibi remitti delinquentem. Si petijt, certè remittendus fuit; ſi non petijt, iam res integra non eſt, ideoq; ibi finem accipere debet, vbi cœpta eſt.

B Non obſtat quod dicit Calliſtratus in §. Famoſos. quia expediret quidem delinquentem puniri in loco delicti commiſſi ob eas cauſſas, quas ille adfert. Sed quid ſi Iudex loci tempeſtiuè non admoneat iudicem loci domicilij, vt reum ad ſe remittat? Nunquid cauſſa incępta deſiſtere eum oportebit, aut finitam non exequi? contra l. 1. C. Vbi de crim. agi opor. dicẽtem, ibi, *perfici* debere, vbi quæſtio *inchoata eſt*?

CAPVT XXII.

Remiſſio delinquentis ad Iudicem loci, vbi delictũ commiſit, poſſitne fieri ac peti à Iudice, qui nullam in reum iuriſdictionem habet, vbi omnes Iudices ſunt ſub eodem Principe.

FActi ſpecies hæc ſit. Delictum quis commiſit Mediolani, & Papiam confugit, vbi aliàs nec ratione domicilij, nec ratione originis ſubditus eſt, quæritur an iudex Papienſis requiſitus teneatur reum remittere ad iudicem Mediolani. Negant Antonius Butrius, Aretinus & Felynus, num. 9. in c. vlt. de foro competen. & hanc ſententiam communem eſſe teſtatur Boſſius, tit. de foro competen. num. 52.

Fundamentum eſt in cap. 1. de priuilegijs, lib. 6. vbi patet exemptum, qui alioqui ad locum delicti remittendus eſt, non poſſe tamen remitti ab ordinario, à quo exemptus eſt, qui in eum nullam habet iuriſdictionem.

Cæterùm affirmant Calderinus & Panorm. in d. c. vlt. nu. 16. de foro compe. & alij, quos refert & ſequitur Couar. pract. quæſt. cap. 11. nu. 6. & in terminis, in quibus hanc quæſtionẽ propoſuimus, conſentit etiam Boſſius loco ſuprà annotato.

Fundamentum eſt in §. Audient, in Auth. de defenſorib. Ciuitatum, vbi Imperator: *Audient quoq; leuiora crimina, & caſtigationi competẽti contrahent, & eos qui in maioribus criminibus capiuntur, detrudent in carcerem, & mittent ad Prouinciæ Præſidem.*

Ad c. 1. de priuil. lib. 6. reſpondent exemptum ab ordinario remittendũ non eſſe, ſed à Iudice proprio, cui iure exemptionis ſubijcitur: quia ordinarius nullam habet in eum iuriſdictionem, niſi ratione contractus, vel delicti, vt ibi dicitur.

Ego ijs conſentio, atq; ita ſtatuo, non à quolibet incõpetente Iudice fieri debere remiſſionẽ, ac peti, v. g. Clericus delinquens remittendus eſt ad locum delicti; certè remiſſio fit non à Magiſtratu laico, qui nullam prorſus in Clericum iuriſdictionem habet, ſed à Iudice Eccleſiaſtico. Rurſus, ſi duo ſint Iudices Ec-

A cleſiaſtici, vnus competens, alter incompetens, fieri debet à Iudice competente: & in ijs terminis accipiẽdum eſt, c. 1. de priuileg. lib. 6.

Cæterùm in ea facti ſpecie, quam propoſui, iudex Papienſis remittet delinquentem Mediolanum literis ſubſidialibus requiſitus. Licet enim iuriſdictionẽ non habeat in delinquentem, nec ratione originis, nec ratione domicilij, nec ratione delicti. Poteſt tamẽ ac debet requiſitus eum mittere ad Iudicem Mediolanenſem puniẽdum: quia ſic iuris ordo poſtulat, l. Si cui, l. vlt. ff. de accuſat. §. Si quis verò comprehenſorũ, in Auth. Vt nulli iudi. Vnus iudex ac Magiſtratus alterum iuuare debet, ne delictum remaneat impunitum, vt iuris ordo ſeruetur, in puniendo reo, & vnicuique ius ſuum tribuatur.

CAPVT XXIII.

Sitne remiſſio delinquentis facienda cùm Iudex requirens petensq; fieri remiſſionem, & Iudex requiſitus diuerſi ſunt Imperij & Principatus.

SIt hæc facti ſpecies. Delictum cõmiſſum eſt Mantuæ, reus criminis Ferrariam confugit, vbi aliàs nec originem habet, nec domicilium. Quæritur an Ferrarienſis Iudex teneatur requiſitus remittere delinquentem ad Iudicem Mantuæ. Et non teneri communior ſententia eſt. Vide Clarum, q. 38. verſic. Sed certè. & verſ. Hoc tamen. Couar. Pract. quæſt. cap. 11. num. 10. Rolandum à Valle, conſ. 60. num. 3. 22. & 23. lib. 2. nouiſſimè Farinacium titu. de Inquiſitione, q. 7. num. 27.

Fundamentũ eſt in conſuetudine Vniuerſali: Scribit enim Couar. hanc ſententiam communi totius orbis

C Chriſtiani vſu, & praxi receptam eſſe, vt non fiat remiſſio, quando Iudex requirens & requiſitus ſunt diuerſi Principatus & Imperij. Sed hæc requiruntur, vt locum hæc habeat conſuetudo. Primò, vt ſit legitimè præſcripta, quoties tam requirentis Iudicis Princeps, quàm requiſiti ſubſunt Imperialibus legibus, quæ remiſſionem præcipiunt. Nam tunc eſſet conſuetudo contra legem, ideo nõ valet, niſi ſit legitimè pręſcripta, c. vlt. de conſuet. Remiſſionem fieri debere ex legum præcepto, conſtat ex l. Si cui, & l. vlt. ff. de Accuſ. ex §. Si quis verò comprehenſorum, in Authen. Vt nulli iudicum, & ex alijs locis.

Secundò, vt Iudex reum delinquentem non remittit, eum puniat; nam ſi punire eum non poſſit, conſuetudo hæc non valeret: quia delicta remanerent impunita contra publicam vtilitatem & iuſtitiam; ita docet & hanc rem explicat ex ſua & aliorum ſententia

D Couarr. loco proximè citato, cui Farinacius conſentit.

Sed ex hac opinione naſcuntur duo non parui momenti incommoda. Primum eſt, quia non eſt hæc rationabilis conſuetudo, quod tamen requiritur, vt legem vincat, cap. vlt. de Conſuet. Nam contra omnem iuris rationem eſt, vt delinquentes non puniantur; aut puniantur ab alijs quam proprijs Iudicibus. Alterum incommodum eſt, quia Doctores plerique volunt hoc in caſu delinquentem puniri à Iudice, qui negat remiſſionem. Atqui hoc fieri non poteſt. Si enim Iudex, qui remiſſionem negat, nullam in reum iuriſdictionem habeat, nec ratione originis, nec domicilij, nec delicti, quomodo in reum poterit animaduertere?

Reſpondet Farinacius, abſurdũ non eſſe, licet reus hoc in caſu non puniatur, *quia non deficit ius ſed iuriſdictio*. Non rectè, quia iuriſdictio non deficit iudicis, qui remiſſionem petit, ſed ſit contra ius, cùm remiſſio denegatur.

Melius Couar. loco ſuprà citato: *Igitur*, inquit, *ſicut non valeret conſuetudo impediens remiſſionem, vbi Iudex requiſitus delictũ punire non poteſt, etiam non valebit, vbi iudex requirens & requiſitus ſunt ſub diuerſis Principibus, quoties non poteſt delictum puniri à Iudice qui remiſſionem negat. Etenim vtroque caſu delictum manet impunitum contra rationem naturalem, & qua nullo temporis vſu tolli poteſt.*

Hæc cùm ita ſint, ac certum expreſſumque ius ſit, quo remiſſio delinquentium ac locum delicti præcipitur, magis eſt, vt credam conſuetudinem, quæ allegatur, nullius eſſe momenti, ſi præſertim agatur de homicidio, vel graui aliquo facinore, cuius impunitas propter exemplum & ſcandalum Reipub. perniciosa foret, vt latè reſpondit Bernardus Plotus inter conſ. criminalia, vol. 1. cõſi. 133. quem refert & ſequitur Ioſeph. Ludouicus, deciſ. Lucenſi 16. num. 26. in 1. parte.

Porrò his adijciẽdum eſt, quod ſcribit And. Geyll. lib. 1. de pace publica, cap. 16. num. 30. 31. ex conſuetudine Germaniæ, reos non remitti ad locum delicti, ſed in loco captiuitatis, forum & iudicium ſortiri, & ibidem ſupplicium ſubire, ſolere tamen in atrocioribus delictis, propter exemplum ad locum delicti precario & iure amicitiæ, & vicinitatis, atque beneuolentiæ fieri remiſſionem, idque ſub Antigrapho, ſiue litteris reuerſalibus, vt vocant, ipſius Magiſtratus ac Domini remiſſionem petentis, remiſſionem Iuriſdictioni remittentis, non futuram nocumento.

CAPVT XXIV.

De vagabundo an debeat remitti ad locum delicti.

Est etiam controuerſia an vagabundus, qui nullam habet certam domicilij ſedem, remittendus ſit ad locum delicti, vt videre licet ex Petro Duena, Regula 378. in 4. limit. Didaco Couar. pract. quæſt. c. 11. num. 7. Proſpero Farinacio, tit. de Inquiſitione, quæſt. 7. nu. 13. Pro remiſſione facit regula generalis, quæ habetur in §. *Si* quis verò in comprehenſorum, in Authen. Vt nulli iudicum. Contra remiſſionem l. 1. cum expoſitione Gloſſæ, C. Vbi de crimine agi oporteat. Nam cùm lex dicat, criminũ quæſtiones perfici debere, vbi crimina commiſſa ſunt, vel res inchoata, vbi reperiuntur qui commiſerunt, Gloſſ. exemplum adfert in vagabundo, dicens, eum poſſe vbilibet conueniri.

Sed promptum eſt iura iuribus concordare. Poteſt vagabundus vbique puniri, qui certum non habet forum. Verùm ad locum, vbi facinus admiſit, remittendus eſt vt ibi puniatur, ſi hoc petatur à Iudice loci delicti. Sic delictum non eſt impunitum, ſic crimina puniuntur vbi ſunt admiſſa, quod legibus tam ſeriò præcipitur, l. Deſertorem, ff. de re militari, l. Capitalium, §. Famoſos, ff. de pœnis, l. Si cui, l. vlt. ff. de accuſ. Si non petatur remiſſio puniri debet vbi reperitur d. l. 1.

CAPVT XXV.

Mandans delictum fieri, an ſit puniẽdus in loco in quo mandatum dedit, an in loco in quo delictum eſt commiſſum à madatario.

Communis eſt Doctorum ſentẽtia, quam & ipſe amplector, mandãtem delictum committi, eſſe puniendum in loco, in quo delictum commiſſum eſt à mandatario, & ad eum locum remittẽdum eſſe. Vide Albericum, in l. Hæres abſens, §. Apud Labeonem, ff. de iudicijs, Paulum Caſtrenſem, in l. Sicut

A proponitur. ff. de fideiuſſor. Marſilium, ſing. 404. Forum. Pet. Duenam, Reg. 378. num. 3. Boſſium, de foro competenti, num. 109. & num. 147. Clarum, quæſt. 38. verſ. Item quæro nunquid mandans.

Fundamentum eſt in d. l. Hæres abſens, §. apud Labeonem, ff. de iudicijs. Vlpianus: *Apud Labeonem quæritur, quid ſi homo prouincialis ſeruum inſtitorem vendendarum mercium gratia Romæ habeat? quod cum eo ſeruo cõtractum eſt ita habendum, ac ſi cum domino contractum ſit, quare ibi ſe debebit defendere.*

His poſtremis verbis apparet mandatorem ſortiri forum in loco cõtractus idem probatur in l. Si vt proponitur. ff. de fideiuſſor. illis verbis: *Ita conuenit vt in Italia ſolueretur intelligendum mandatorem quoq. ſimili modo contraxiſſe.* Eadem ratio eſt in loco delicti.

Huc accedit, quia qui per alium facit, per ſe ipſum facere videtur, c. Qui per alium, de reg. iu. lib. 6. Hinc

B Vlpianus: *Deieciſſe etiam is videtur, qui mandauit vel iuſſit, vt aliquis deijceretur. Parui enim referre viſum eſt ſuis manibus quis deijcit, an verò per alium.* l. 1. §. Deieciſſe, ff. de vi & vi armata.

Hoc argumentum videtur mihi fortius ac firmius, quàm alia quæ adferri ſolent ex brocardicis petita, quia ſcilicet cauſa mandantis & mandatarij connexa eſt, non eſt diuidenda; ne diuerſæ ſententiæ vna & eadem in re proferantur, & ſimilia: quia non magnopere vrgent.

Contrariam ſententiam habuerunt Bal. in l. Non ideo minus, C. de accuſ. Farinacius alios citans, tit. de Inquiſitione, q. 7. poſt nu. 48.

Fundamentum eſt, quia ex hoc delicto mandantis & mãdatarij diuerſæ oriuntur obligationes, quarum vna non accedit alteri, ac propterea ceſſat ratio, ne continentia cauſæ diuidatur. Item connexitatis ratio ceſſat.

C Sed nõ ceſſant aliæ rationes ex legibus petitæ, quibus probatur mandatorem ſortiri forum in loco delicti, ſicut ſortitur in loco contractus, atque ipſum mandatorem crimen commiſiſſe videri in loco, in quo à mandatario commiſſum eſt, quia is qui per alium facit, per ſe ipſum facere videtur.

CAPVT XXVI.

Poſſitne quilibet Iudex punire teſtem coram ſe falſum deponentem.

Imperator Zeno; *Nullum penitus eorum ſemel ad Iudicem quemlibet licet non ſuum dicendi gratia teſtimonium fuerit ingreſſus, armatam forte militiam: vel quamlibet aliam fori præſcriptionẽ ad euadẽdum*

D *Iudicis motum, quem vel teſtimonij verborum improbitas, vel rei qualitas flagitauerit, poſſe prætendere præcipimus.* Et paulò infra: *Data cunctis Iudicibus abſque vllo præſcriptionis obſtaculo in teſtes, quorum voces falſitate vel fraude non carere perſpexerint, pro qualitate videlicet delicti animaduertendi licentia.* l. Nullum. C. de Teſtibus.

At contra Calliſtratus: *Diuus Pius Claudio reſcripſit pro menſura cuiuſq. delicti conſtituẽdum in eos, qui apud Iudices inſtrumenta protulerunt, quæ probari non poſſunt; aut ſi plus eos meruiſſe videatur, quàm ex forma iuriſdictionis pati poſſint, vt Imperatori deſcribatur; æſtimaturo quatenus coerceri debeant.* l. 31. ff. ad l. Cor. de falſis.

Conciliationis gratia itum in hanc diſtinctionem eſt; Iudicem ordinarium, & ẽt à Principe delegatum, punire falſum teſtem poſſe, licet nullã alioqui in eum iuriſdictionem habeat, Delegatum autem inferioris non poſſe. Vide Bartolum vtrobique, Boſſium tit. de falſis, nu. 103. Clarum q. 38. verſ. Sed quæro nunquid. Didacum Couar. pract. quæſt. cap. 18. num. 8.

Sed

Sed nullum in iјs legibus huius diſtinctionis veſtigium inſpicere licet, nulla diuerſitas inter hunc & illum delegatum adferri poteſt.

Rectè igitur illi docuerunt, & dictis legibus conuenienter, qui dixerunt, quemlibet Iudicem, qui de crimine cognoſcendi poteſtatem habet, illudque puniendi, animaduertere poſſe in teſtem, qui coram ſe falſum teſtificatus ſit, licet teſtis ille fori præſcriptionẽ habeat, hoc eſt, Iudicẽ habeat propriũ, apud quem conueniri, & à quo puniri debeat, & non ab alijs: Exceptio hæc incompetentiæ, vt loquuntur noſtri, non valet hoc in caſu: non prodeſt excipienti, quia iudex punire eum poteſt: præſuppoſito ſcilicet fundamẽto, qđ crimina coercere & punire poſſit, ita vt nulla ſit exceptio, niſi propter perſonam, quæ alterius iuriſdictioni ſubiecta ſit. Ita diſertè loquitur Zeno in d. l. Nullum.

Cæterùm, ſi talis ſit Iudex, qui vel de crimine cognoſcere nequeat, vel non poſſit grauem pœnam irrogare, vti delicti grauitas poſtularet: & vt Doctores loquuntur, reſtrictam habeat Iuriſdictionem circa crimina coercenda, tunc non poſſit in teſtem animaduertere, qui coram ipſo falſum dixerit teſtimonium. Sic enim diſertè Calliſtratus loquitur in d. l. 31.

CAPVT XXVII.

An Clericus falſum teſtimonium dicens coram ſeculari Iudice, puniri ab eodem poſſit.

TRiplex Doctorũ ſententia eſt. Vna, Clericum falſum teſtimoniũ dicentem corã Iudice ſeculari, puniri ab eodẽ poſſe. Ita Gloſſ. in l. Nullum, C. de teſtib. in verſ. *Præſcriptionẽ*. dũ ait: *Quia ſit Clericus*. Cynus & Baldus ibidem, & Marſilius ad l. vlt. nu. 152. ff. de iuriſd. om. iud.

C Fundamentum eſt in d. l. Nullum, vbi Zeno ſtatuit, non licere cuiquam teſti allegare vllam fori præſcriptionem, quo minus à Iudice puniatur, apud quem falſum depoſuerit.

Altera ſententia eſt, puniri quidem Clericum poſſe à Iudice ſeculari, ſed pecuniaria pœna, quia eius perſona nõ eſt Iudici ſeculari ſubiecta, ſed res ipſius: ſicut aliàs ſi temerè coram Iudice ſeculari Clericus litigauerit, in expenſas condemnatur, ita reſpondit Federicus Senenſis, conſi. 93. Factum tale eſt Gulielmus de Bened. in 1. parte repet. c. Raynucius, in verbo, & vxorem, nu. 434.

Tertia verior & communior ſententia eſt, nõ poſſe à Iudice ſeculari Clericum puniri, nec in perſona, nec in ære. Vide Couar. Pract. quæſt. cap. 18. num. 8. Afflictum deciſ. 230. Clarum quæſt. 38. verſ. Sed hic
D quæro, Farinacium, plurimos alios citantem, de Inquiſitione quæſt. 8. num. 26.

Fundamentum ſolidum ac firmum eſt, *quia nullus* Clericus diſtringi & condemnari debet à Iudice ſeculari, c. Si diligenti, de foro competen. c. 1. de clericis coniug. lib. 6. Authen. Statuimus, C. de Epiſcopis & Clericis.

Ad l. Nullum, reſpondeo, de alijs fori præſcriptionem habentibus eam accipiendam eſſe, quia Clerici exempti ſunt à Iuriſdictione laicorum, tam Iure Canonico quàm Ciuili; quod exemptionis priuilegium non abſtulit, nec auferre voluit Imperator Zeno.

Nõ obſtat quod de rebus Clericorum dicitur, quia nec iure id probatur: Et hic perſonæ delictũ ſpectari debet, quia Clericus etiamſi pœna multetur pecuniaria, tamen infamiam incurrit propter condemnationem, & grauem pœnam, quam infligere Iudex ſecularis non poteſt, cùm Clerici perſonam diſtringere & condemnare non poſſit.

CAPVT XXVIII.

An Clericus, qui dimiſſo habitu Clericali immiſcet ſe enormitatibus puniri poſſit à ſeculari Iudice, etiamſi à Prælato ſuo non fuerit ter monitus.

CLericum amittere priuilegium fori, atque adeò puniri poſſe à Iudice ſeculari, ſi dimiſſo Clericali habitu immiſcuerit ſe enormitatibus (ſic loquuntur noſtri, id eſt, homicidia, furta, vel alia grauia crimina commiſerit) licet trina monitio non præceſſerit Ordinarij ſiue Prælati ipſius, reſpondit latè Alexander de Neuo, in conſ. 59. & hanc eſſe magis communem ſententiam, & conſuetudine approbatam
B teſtatur Clarus quæſt. 36. verſ. Quæro modo. Boſſius de foro competenti, num. 139. Caſſaneus in Conſuetudine Burgundiæ, Rub. 1. §. 5. num. 55. & alij quos Farinacius citat tit. de Inquiſitione, q. 8. nu. 54.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex ca. Perpendimus, de ſentent. excommunicat. vbi, *quidã Sacerdos pro eo quod ſe filiũ Regis falsò nominare præſumpſit, & armis acceptis ſeditionẽ fecit, à Comite iuſſus eſt fuſtigari; qui poſtea eius mandato traditus patibulo, expirauit*. Et S. Pontifex reſpondit, quia talis Sacerdos *nõ propulſando, ſed inferendo iniuriam fuit occiſus, non videtur nobis quod interfectores eius propter hoc ad obtinendam abſolutionem Apoſtolicam ſedem adire cogantur*, &c.

Et licet videatur S. Pontifex loqui de Excommunicatione Canonis, *Si quis ſuadente diabolo*, 17. q. 4. tamen Reſpondent huius ſententiæ autores, illud Reſcriptum pertinere etiam ad priuilegiũ fori, primò,
C ex illis verbis quibus dicitur, cum Clericum à Comite iuſſum fuiſſe fuſtigari, & mandato eiuſdem patibulo traditum, expiraſſe. Hæc enim iudicialiter fiũt: Ergò ille Clericus amiſerat fori priuilegium, quia Comes erat laicus. Secundò, quia ſi permiſſum eſt laicis, talem Clericum occidere citrà pœnam excommunicationis, multò magis permiſſum Iudici videtur eum legitimè, & cauſa cognita per ſententiam, morti adiudicare.

Secundum argumentum eſt ex c. 1. de Apoſtatis, vbi Alexander III. *Præterea Clerici qui relicto ordine Clericali & habitu ſuo, in apoſtaſia tanquam laici conuerſantur; ſi in criminibus comprehenſi teneantur, per cenſuram Eccleſiaſticam non præcipimus liberari*. Hoc in loco nulla fit mentio trinæ monitionis quæ præcedere debeat, ſicut nec in d. c. Perpendimus.

Tertiũ eſt ex c. Ex parte, 27. de priuileg. vbi Hono-
D rius III. Anglorũ Reginæ ita reſcripſit: *Ex parte tua fuit propoſitũ, quod nonnulli literati quos nec habitus nec tõſura Clericos profitentur, in terra tua iuriſdictioni ſubiecta degentes, cũ deprehẽdũtur in aliquibus foris factis, vt iuriſdictionẽ tuam eludãt, & debitam pro delictis vltionem euadant, aſſumunt, ſeu etiam reſumunt tõſurã ab ſectam, ſeu habitũ Clericalẽ, licet antè pro laicis ab omnibus haberẽtur. Ne igitur tõſura vel habitu ſic reſumpto malitia foueatur: ſi tuã iuriſdictionẽ exerceas in eiuſmodi delinquẽtes, qui ſine tõſura & habitu in delicto fuerint deprehenſi, æquanimiter duximus tolerandũ: cum malitijs hominum indulgeri non debeat, ſed potius obuiari*.

Sed contrariam ſententiam, nimirum trinam monitionem requiri, vt priuilegium clericale in propoſita facti ſpecie amittatur, ſecuti ſunt Io. Andr. & Antonius Butrius in d. ca. Perpendimus, de ſent. excom. Couar. Pract. q. cap. 32. nu. 2. Alexander conſ. 8. lib. 1. Rolandus à Valle, conſ. 4. nu. 31. li. 1. Follerius pract. crim. verſ. Audiantur excuſatores, nu. 47. Alios citat Farinacius loco annotato.

Argu-

A Argumenta ſunt iſta, Primùm ex c. In audientia, 25. de ſentent. excommun. ibi. *Huiuſmodi clerici ſi à prælatis ſuis tertiò commoniti militaria noluerint arma deponere de priuileg. o clericorum, ſubſidium aliquod habere non poſſunt.*

Secundùm ex cap. vlt. de vita & honeſt. cleric. ibi. *Mandamus quatenus ſi tales tertiò à te cõmoniti ab huiuſmodi non reſipuerint, ſed prætermiſſis diuinis officiis negociationibus inſtituerint ſupradictis, cum eo facto priuilegium abiiciant clericale*, &c.

Tertiùm argumentum eſt ex cap. Contingit 45. de ſenten. excommun. in illis verbis: *Verùm quia priuilegium meretur amittere, qui permiſſa ſibi abutitur poteſtate, ac fruſtrà legis auxilium inuocat, qui committit in legem: volumus & mandamus, vt tales ſi tertiò à te commoniti ſe ipſos contempſerint emendare, illius efficiantur immunitatis extorres*, &c.

B Quartũ eſt ex c. 1. de vita & honeſtate clericorum, lib. 6. ibi. *Et tertiò moniti non reſipuerint, careant omni priuilegio Clericali.*

Alij diſtinctionem adhibent inter Clericus in ſacris conſtitutos, & Clericos in minoribus ordinibus poſitos, iſtos priuilegium Clericale amittere abſque trina monitione dicunt, illos non item, vt tradit Couar. loco ſuperiùs annotato.

Sed præterquam quod nullo iuris teſtimonio confirmari hæc diſtinctio poteſt, repugnat quoque verbum, *Sacerdos*, quod habetur in d. c. Perpendimus.

Ego, vt paucis me expediam, poſteriorem ſententiam, quæ trinam requirit monitionẽ, probabiliorem eſſe iudico: quia nimis clara ſunt teſtimonia, quę pro eius confirmatione allata ſunt.

Ad argumenta prioris ſententię ita reſpondeo. Qđ attinet ad c. Perpendimus, de ſent. excom. reſpondeo, reſcriptum S. Pontificis ibi hoc tantùm velle, quod interfectores Sacerdotis & Apoſtolicam ſedem adire C non cogantur, ad obtinendã abſolutionem: Sic enim verba expreſsè ſonant, & rationem adſert textus, quia *talis Sacerdos non percutiendo, ſed inferendo iniuriam fuit occiſus.*

Non obſtat illa verba, quibus dicitur, Sacerdotem illum à Comite iuſſum fuiſſe fuſtigari: & in patibulo expiraſſe: quoniam hæc non fuerunt iudicialiter, & iudiciorum ordine ſeruato acta: neque ratio dubitandi in eo poſita erat, quod Comes qui laicus erat, de crimine Sacerdotis cognoſcere, illudque punire voluerit: ſed an propter violentas manus in Clericum iniectas in excommunicationem incidiſſet, à qua non niſi per Sedem Apoſtolicam abſolui poſſet, iuxta c. Si quis ſuadente diabolo, 17. q. 4. & reſpondit S. Pontifex non incidiſſe, nec propter hoc cogi Sedem Apoſtolicam adire.

Non obſtat quod dicebatur, eandem immò etiam D maiorem rationem eſſe in Iudice, qui ſecundùm iuris ordinẽ de tali crimine Sacerdotis cognoſcit: quia id meritò negari poteſt. Etenim cùm Clericus iniuriam infert, ſeditionem excitando, & bellum contra Principem vel dominum alium ſecularem (ſicut accidit in illa facti ſpecie) non eſt tempus, nec occaſio remittendi Clericum ad ſuum Iudicem, vt ibi puniatur, ſed ſi dominus eũ occiderit, excuſatione aliqua dignus eſt: quantum ad hoc ſaltem, vt non incidat in excommunicationem, c. Si quis ſuadente. Sed Iudex & Magiſtratus ſecularis commodè & facilè poteſt Clericum delinquentem ad ſuum ordinarium Iudicem remittere: nec enim ipſe Iudex in vllo diſcrimine vitæ & bonorum ſuorum eſt conſtitutus, ex Clerici delictis & criminibus. Sicut in altero caſu ſupradicto, quare eũ remittere debet ad ſuum Iudicem puniendum, niſi à priuilegio Clericali ceciderit: Cadit autem à priuilegio Clericali cùm tertiò monitus à prælato ſuo non emendat ſe.

A Ad c. 1. de Apoſtatis, reſpondeo, non hoc in eo textu contineri, quod nunc in controuerſiam venit: nimirum, Clericum amittere priuilegium Clericale, ſine vlla monitione, ſi fuerit in criminibus comprehenſus ſine habitu & tonſura Clericali. Sed ait S. Pontifex, *eos per cenſuram Eccleſiaſticam non præcipimus liberari*. Non vult S. Pontifex ei ſuccurrere vt liberetur: *Indignum eſt enim eis ab Eccleſia ſubueniri, per quos cõſtat in Eccleſia ſcandalum generari*, cap. 2. Ne Clerici vel Monachi, &c.

Vtrum autem ij, qui talem Clericum comprehendunt, & manus violentas in eum iniiciunt, excommunicationem incurrant, non decidit eo in loco S. Pontifex. Non vult tales Clericos iuuare, non tamen permittit ibi ſecularibus eos apprehendere tanquam exutos omni priuilegio Clericali. Nam ſi exuti eſſent omni Clericali priuilegio, hoc dixiſſet S. Pontifex, & B nulla fuiſſet ratio dubitandi, an per cenſuram Eccleſiaſticam eſſent liberandi. Ratio autem dubitandi erat, quia retinebant adhuc priuilegium Clericale, cùm fortè ter moniti non fuiſſent, ſed tamen S. Pontifex reſpondit *per cenſurã Eccleſiaſticã non præcipimus eos liberari*, quia ſcilicet indigni ſunt, quibus ab Eccleſia ſubueniatur: ſi nõ potuiſſet Eccleſia eis ſubuenire propter amiſſionẽ priuilegij, quia ſcilicet Iudicis ſecularis poteſtati prorſus ſubiecti eſſent, id S. Pontifex dixiſſet: & nulla fuiſſet ratio dubitandi, atque implorandi Eccleſiaſticæ cenſuræ.

Ad c. ex parte, de priuilegijs reſpondeo, nulla ibi monitione opus fuiſſe, propter malitiã Clericorum, qui vt delictorum pœnas euaderent, habitum & tonſuram Clericalem ſumebant, & reſumebant, Eos à Regina puniri æquo animo S. Pontifex tulit, vt non videretur malitiæ Clericorum indulgere, ſed potius vt par erat obuiare, quod proinde nõ temere trahen- C dum erit ad alios caſus diuerſos.

CAPVT XXIX.

Clericus propter enormiſſimum crimen an ſit degradandus, & tradendus Curiæ ſeculari, licet incorrigibilis non ſit.

CLemens III. Pontifex Max. *A nobis fuit ex parte tua quæſitum, vtrum liceat Regi vel alicui ſeculari perſonæ iudicare Clericos cuiuſcunque ordinis, ſiue in furto, ſiue in homicidio vel periurio, ſeu quibuſcunque fuerint criminibus deprehenſi: Cõſultationi tuæ taliter reſpõdemus ꝙ ſi Clericus in quocũq; ordine cõſtitutus in furto, vel homicidio, vel periurio ſeu alio crimine fuerit deprehenſus, legitimè, atque conuictus, ab Eccleſiaſtico Iudice deponendus eſt. Quòd ſi de-* D *poſitus incorrigibilis fuerit, excommunicari debet, deinde contumacia creſcente anathematis mucrone feriri: Poſtmodum verò ſi in profundum malorum veniens contempſerit, cùm Eccleſia non habeat, vltra quod faciat, ne poſſit eſſe vltra perditio plurimorum, per ſecularem comprimendus eſt poteſtatem, ita quod ei deputetur exilium, vel alia legitima pœna inferatur*, ca. 10. de Iudicijs.

Antequã ergo tradatur Curiæ ſeculari, hoc requiritur, vt ſit incorrigibilis. Sed excipiũtur aliqui caſus, in quibus Clericus tradi poteſt curiæ ſeculari; licet incorrigibilis non ſit; vt in crimine hæreſis, c. Ad abolendam, de hæret. in falſante litteras Apoſtolicas, cap. Ad falſariorum, de crim. falſi, & in crimine aſſaſſinij, cap. 1. de homicidio, lib. 6. de quo reſpondit D. Tib. Decianus conſil. 82. lib. 2. Rectè ergo & Iuri Canonico conuenienter ij mihi dicere videntur, qui dicunt extra caſus exceptos Clericum non eſſe tradendum Curiæ ſeculari, niſi ſit incorrigibilis, quamuis enormiſſimum crimen admiſerit. Ita docuerunt Decius, in c. At ſi Clerici, circa finem, de iudicijs. Berous ibidem,

ibidem,num.181. Diaz pract.Crim.cap.90.Boſſius tit. de foro competenti,num.136. Placa,in Epitome deli-ctor.lib.1.cap.22.num.43.Couar.lib.2.Variar.reſolut. cap.10.nu.7.Vilalobos,ver.Clericus,nu.82. Bonacoſſa Commun.opin.lib.1. ver.Clericus, ſi per inſidias.

Sed contrarium docuerunt Abbas Panorm.in d.c. At ſi Clerici, num.39. de iud. Ancharanus conſil.158. Felin.in c.1.nn.49.de conſtit. Guido Papæ q.121.alios citat Farinacius, tit.de Inquiſitione,q.8. num.81. vbi poſt Clarum, & quoſdam alios remittit hanc rem arbitrio Iudicis: quod mihi non placet, cùm à iure id deciſum ſit, vt patet ex d. c. 10. de Iudicijs, & ex alijs textibus allegatis.

Huius contrariæ ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primùm eſt, Clericus tradendus eſt Curiæ ſeculari, quando Eccleſia non habet vltrà quid faciat,vt inquit S.Pontifex in d.c.10. de iud. Sed Eccleſia nihil habet, quid faciat in tam enormi crimine,quia non habet vllam pœnam dignam,Ergo Clericus tradendus eſt Curiæ ſeculari.

Reſpondeo,tunc dicitur Eccleſia non habere quid vltrà faciat, quando adhibuit omnia remedia, vt corrigeretur,& Clericus incorrigibilis eſt,ita loquitur d. c.10. Hoc igitur in caſu habet Eccleſia quod faciat,nimirum,vt Clericum in carcerem conijciat, cap.Vt famæ,de ſent.exc.c.Nouiſſimus,§.1.de verb.ſign.Item, vt eum deponat,vt in d.c.10.poſtea ſi erit incorrigibilis,tradetur Curiæ ſeculari puniendus.

Secundum argumentum eſt,quia tunc traditur Curiæ ſeculari, cùm periculum eſt, ne ſit perditio plurimorum,vt dicit textus in d. cap.10. Sed quando Clericus tam graue ſcelus committit, periculum tale eſt, Igitur tradendus eſt Curiæ ſeculari.

Reſpondeo, negando maiorem, quia nòn eſt tantùm periculum, ſicut quando Clericus eſt incorrigibilis. Nam poteſt fieri vt poſt facinus admiſſum pœnitentiam agat & reſipiſcat: quæ ſpes non ita affulget, vbi in profundùm malorum venit,& factus eſt incorrigibilis.

Tertium argumentum, quia ob crimen falſi tradi poteſt Curiæ ſeculari, vt in d.cap. Ad falſariorum, de crimine falſi, Ergo multò magis ob aliud crimen grauius.

Reſpondeo, negando conſequentiam: licet enim alia crimina multa ſint grauiora quàm falſi crimen, non tamen in eis quicquam ſpeciale conſtitutum eſt: nec licet nobis conſtituere; quia odia ſunt reſtringenda potiùs quàm amplianda,c Odia,de reg.iuris,lib.6. & interpretatione leniendæ ſunt pœnæ,quàm exaſperandæ,l.Interpretatione,ff.de pœnis.

Quartum argumentum ſumitur ex cap. Nouimus, de verborum ſignific.ibi: *Propter hoc vel aliud flagitium graue*, &c.

Reſpondetur, accipienda eſſe illa verba de flagitio graui,propter quod aliàs iure conſtitutum eſt, Clericum eſſe degradandum,& Curiæ ſeculari tradēdum: Neque enim ibi noui aliquid ſtatuitur: ſed tantùm explicatur, quomodo tradendus ſit Clericus Curiæ ſeculari & degradandus. Aut certè illa verba accipienda ſunt,data incorrigibilitate,ſecundùm tex.in d.cap. 10.de iudic.

Quintum argumentum ſumitur ex cap. Si quis laicus,22.q.5.ſed intelligitur, ſi Clericus ſit incorrigibilis, vt indicant illa verba: *Niſi per dignam pœnitentiæ ſatisfactionem emendauerit*, quæ proculdubio etiam ad Clericos, de quibus poſtea fit mentio, extendenda ſunt, ne melioris ſint conditionis Laici,quàm Clerici.

Cætera argumenta pauca ſunt & leuia, quæ rectè refellit Decius in d.c. At ſi Clerici.

D. Præceptor meus Tiberius Decianus in conſ.82. lib.2.mentionem facit Conſtitutionis cuiuſdam Pauli III. Pontificis Maximi qua concedit licentiam Iudicibus ſecularibus (aſſiſtente tamen etiam Iudice Eccleſiaſtico) cognoſcendi crimina Clericorum atrociora. Sed eam Conſtitutionem non vidi,quæ proculdubio ſeruanda erit, ſi extat.

CAPVT XXX.

Vſurarum crimen, an ſit merè Eccleſiaſticum, an verò mixti fori?

CVm quæritur, an vſurarum crimen ſit merè Eccleſiaſticum, an verò mixti fori, tam videlicet Eccleſiaſtici, quàm Secularis,tres præcipuæ ſunt Doctorum ſententiæ. Vna, merè Eccleſiaſticum eſſe. Altera,mixti fori eſſe. Tertia,diſtinguendum fore inter quæſtionem iuris & facti,nam quæſtionem iuris à ſolo Eccleſiaſtico Iudice decidendam,quæſtionem verò facti decidi poſſe etiam à Iudice Seculari.Vide Glo.& Doctores,in cap. Cùm ſit generale,de foro compet. & in Clem.Diſpendioſam,de iudic. Nattam conſ.198.num.25. Rolandum à Valle, conſ.75. lib. 1. Beroum conſ.207.nu.19.lib.3.Federicum Senenſem conſ.96.Decium conſ. 18. Lapum allegatione 56.& 70. Clarum §. Vſura,verſ.Inferiur, & verſ.Hoc crimen,& q.37.verſ.Quæro igitur, Couarr. in Epitome,de ſponſalib.2.parte,cap.8. nu.5.& lib.2. Variarum reſolut. c.3. Cacheranum deciſ. Pedemontana 137. Lupum in tract.de Vſuris.Comment.4. §.4. num.66.Menochium,De arbitr.caſu 398 num.41.Nauarrum ad c.Nouit, de Iudicijs, not.6. Corolatio 12. plurimos alios citat Farinacius,diligentiſſimus autor, tit.de Inquiſitione,q.8.num.134.135.

Fundamentum eorum qui docent, merè Eccleſiaſticum eſſe, primò eſt in Clem. Diſpendioſam, de Iud. vbi cognitio & cauſſa vſurarum connumeratur inter alias cauſſas Eccleſiaſticas. Secundò, in quibuſdam textib. Iuris Canonici, quibus hæc res mandatur Iudicib.Eccleſ.c.1.& 2.& c.Præterea, de vſuris. Tertiò, quia Iure Ciuili vſuræ non ſunt prohibitæ, niſi modus à lege præſcriptus excedatur, l.Eos, & toto tit.C. de vſuris.

Alterius autem ſententiæ, quæ defendit crimen iſtud eſſe communis fori, fundamentum eſt in c. Poſt miſerabilem,de vſuris,vbi S. Pontifex Secularibus Iudicibus mandat,vt de vſuris iudicent. Secundò,quia nullus textus Iuris Canonici proferri poteſt,quo eiuſmodi cognitio Secularibus Iudicibus fuerit interdicta: nec vlla ſuppetit ratio,cur interdici debeat. Tertiò, quia nouo iure Iuſtiniani videntur etiam prohibitæ vſuræ,ex Nouella de Eccleſiaſticis titulis,Quatenus,ibi Iuſtinianus quatuor Concilia approbauit,quibus vſuræ prohibentur.

Tertiæ porrò ſententiæ fundamentum eſt, quia vbi quæſtio facti eſt,ibi nihil impedit Iudicem ſecularem, quò minus cognoſcat,cùm longè remotum ſit factum ab Eccleſiaſtico Iure ac ſpirituali, ſecus vbi quæſtio iuris vertitur, quia illa Eccleſiaſtica eſt, & ad animæ ſalutem pertinet,quamobrem videtur etiam ab Eccleſiaſtico Iudice definienda.

Ego magis probo ſententiam eorum, qui dixerunt, quæſtionem hanc mixti fori eſſe, eamque ſeruari vidi in locis,in quibus verſatus ſum: quia etiam Principes ſeculares puniunt vſurarios, & meritiſſimo iure. Rectè enim S.Gregorius Niſſenus homil.4. in Eccleſiaſtem: *Fœnus qui aliud latrocinium & patricidium nominauerit,non procul ab eo,quod decet,aberrauerit. Quid enim refert, an clanculum perfoſſis muris pradonis more aliena habeas, & prætereuntes cade re eorum, quæ habeat dominum conſtituas: an fœnoris neceſſitate acquiras ea, quæ ad te non pertinent?*

Mouet autem me potiſſimum, quod etiam iure ciuili

uili ſaltem tacitè prohibitæ ſunt vſuræ, quia Iuſtinianus in Nouella de Eccleſiaſticis titulis, ſeruari iuſſit decreta Concilij Nicæni, in quo vſuræ prohibitæ fuerunt, vt refertur in cap. Quoniam, 47. diſtin. Si enim prohibentur Iure Ciuili, cur non & Magiſtratus ſæcularis, qui iuris ciuilis cuſtos eſt, & executor punire inobedientes poterit, atque adeò cognoſcere cauſſam vſuratiæ prauitatis?

Non obſtat quod dicitur quæſtionem vſurarum referri inter Eccleſiaſticas cauſſas & quæſtiones: & Iudices Eccleſiaſticos de eis cognoſcere, quoniam non negamus, etiam ad Iudices Eccleſiaſticos cognitionem iſtam pertinere, quia dicimus mixti fori eſſe; Non eſt Iure Canonico huius rei cognitio prohibita ſecularib. Iudicibus. Non eſt merè Eccleſiaſtica quæſtio, & hoc ſufficit, vt & ad ſeculares Iudices pertinere quoque videatur.

CAPVT XXXI.

De Clerico & Laico ſimul crimen committentibus, an ab Eccleſiaſtico Iudice ambo puniendi ſint & iudicandi, an quilibet à ſuo Iudice.

Antiqua, celebris, & ſæpè agitata controuerſia eſt, an ſi Clericus & Laicus ſimul commiſerint aliquod delictum, ambo à Iudice Eccleſiaſtico iudicandi ſint, atque puniendi, an verò quilibet à ſuo Iudice.

Ad Eccleſiaſticum Iudicem duntaxat totam huius cauſſæ cognitionem pertinere, docuiſſe dicitur olim Antonius de Prato, quem non legi, in l. 1. ff. quæ ſentēt. ſine appell. reſcind. & hanc ſententiam ſecuti ſunt complures alij, quos commemorat Menochius de arbitr. caſu 371. num. 13. Illuſtriſſimus Cardinalis Albanus conſil. 13. & alij à Farinacio nouiſſimè citati, tit. de Inquiſitione, q. 8. num. 15.

Sed contrariam ſententiam plurimi alij habuerunt, vt percipere licet ex Didaco Couar. Pract. Quæſt. cap. 34. Aymone Crauetta, conſil. 232. Oſaſco deciſ. Pedemontana 103. num. 10. Anton. Gomeſ. tit. de Delictis, cap. 10. num. 6.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia Iudex Eccleſiaſticus eſt dignior & ideo trahit ad ſe Iudicē Laicum, tanquam minus dignum: Et quia ratione communionis multa ſunt conſtituta, quia aliàs non permitterentur, cap. Per tuas, de arbitris, cap. Quanto, de iudic. c. Quod in dubijs, de conſecrat. Eccleſ. cap. Sacris, de ſepult. cap. Non eximemus, 13. q. 2. l. Quæ religioſis, ff. de rei vind. l. Si alieni, ff. de ſolut. l. Si communem, ff. Quemadmodum ſeruit. amittat. l. Eum qui ædes, ff. de vſucap.

Huc accedit continentiam cauſſæ diuidendam non eſſe, l. Nulli, C. de iud. Quod fieri videtur, ſi Index Eccleſiaſticus & ſecularis ſeparatim cognoſcant.

Denique fieri poſſet, vt diuerſæ proferantur ſententiæ in vno eodemque negocio, ſi diuerſi Iudices conſtituantur: Quod abſurdum videtur.

Sed profectò, fundamentum hoc non videtur ſatis firmum. Primò, quia tex. in cap. Per tuas, de arbit. nihil aliud dicit, niſi cauſſæ ſpiritualis arbitrum conſtitui poſſe Laicum ſimul cum Clerico. Cætera iuris Canonici loca nihil prorſus ad hanc quæſtionem conferunt. Iuris ciuilis loca loquuntur de rebus indiuiduis: de quibus hic non agitur. Conſequentia illa bona non eſt. Dignior eſt Iudex Eccleſiaſticus, Ergo tātùm ipſe cognoſcere debet. Bona eſſet collectio, ſi vnus tātùm Iudex hac in re conſtituendus eſſet, vel Eccleſiaſticus, vel ſecularis, tunc potius Eccleſiaſticus, tanquam dignior, eligendus foret: ſed non verſamur in his terminis: Nihil enim prohibet, quò minus vterq; Iudex

A cognoſcat: Eccleſiaſticus quantum ad perſonam Clerici: ſecularis quantum ad perſonam Laici.

Continentia cauſſæ hic nulla eſt: quia diuerſæ ſunt perſonæ delinquentes, l. Item Mella, §. Sed & plures, l. Ita vulneratus, in fine, ff. ad l. Aquil. nec alterius cauſſa & perſona alteri annexa eſt: Neque de his rebus agitur, de quibus ad eundem Iudicem eundum ſit, ſecundùm l. 1. & 2. ff. de quibus rebus ad eundem Iudicem eatur.

Abſurdum verò nullum eſt, diuerſas proferri ſententias, cùm de cauſſa agatur diuerſarum perſonarum, vt patet ex c. Interrogatum, 2. q. 5. ex l. Si quis vxori, in principio. ff. de furtis, ex l. Probus, ff. de incendio, ruina, naufragio.

Fundamentum poſterioris ſententiæ eſt in Iuris Regula notiſſima, quę mandat Eccleſiaſtico Iudici cognitionem cauſſarum Clericorum, & ſeculari Iudici Lai-
B corum, c. Clerici, c. Cùm ab homine, de iudic. cap. 2. c. Si diligenti, de foro compet. c. Si Clericus, cap. Licet, eodem tit.

Hoc fundamentum videtur mihi firmiſſimum: quare nihil propoui video, cur à Iuris Regula in hac facti ſpecie recedamus, quam poſterior ſententia pro ſe habet apertam.

CAPVT XXXII.

Pœnæ conſtitutæ in l. Quiſquis, C. ad legem Iuliam Maieſtatis, an locum habeant in eis qui Principes inferiores offendunt.

De crimine læſæ Maieſtatis quinque ſunt præcipuæ atque celebriores controuerſiæ quas totidem capitibus expediam, Iu-
C ſtinianeum ius, non cuiuſque Principis leges ſequendo, vel mores. Prima eſt, an pœnæ conſtitutæ in l. Quiſquis, C. ad legem Iuliam Maieſtatis, locum habeant in eis qui Principes inferiores lædere conantur, aut etiam offendunt. Suntquatuor Doctorum ſententiæ diuerſæ. Prima eſt, locum habere. Secunda, locum non habere. Tertia, diſtinguendum inter inferiores Principes, qui ſuperiorem recognoſcunt, & eos qui non recognoſcunt. Quarta, diſtinguendum eſſe inter ipſum delinquentem, & filios eius: Quo ad ipſum delinquentem, pœnæ locum fore, ſecus autem quoad filios eius. Videas Clarum, in §. læſæ Maieſtatis. Rolandum à Valle, conſil. 88. lib. 2. Petrum Gregorium Tholoſanum Syntagmate Iuris, par. 3. lib. 35. cap. 3. celebre conſilium Socini ſenioris 275. lib. 2. Gomeſ. tit. de Delictis, cap. 2. Gigantem in ſuo tractatu in 1. par. q. 29 & q. 61. Cepolam conſil. 17.
D Menochium conſil. 99. Marcum Antonium Peregrinum, de iure fiſci, lib. 4. tit. 5. nu. 24. iſti plurimos alios citant, ex quibus autorum catalogum conficere quis poterit pro ſuo arbitratu.

Qui putant locum habere eaſdem pœnas in propoſita facti ſpecie, in hanc ſententiam adducuntur duobus potiſſimum argumentis. Primum eſt, quia huiuſmodi pœnæ conſtitutæ ſunt aduerſus eos, *qui de nece virorum illuſtrium, qui conſilijs & conſiſtorio Imperatoris interſunt: Senatorum etiam vel cuiuſlibet, poſtremò qui Imperatori militat, cogitauerit.* d. l. Quiſquis, Ergo multò magis locum habere debent aduerſus eos qui de nece Principum inferiorum cogitauerint, quia iſti digniores ac nobiliores eſſe videntur, quàm Senatores & Conſiliarij Cæſaris.

Verùm hoc argumentum nihil mouet. Nam dato quod ſint digniores, pœna tamen extendi non debet ad eos, qui lege non ſunt comprehenſi. Lex enim eam pœnam ſtatuit, quia is qui de nece talium virorū cogitat, Imperatorem ipſum offendit, *nam & ipſi*, inquit,

pars

Pars corporis noſtri ſunt, in d.l.Quiſquis. Hæc autem ratio locum non habet in alijs Principibus, qui Conſiſtorio Imperatoris non interſunt, nec Imperatori militant: Neque enim ij pars corporis eius dici poſſunt.

Alterum argumentum eſt, quia Principes inferiores in ſua ditione idem ius eandemque poteſtatem habere videntur, quam Imperator in ſuo Imperio. Ergò, ſi quis eos offenderit, idem crimen committit, ideoque eandem pœnam ſubire tenetur.

Sed vt antecedens concedatur, negari meritò conſequens poteſt: quia lex clara eſt: de crimine læſæ Maieſtatis loquitur commiſſo aduerſus Imperatorem, & Conſiliarios, & Senatores eius, eoſque qui ipſi militant Imperatori: Iſti autem nec tantam habent dignitatem, quantam Imperator habet; nec ipſius Maieſtati æquiparandi ſunt: nec Imperatoris ſunt Conſiliarij, vel Senatores, nec ei militant.

Fundamentum eorum qui diſtinguunt inter Principes Superiorem recognoſcentes & non recognoſcentes, in eo eſt poſitum, quod in Principibus qui Superiorem non recognoſcunt, argumenta iam allata locum habere videntur, non autem in eis qui Superiorem recognoſcunt, quia horum ſtatus & maieſtas longè minor eſt.

Sed vt maximè ſit verũ, quod aſſeritur diſcrimen, non tamen rectè infertur eaſdem pœnas locum habere, cùm agitur de crimine commiſſo in Principes qui Superiorem agnoſcunt: quia vt iam dictum eſt, argumenta illa facilè poſſunt confutari.

Eorum autem qui diſtinguunt inter ipſum delinquentem & liberos eius, firmamentum eſt: quia quantum ad filios attinet, ſeuera valdè ac rigoris plena eſt lex, cùm filij non deliquerint: & pœna ſuos autores tenere debeat, l.Sancimus, C.de pœnis (qua lege corrigi, l.Quiſquis, docuit Budæus, & malè, ſicut oſtendit Duarenus lib.2. Diſputationum, cap.24.) Quam ob rem non videtur ad alios caſus extendenda, qui eadem lege comprehenſi non ſint.

Hæc ſententia in hac parte ſummam habet rationem: ſed in altera parte, quæ ad perſonam delinquentis pertinet, nullo ſatis firmo nititur argumento.

Ergò eorum ſententia probabilior videtur, qui negãt pœnas dictæ l.Quiſquis, locum habere in eis, qui crimen committunt aduerſus inferiores Principes. Hanc ſententiam ego amplector, & ſecutus ſum, cùm ex facto res proponeretur. Fundamentum eſt ſolidum, quia d.l.Quiſquis, non loquitur de his Principibus: Noſtrum non eſt leges extẽdere ad diuerſas perſonas & caſus: præſertim in odioſis & pœnalibus. Hicque maximè adſerri poteſt vulgatum illud: *Quod lex non dicit, nec nos dicere debemus.* Nouam legem cõdere, non veterem interpretati videbimur, ſi eam ſic noſtra interpretatione ad alios producamus, de quibus ea non ſtatuit. Ita iuri conſentaneum puto, ſaluo melius ac æquius ſentientium iudicio.

CAPVT XXXIII.

Quando ob Crimen læſæ Maieſtatis, memoria defuncti damnari poſsit?

VLpianus: Extinguitur enim crimen mortalitate, niſi quis fortè Maieſtatis crimine reus fuerit, &c. Planè non quiſquis legis Iuliæ Maieſtatis reus eſt, in eadẽ conditione eſt, ſed qui perduellionis reus eſt, hoſtili animo aduerſus Rempub vel Principẽ animatus. Cæterùm, ſi quis ex alia cauſſa legis Iuliæ Maieſtatis *reus ſit, morte crimine liberatur.* l.vlt.ff.ad l.Iul.Maieſt. Idem in §. Publica, in Inſtit.de pub.iudic.

Igitur non rectè docuerunt, qui defuncti memoriam damnari reſponderunt, ob crimen commiſſum

A in alios Principes inferiores, veluti Cepolla conſi.17. Berous conſi.61.lib.1.& alij, quos refert Peregrinus, de iure fiſci, lib.4.tit. 5.poſt nu.26. quia nulla eſt Lex, tale aliquid dicens. Nulla ratio ſuppetit. Iuris regula obſtat. Nec odia extẽdi oportet, ſed potius reſtringi.

Non rectè etiam illi, qui id locum habere voluerũt eos, qui crimen admiſerunt in Principem vel Rempub. nemini ſubiectam, quorum mentionem facit Peregrinus vbi ſuprà, num.24. quia nulla Lex eſt, nulla ratio hoc ſuadet.

Non etiam rectè qui dixerunt, defuncti poſſe memoriam damnari, quia aduerſus Officiales Cæſaris deliquit, eiuſque Magiſtratus: quia non eſt Lex hoc ſtatuens. Non enim hoc euincit l.Quiſquis, C.ad l.Iul. Maieſtat. quia non rectè infertur. Alias & grauiores pœnas ſtatuit, Ergò & defuncti memoriam poſſe damnari. Notãda enim eſt l.pen. eodem titulo: *Meminiſſe oportebit, ſi quid contra Maieſtatem Imperatoris com-* B *miſſum dicatur, etiam poſt rei mortem id crimen inſtaurari ſolere.* Idem in l.vlt. Nullum verbum de offendentibus Officiales & Magiſtratus, ibi: *ſed de his qui contra Maieſtatem Imperatoris crimen committunt.*

Non mouet Henrici Conſtitutio in Extrauag. Qui ſint rebelles, quia hoc tantùm vult, rebelles eſſe qui contra Officiales in his quæ ad commiſſum eis officium pertinent, aliquid moliuntur. Sed nihil dicitur de memoriæ damnatione.

Rectè igitur docuerunt & iuri conuenienter qui dixerunt, in iſtis duobus caſibus tantùm defuncti memoriam damnari poſſe, cùm quis contra Imperatorem, vel Remp. hoc eſt, Romanum Imperium, hoſtili animo fuerit animatus, vel aliquid machinatus. Bartolus in Extrauag. Qui ſint rebelles, in verbo Rebellando. Angelus conſil.223. Socinus ſenior conſ.275. li.2. Decius conſil.410.nu. 26. alios citat Peregrinus, C li.4. de iure fiſci, tit.5. num.27. quibus adde Andream Geyll. lib.1. de Pace publica, cap.20. num.10. & cap.19. num.14. eod. lib. D. meum Decianum tract. criminali, lib.7. cap.39. num.38.

CAPVT XXXIV.

In caſibus in quibus ob Crimen læſæ Maieſtatis, defuncti memoria damnari non poteſt, an publicari bona poſsint?

REperit hanc Controuerſiam Vlpianus, in l.vlt.ff.ad leg.Iul.Maieſtat. ſic dicens: *Extinguitur enim crimẽ mortalitate, niſi quis fortè Maieſtatis crimine reus fuerit. Nã niſi hoc crimẽ à ſucceſſorib purgetur, hereditas fiſco vindicatur. Planè nõ quiſq; legis Iuliæ Maieſtatis reus eſt in eadem conditione: ſed qui perduellionis reus* D *eſt hoſtili animo aduerſus Rempub. vel Principem animatus. Cæterùm, ſi quis ex alia cauſſa legis Iuliæ Maieſtatis reus ſit, morte crimine liberatur*, iuncta l. vlt. C. eod. tit. dum ibi dicitur, *memoria eius damnetur, & eius bona ſucceſſoribus eripiantur.*

Videntur his legibus hæc duo coniungi, defuncti memoriæ damnatio, & bonorum publicatio. Conſequenter ſi defuncti memoria damnari nõ poſſit: nec eiuſdem bona confiſcari poterunt: hoc eſt, poſt delinquentis mortem confiſcari non poterunt, ita hanc rem intellexiſſe videntur Angelus in conſ.223. Ruinus conſ.3. num.12. lib.5. Angelus Aretinus in §. Publica, num.3. Inſtit. de pub. iud. Iſernia in c.1. tit. quæ ſint regalia, in verbo, *Commutentium*, col.pen. verſ. Quæri conſueuit. Cepolla conſ.17. col.2. verſ. Et ideo. videtur. Hieron. Gigas de Crimine læſæ Maieſtatis, lib.1. tit. Qualiter, in crimine læſæ Maieſtatis procedatur, q.20. nu.5. Rolandus à Valle conſ.1. nu.22. li.3

Con-

Contrarium Menochius reſpondit in conſil.99. num.52.cum multis ſequentibus, lib.1.dicens, hæc, ſimul connexa non eſſe. Damnare memoriam ſcribit nihil aliud eſſe, quàm nomini perpetuam infamię notam inurere, plus eſſe damnare memoriam, quàm bona publicare, ideo non rectè ſic inferri. Memoria damnari non poteſt, igitur nec bona publicari poſſunt: quia à maiori ad minus valet argumentum affirmatiuè, non autem negatiuè.

Sed pace tanti viri, Vlpianus loquitur de ſola bonorum publicatione, & ait, *non quiſquis legis Iuliæ Maieſtatis reus eſt, in eadē conditione eſt, ſed qui perduellionis reus eſt*, &c. vt ſcilicet hæreditas fiſco vindicetur, vt ſuprà dixerat. Sic & in l.20.ff.de Accuſat. Modeſtinus ſcribit, pœnam ademptionis bonorum non tranſire aduerſus hæredes, *excepto Repetundarum & Maieſtatis iudicio, quæ etiam mortuis reis quibuſcū nihil actum eſt, adhuc exerceri placuit, vt bona eorū fiſco vindicētur.* Exercetur iudicium contra defunctum, non vt condemnetur (nec enim mortuus damnari poteſt) ſed vt pronuncietur eum delictum commiſiſſe: vt ſcilicet bona eius publicentur. Et hæc eſt procul dubio damnatio memoriæ defuncti, cuius fit mētio in l.vlt. C.ad l.Iul.Maieſtatis, vt poſt alios quos citat, declarat Peregrinus de iure fiſci lib.4.tit.5.num.43.

Cùm igitur Vlpianus in d.l.vlt.ff.ad legem Iuliam Maieſtat. nullam aliam faciat mentionem damnationis memoriæ defuncti, quàm ratione confiſcationis bonorum: Et expreſsè dicat, bona confiſcari tantummodo eius, qui perduellionis reus eſt: nec contrarium dicatur in d.l.vlt.C. eodem tit. nō ſatis perſpici poteſt, quo pacto bona confiſcari poſſint, poſt mortem committentis crimen læſæ Maieſtatis in alio capite, quàm perduellionis, quia in alijs capitibus morte crimen extinguitur: nec hæreditas fiſco vindicari poteſt ex mente Vlpiani. Non video quid ad hæc reſponderi poſſit. Non enim nitimur eo argumento. Memoria defuncti damnari non poteſt: igitur nec bona confiſcari poſſunt. Sed alio argumento vtimur: Morte crimen extinguitur, excepto crimine læſę Maieſtatis, &c. ob quod etiam poſt mortem delinquentis iudicium inchoari poteſt, vt reo conuicto (vel vt Vlpianus loquitur, niſi hoc crimen à ſucceſſoribus purgetur) hæreditas fiſco vindicatur. Hoc autem accipiendum eſt in perduellionis reo, qui aduerſus Principem vel Remp. hoſtili animo fuerit animatus: *Cæterum ſi quis ex alia cauſſa reus legis Iuliæ Maieſtatis ſit, morte crimine liberatur.* Ergo extra crimen perduellionis, bona confiſcari poſt mortem delinquentis non poſſunt. Ita mihi ſanè videtur.

CAPVT XXXV.

Controuerſia inter Dynum & Bartolum, an ob Crimen læſæ Maieſtatis, ipſo iure bona confiſcentur?

IPſo iure confiſcari bona, in Crimine læſæ Maieſtatis, olim docuit Dynus ad l. Imperator, ff.de iure fiſci, cuius ſententiam multi probarunt, Lucas de penna, in l.1. C. de petitio. bon. ſublatis, Boerius decis.277.num.12. Iulius Clarus in §.Læſæ Maieſtatis. Menochius conſ.99.nu.160.lib.1. D. meus Decianus in tractatu criminali, lib.7.capit.40.num.6.

Fundamentum eſt in l.Ex iudiciorum 20.ff. de Accuſ. illis verbis: *Adeò vt Diuus Seuerus & Antoninus reſcripſerint, ex quo quis aliquid ex his cauſſis crimē contraxit, nihil ex bonis ſuis alienare aut manumittere eum poſſe.* Et in l.vlt.C.ad l.Iul.Maieſt. in illis verbis *Nam ex quo ſceleratiſſimum quis conſilium cœpit, exinde quodammodo ſua mēte punitus eſt. Sic & Diuus Seuerus & Antoninus conſtituerūt, ex quo quis tale crimē cōtraxit, neque alienare, neque manumittere eum poſſe: nec ei ſoluere iure debitorem magnus etiā Antoninus reſcripſit.* Et in l.Quiſquis, C.eodem tit. ibi. *Bonis eius omnibus fiſco noſtro addictis.*

Sed contrarium docuit Bartolus in d.l. Imperator. ff.de iure fiſci, quem ſecuti ſunt Paulus Caſtrenſis, Ludouicus Romanus, Baldus, Imolenſis, Aretinus, Iſernia, Boſſius, Grammaticus, & Gigas, quos refert & ſequitur Peregrinus de iure fiſci, lib.5.tit.1. nu.171. Addo ego doctiſſimum iuxta & elegantiſſimum Doctorem Antonium Fabrum Coniecturarum Iuris libro ſeptimo, cap.20. Iſti docent huiuſmodi crimen committētem amittere bonorum ſuorum adminiſtrationem, quia nec ea alienare, nec donare poteſt: nec ſeruos manumittere, ſed dominium retinere, & ideo ipſo iure bona ipſius non confiſcari, ſed condemnatoriam ſententiam requiri: legeſque pro confirmatione prioris ſententiæ allatas de tali amiſſione adminiſtrationis loqui, non autem de amiſſione dominij.

Fundamentum ponunt in l.Quæſitum, 15.ff.qui, & à quibus manumiſſi. Paulus: *Quæſitum eſt, an is qui Maieſtatis crimine reus factus ſit, manumittere poſſit, quoniam ante damnationem dominus eſt? Et Imperator Antoninus Calphurnio Critoni reſcripſit, ex eo tempore, quo quis propter facinorum ſuorum cogitationem, iam de pœna ſua certus eſſe poterat, multò plus cogitatione & ſcientia delictorum, quàm damnatione ius dandæ libertatis eum amiſiſſe.*

Reſpōdet D. Decianus, rationem quidem dubitandi fuiſſe, quia delinquens dominus eſt ante damnationem, ſed rationem decidendi fuiſſe; *quia ſi poſt damnationem non poterat manumittere; quia ſcilicet nō erat dominus, ergo multò plus poſt cogitationem & conſcientiā delicti, quia voluit inferre; ſi ideo per ſententiā amittit dominium, quia iā certus eſt, quod eſt priuatus, quia ſententia facit notorium, ergo multò magis certum eſt ex propria ſua conſcientia, quæ falli non poteſt: Et ſic coniungendo rationem dubitandi cum ratione decidendi, & deciſione ipſa fateri neceſſe eſt, quòd ſicut per dānationem amittit dominiū, ita & amittit antè poſtquā cogitauit delinquere: aliàs non fuiſſet ſoluta ratio dubitādi, quæ erat, quod ante condēnationē dominus eſt. Nā ſi voluiſſet dicere rationem deciſionis eſſe, quia aliud eſt amittere dominium, aliud amittere adminiſtrationem, ſimpliciter dixiſſet manumittere non poteſt, licet dominus remaneat vſque ad ſententiam.* Sic D.Decianus.

Mihi probabilior videtur poſterior ſententia. Primò, quia diſertè Paulus ſcribit in d.l.Quęſitum, reum læſę Maieſtatis dominum eſſe ante damnationem. Ergò non ſunt ipſo iure bona confiſcata, quia tunc dominus eſſet fiſcus, non ipſe reus læſæ Maieſtatis.

Secūdò, quia ſi ipſo iure dominium bonorum reus læſæ Maieſtatis amitteret: inanis eſſet dubitatio, an poſſet alienare, vel manumittere; nec erat opus ei bonorum adminiſtrationem interdicere.

Tertiò, nam ſciendum eſt, poſt contractum crimen capitale, irritas fieri alienationes bonorum, ſi poſtea ſecuta ſit condemnatio, quaſi videantur factæ in fraudem fiſci, cùm non ſine ſuſpicione pęnæ fieri poſſint: Et iſtud eſt quod Martianus ſcribit in l.8.ff.de Manumiſſio. Ex Reſcripto diui Pij, *Libertas ab eo qui iā lege Cornelia damnatus eſſet, aut futurū proſpiceret vt damnaretur, ſeruis datas non competere*, quia videlicet in fraudem fiſci datæ videntur, condemnatione ſcilicet poſtea ſecuta: nam ſi condemnatio ſecuta non ſit, donationes factæ valent, quæ eſt ſententia, l.Poſt contractum, ff.de donation.

Hæc autem diſtinctio an ſecuta ſit condemnatio, nec ne, locum non habet in Crimine læſæ Maieſtatis: quia condemnatio ſemper fit etiam mortuo delinquente, cùm cætera crimina morte extinguantur,

&

& hæc eſt ſententia l.20.ff.de Accuſ.& l.vlt. C.ad l.Iul. Maieſt.Hinc Papinianus: *Perfectæ donationes eſſe non poſſunt poſt crimen perduellionis contractum, cum hæredes quoque teneat*.l.Donationes,32.§.vlt.ff.de donatio. Ex quibus perſpici poteſt, eas leges non hoc velle, reum Criminis læſæ Maieſtatis, ipſo iure dominium bonorum ſuorũ amittere: ſed adminiſtrationem, quia bona ſua donate non poteſt: nec alienare: nec ſeruis libertatem dare. Ratio eſt: quia iam conſcientia delinquentis eum certum facit, fore vt condemnetur: nec morte condemnationem euadere poſſit. Ergò in fraudem fiſci bona ſua alienare non poteſt, l.In fraudem, ff.de iure fiſci, in terminis noſtris textus expreſſus in l.Quiſquis,§.Emancipationes, C.ad l.Iul.Maieſt. ibi: *Quis ex eodem tempore qualibet fraude*, &c.

Ex quibus reſponſio patet, tam ad leges pro ſententia priore allegatas (nam earum ſenſus eſt quem dixi) quàm ad argumentum D.Deciani. Nam quod ſcribit Paulus in d.l.Quæſitum, 15.ff.qui, & à quibus manumiſſi, &c. *Ex eo tempore quo quis propter facinorum ſuorum cogitationem, iam de pœna ſuâ certus eſſe poterat, multò plus cogitatione & ſcientia delictorum, quam damnatione eius danda libertatis eum amiſiſſe*, hoc, inquam, Pauli reſponſum ex Imperatoris Antonini Reſcripto, congruit cum eo Reſcripto, cuius mentio fit in d.l.8. ff.de manumiſſio. *Libertates ab eo qui iam lege Cornelia damnatus eſſet, aut futurum proſpiceret, vt damnaretur, ſeruis datas non competere*. In Crimine verò læſæ Maieſtatis, reus proſpicere ſemper poteſt ſe condemnatũ iri, quia etiam poſt mortem condemnatur memoria eius, & bona hæredibus auferuntur, vt in d.l.vlt.C.ad l.Iul.Maieſt.in l.vlt.ff.eodem tit. & in d.l.20.ff.de Accuſ. Amittit enim reus bonorum ſuorum adminiſtrationem, ne in fraudem fiſci ad quem peruentura ſunt, aliquid agat, l.In fraudem, ff.de iure fiſci. Sed antequam condemnatus ſit, dominus eſt, vt in d.l.Quæſitum. Ratio enim dubitandi in ea lege eſt, quam dixi, non autem quia dominium reus criminis amiſerit ante damnationem: quia ſi amiſiſſet, nulla ratio dubitãdi erat, cur ei interdicta eſſet bonorum ſuorum adminiſtratio, ac ſerui manumiſſio.

Porrò, quòd Menochius d.conſ.99.num.160. ſcribit ex d.l.20.ff.de Accuſ. non requiri ſententiam condemnatoriam in crimine læſæ Maieſtatis, quia textus dicit: *Non aliàs tranſeunt aduerſus hæredes pœna bonorum ademptionis, quàm ſi lis conteſtata, & condemnatio fuerit ſecuta, excepto Repetundarum & Maieſtatis iudicio*. Id, inquam, parum obſtat, quia non rectè infertur, condemnationem non requiri in Crimine læſæ Maieſtatis; nam requiri probat tex.in d.l.Quæſitum, ff.qui, & à quibus manumiſſi, &c. ſententia legis eſt, poſt mortem rei perduellionis iudicium exerceri poſſe aduerſus hæredes, vt bona fiſco vendicentur. Eo iudicio conuinci reum oportere, & damnari eius memoriam, indicat l.vlt.C.ad l.Iul.Maieſtat. ibi: *vt conuicto reo, memoria eius dãnetur, & eius bona ſucceſſoribus eripiãtur*. Eripiuntur igitur bona ſucceſſoribus, & fiſco vindicantur reo conuicto, & ſententia damnationis memoriæ eius ſecuta: ſecus ſi ab hæredibus crimen purgentur, vt in l.vlt.ff. eod.tit. Quod ſi reus criminis non ſit mortuus, proculdubio condemnandus erit: nec de eo loquitur d.l.20.ff.de Accuſat.

Sic etiam interpretor verba l.Quiſquis, C.ad l.Iul.Maieſtat. *Bonis eius omnibus fiſco noſtro addictis*, vt non ipſo iure publicationem bonorum inducant; ſed poſt condemnationem, quia ante damnationem Dominus eſt, d.l.Quæſitum.

CAPVT XXXVI.

Vtrum hæreditates, quæ filijs rebellium deferuntur, fiſco applicentur.

IMperator Arcadius in l.Quiſquis, §.Filij, C.ad legẽ Iuliam Maieſtatis, ſic ait: *Filij verò eorum quibus vitam Imperatoria ſpecialiter lenitate concedimus (paterno enim deberent perire ſupplicio in quibus paterni, hoc eſt, hæreditarii criminis exempla metuuntur) à materna vel auita omnium etiam proximorum hæreditate ac ſucceſſione habeantur alieni: teſtamentis extraneorum nihil capiant: ſint perpetuò egentes & pauperes. Infamia eos paterna ſemper comitetur: Ad nullos vnquam honores, ad nulla prorſus Sacramenta perueniant. Sint poſtremò tales, vt his perpetua egeſtate ſordeſcentibus, ſit & mors ſolatium, & vita ſupplicium*.

Ex facto proponebatur, an hæreditas eiuſmodi filijs delata, fiſco ſit applicãda, an verò proximioribus ab inteſtato venientibus fiſco applicandam eſſe cenſuerunt Cynus, Petrus, Albericus & Salycetus in Commentarijs illius loci, Iacobus Butrigarius, quem vidi & habeo, in l.1.C.de hæred.inſtit. Pariſius conſi.69.nu.592.lib.3. Idem ſentit Imola in ca.2.nu.44.45. de teſtam. nec nõ Boſſius de Crimine læſæ Maieſtatis, num.538. ibi: *Magna tamen eſt autoritas Salyceti*.

Fundamentum præcipuũ eſt in d.l.Quiſquis,§.Vxores, vbi fiſcus aufert ab his filijs, quod à matre habituri ſunt: Cætera leuiſſima ſunt argumenta ex Brocardicis petita.

Contrariam ſententiam habuerũt Socinus ſenior, in conſ.275.num.12. lib.2. Fulgoſius in d.l.Quiſquis, in fine, & ibidem Angelus. Idem ſenſit Angelus de Maleficijs, in verſ. *Huic tradito*. num.14. Menochius conſ.275.num.26.lib.3. Peregrinus, qui alios citat de iure fiſci.lib.3.tit.9.num.1. quibus & ipſe conſentio.

Fundamentum eſt ſolidum: quia nulla eſt lex quæ fiſco applicet hæreditates filijs rebellium delatas. Cur igitur nos fiſco ita fauere volumus, vt etiam alijs legitimis hæredibus iniuriam faciamus? Non ſunt indigni, ſed incapaces tales filij hæreditatum. Ait enim lex: *Ab hæreditate & ſucceſſione habeantur alieni*. Et rurſus: *Teſtamentis extraneorum nihil capiant*, non ergò eis fiſcus auferre poteſt tanquam indignis: ſed cùm incapaces ſint, ad alios hæreditates deferuntur, vt in caſu l.1. C.de ſecundis nupt. Videntur quidem filij eſſe aliquo modo indigni: ſed tamen id ex paterna culpa accidit.

Non obſtat textus in d.§.Vxores. Primò, quia loquitur de bonis quæ mariti rebellis fuerũt: vnde meritò ad fiſcum pertinent, non autẽ ad filios rebellium. Omnia enim bona rebellis cõfiſcantur, excluſis filijs. Et licet ea bona vxoribus donata fuerint vel relicta: tamen non fuerunt eis pleno iure, & vt noſtri loquuntur, irreuocabiliter acquiſita, ſed reuocabiliter: ſcilicet, ſi ad ſecundas nuptias conuolauerint, tunc enim ea tenentur filijs primi matrimonij reſeruare, iuxta l.Fœminæ, C.de ſecund.nupt. Hoc igitur ius filiorum occupat fiſcus, ſicut & cætera bona ac iura patris perduellis. Hæc eſt igitur ratio cur bona eo in caſu ad fiſcum tranſeant, quæ ſpecialis eſt, nec locum habere poteſt in alijs hæreditatibus maternis & auitis.

Secundò, non obſtat, quia dato quod eadem ratio etiam in alijs caſibus militaret: non tamen liceret nobis interpretatione tam graues pœnas in filios, qui nihil peccauerunt, conſtitutas, extendere atque ampliare, ſed potius eas reſtringere debemus, l.Interpretatione, ff.de pœnis, c.Odia, de reg.iur.lib.6.

CAPVT XXXVII.

Defuncto delinquente ante ſententiam, confeſſo vel conuicto de crimine, an contra ſucceſſores eius bona confiſcari poſſint.

Modeſtinus: *Ex iudiciorũ publicorum admiſſis non aliàs tranſeunt aduerſus hæredes pœna ademptionis bonorum, quàm ſi lis conteſtata & condemnatio fuerit ſecuta*, l.20.ff.de accuſatio.

Sed vtrum idem iuris ſit, ſi reus deceſſerit confeſſus vel conuictus, nondum tamen condemnatus per ſententiam? Variatum ſententijs eſt, Bartolus affirmat, in l.1.nu.8.ff.de priuatis delict. Baldus ad l.1.C.ex delicto defunct.nu.3. verſ. *Sed hic dubitatur.* Senatus Pedemontanus apud Oſaſcum deciſ. 149. Boſſius titulo, Quomodo procedendum ſit in crimine notorio, nu.21. Vaſquius Cõtrouerſ. illuſtrium c.96.nu.19.& multi alij, quos cõmemorat nouiſſimè Proſper Farinacius, tit.de Inquiſitione, q.10.nu.56.

Fundamentum eſt, quia paria hæc videntur eſſe, reum conuictum, vel confeſſum, vel condemnatum eſſe, l.Qui ſententiam, C.de pœnis, quæ lex hoc non dicit, ſed dicit neminem condemnandum, niſi confeſſus vel conuictus ſit. Probabilius argumentum eſt ex l.vlt.C.de iure fiſci, lib.10. Vbi Theodoſius: *Earum patrimonia mortuorum, qui vita ſua tempore diuerſis conſcientiam ſuam dicuntur polluiſſe criminibus, fiſci rationibus nequaquam competere, vel ab eo alienari cenſemus, niſi poſt publicam accuſationem eos conſtiterit fuiſſe conuictos.*

Sed tamen hoc argumentum non eſt ſatis firmum, quia illud verbum, *(conuictos,)* nihil aliud ibi ſignificat, quàm condemnatos: nec enim antè conuicti videntur, quàm condemnati fuerint, vt rectè monuit Cuiacius in Commentarijs dictæ legis, & ante eum Gloſſa ibi.

Contrariam igitur ſententiã habuit Antonius Gomeſ. de delictis, cap.1.nu.82, & Burſatus, qui alios citat, in conſ.77.nu.24.lib.1. in eandem ſententiam procliuior eſt Peregrinus, de iure fiſci, lib.4.tit.5. nu.36. vſque ad num.39.

Fundamentum eſt, quia licet confeſſio æquipolleat ſententiæ, non tamen æquiualet rei iudicatæ, hoc eſt, ſententiæ quæ nulla appellatione ſuſpenſa ſit. Vt autem pœna confiſcationis locum habeat aduerſus ſucceſſores defuncti, etiam condemnati, neceſſe eſt, vt ſententia appellatione ſuſpenſa non fuerit: nam ſi appellationem reus interpoſuerit, & ea pendente mortuus fuerit, confiſcationis quæſtio ceſſat iuxta diſtinctionem, l.3.C.ſi pend.appellat.mors interuenerit.

Atque ex diſtinctione d.l.3. Proſper Farinacius loco annotato exiſtimat in propoſita quæſtione, locum eſſe bonorum confiſcationi reo confeſſo vel conuicto, ſi de crimine agatur, propter quod bona cõfiſcantur expreſsè, ſecus autem ſi tacitè & in cõſequentiam bona confiſcentur: Nam eo caſu quo etiam poſt condemnationem rei queſtio bonorum publicationis extinguitur, morte ipſius rei appellatione pendente, multò magis extingui debet ante ſententiam ſiue condemnationem, licet reus fuerit confeſſus, vel conuictus.

Ego verò abſque diſtinctione iſta, & omiſſo etiam argumento Gomeſij, exiſtimo, non eſſe locum confiſcationi bonorum aduerſus hæredes reo defuncto ante ſententiam, licet reus confeſſus fuerit vel conuictus: Mouet me ratio iſta quia nulla eſt Lex hoc dicens; nec ſatis mirari poſſum, cur in re tam graui & odioſa (ſicut confiſcatio bonorum eſt) legibus ſententiam requirentibus, vt ademptioni bonorum locus ſit

A aduerſus hæredes rei delinquentis, nos interpretatione noſtra quaſi nouam quandam legem inducere tentemus, ſi non expreſsè, ſaltem tacitè legibus contrariam, idem iuris cum reus confeſſus vel conuictus eſt: At lex ait, *ſi condemnatio fuerit ſecuta.* Hic non eſt condemnatio ſecuta, ergo morte crimen extinguitur, & confiſcatio bonorum ceſſat, lex requirit condemnationem, quia per eam ius fiſco acquiſitum eſt, in bonis damnati. Reo ipſo audito, & defenſionibus eius, totaque re diligenter cognita ab eo, qui ſententiam tulit; ſed ſi ante condemnationem is moriatur, pœna eſt extincta, l.Defuncto, ff.de pub.iud. Rectè, nam ipſe condemnari non poteſt, quia ſententia non poteſt in mortuum ferri, l.vlt.ff.quæ ſentent.ſine appellat.reſcindan. Damnari eius memoria non poteſt, niſi reus fuerit perduellionis, l.vlt.ff.ad l.Iul.Maieſt. Iuſtum non videtur aduerſus hæredes pronunciare, defunctum crimen commiſiſſe, vt eis bona auferantur: quia non poſſunt hæredes tam facilè innocentiam rei demonſtrare aduerſus confeſſionem eius vel teſtes, ſicut reus ipſe potuiſſet. Expectanda igitur ſententia cõdemnationis eſt, vt bona hæredibus adimantur in publicis criminibus, exceptis ijs, quæ à Modeſtino commemorantur in d.l.20.ff.de accuſa. etſi quæ alia alijs legibus excepta ſunt.

CAPVT XXXVIII.

Ad l.Si diutino, ff. de pœnis, vtrum pœna ſit minuenda, vbi à patrato ſcelere multum tempus interceſſit.

Modeſtinus. Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit: aliquatenus pœna eius ſubleuanda erit, l.25.ff.de pœnis.

Hic triumphabunt, qui Accurſio, Bartolo, ſequacibus bellum indixerunt: quia non intellexerunt quid ſit *in reatu eſſe longo tempore.* Docuerunt enim huius legis autoritate minuendam eſſe pœnam ei, qui crimen admiſit, ſi longum tempus præterierit. Vide Tiraquellum de pœnis legum temperandis, Cauſſa 39. Antonium Gomeſ. titu. de Delictis, cap.primo, num.ſeptimo, Clarum quæſtio.60. verſ. Præterea poteſt. Afflict. deciſ.287. Rolandum à Valle conſ.63.num.10. libro tertio, Grammaticam conſ.39.num.1.

Contra Alciatus lib.2. Parergon. cap.19. Coraſius lib.2. Miſcellaneorum, cap.20. Budæus in Adnotationibus ad hanc legem, quos ſecutus eſt Couar. libro 2. Variar.reſol.cap.9.nu.2: *Reatus eſſe ſtatum & conditionem; in qua rei ſunt, donec vel abſoluantur vel condemnentur, olim inter eos relati in conſpicua & miſeranda calamitate erant capillo ſubmiſſo, quem non antea fas erat reſcindere, quàm omnium ſententiis abſoluerentur* D *ſqualore, & illuuie confecti, promiſſa barba, habitu ſordido, pannoſo, & (vt Budæus ait,) miſericordiæ aucupatore.*

Rectè hoc ſanè recentiores docuerunt. Illud non rectè, mea quidem ſententia: *Grauius vlciſcenda crimina, quæ diu impunita fuerunt, tarditatemq; vltionis grauitate compenſandam eſſe.* Non rectè, inquam, contra Accurſium, Bartolum & cæteros antiquiores, ita recentiores docuerunt, quia hic antiquiores dicunt minuendam eſſe pœnam ob temporis diuturnitatem in delictis momentaneis, quæ ſcilicet ſemel perpetrata ſunt, ſecus in criminibus *ſucceſſiuis*, id eſt, in quibus quis diu perſtiterit, veluti eſt, hæreſis, adulterium, & ſimilia, in quibus quo diutius quis perſtiterit, eò grauius coercendus eſt, quia diuturnitas temporis non minuit peccatum, ſed auget, *tantoque ſunt grauiora crimina, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam.* cap.Non debet, de conſang.

& aſſi-

& affinit. cap. vlt. de Conſuet. c. Cùm haberet, de eo qui duxit in matrim. cap. non ſatis, & cap. Cùm in Eccleſiæ, de Simonia. cap. Sicut nobis in fine, de regularib. cap. Schiſma. 24. quæſtione prima. Præclarè Celſus in l. Inficiando, §. Infans, ff. de furtis: *Ergo etiam ridiculum eſt, quàm meliorem furis conditionem eſſe propter continuationem furti exiſtimare?* Atque huc ſpectant, quæ recentiores attulerunt ad probandum grauius eſſe punienda crimina, quò diutius impunita manſerunt, tarditatemque vindictæ grauitatem compenſandam.

In delictis autem ſemel commiſſis, quæ in hoc propoſito noſtro Doctores momentanea appellarunt, dixerunt veteres, minuendam eſſe pœnam, ſumma quidem ratione & æquitate, ſi videlicet ex eo tempore, quo crimen quis admiſerit, vitam ſuã ac mores correxerit, & virtutis argumentum præbuerit. Nam *pœna conſtituitur in emendationem hominum*, vt inquit Paulus in l. Si pœna, ff. de pœnis. Ergo ſi emendatio conſpicitur, non videtur pœna eſſe neceſſaria: ſed ne iuſtitia offendatur, ſtatui poterit, vt tamen mitior & clementior ob ſpecimen virtutis editum. Ergò recentiores verba legis fideliter & rectè explicarunt. Veteres autem veram ſolidamque doctrinam attulerunt. Tam hos quàm illos conuenit imitari, ne verba negligamus, & ne verbis nimirum intenti, veras præclaraſque ſententias contemnamus.

CAPVT XXXIX.

Condemnatus in contumaciam vigore Statutorum, quibus contumax pro confeſſo & conuicto habetur, an ſit admittendus ad nouas defenſiones?

DVæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ hac de re. Prima cõdemnatum hunc non eſſe audiendũ, ſed ſententiam exequendam, ita Bartolus ad l. Diuus Adrianus, num. 4. ff. de cuſtodia & exhibit. reor. & in l. 1. ff. de requiren. reis. Boſſius titulo Banniti quid amittant, num. 19. & 20. Clarus quæſt. 40. verſ. Quæro nunc.

Fundamentum eſt: quia lata ſententia Iudex functus eſt officio ſuo, nec poteſt eam retractare, l. Quod iuſſit, ff. de re iudic. & quia contumax pro confeſſo & conuicto habetur ex forma ſtatuti; ideo probatio in contrarium non admittitur, quaſi hoc certum ſit contumacem delictum commiſiſſe. Et huic ſententiæ in terris Eccleſiæ adſtipulatur expreſsè cõſtitutio Pij V. Pont. Max.

Altera eſt ſententia, audiẽdum eſſe condemnatum hunc, ſi velit ſuam innocentiam demonſtrare. Ita Angelus, Salycetus, Caſtrenſis, Alexander, Iaſon, & Decius, in l. Si is qui, C. qui teſtam. facere poſſunt, ſequitur Menochius de arbitrar. Caſu 416. num. 37. Rolandus à Valle conſ. 60. lib. 2. Natta conſ. 444. lib. 2. Mynſingerus Centuria 2. Obſeruat. 88. & quàmplurimi alij, quos refert & ſequitur Proſper Farinacius, tit. de Inquiſitione, quæſtio. 11. num. 6. quibus addo Andræam Geylſ, de Areſtis Imperij, c. 10. num. 23 & Marcum Antonium Eugenium in conſ. 20.

Sed nullum video ſatis ſolidum fundamentum huius ſententiæ ex Iuſtinianæo iure (licet Caroli V. Conſtitutio criminalis, art. 155. huic ſententiæ adſtipuletur) etenim adfertur primò l. 2. C. qui teſtam. facere poſſ. in illis verbis: *Eius ſi innocentia liquidis probationibus commendari poteſt à ſe:* quod ſanè argumentum nullius eſt momenti, quia non ibi agitur de reo iam condemnato ſententiam Iudicis.

Secundò adfertur l. Diuus Adrianus, ff. de cuſtodia & exhib. reor. & l. Annus, ff. de requirend. reis, quibus

A ſimiliter reſponderi poteſt, eas non loqui de reo condemnato, ſed annotato.

Tertium argumentum, quia Iudex debet de innocentia rei quærere, l. Si non defendantur, ff. de pœnis; ſed reſponderi poteſt, id eſſe accipiendum ante ſententiam, non poſtea.

Quartum argumẽtum eſt, quia vera confeſſio prætextu erroris reuocari poteſt, l. 1. §. Si quis vltrò, ff. de quæſt. Ergò multò magis ficta, quæ vigore ſtatuti inducitur.

Reſponderi poteſt, argumentum locum habere ante ſententiam, non poſt.

Quintum argumentum eſt, quia ſententia hoc in caſu lata, eſt ex probationibus nõ veris, ſed fictis, quia ſcilicet cõtumax habetur pro confeſſo & conuicto. Ergò retractari poteſt, argum. l. Si qui adulterij, C. ad l. Iul. de adulter.

B Reſpondeo, in ea lege ita ſpecialiter conſtitutam fuiſſe in odium eius, qui cognationis prætextu crimen depulerat: ac proinde ad alios caſus diuerſos non facilè trahendum eſt.

Sextum, quia exceptio innocẽtiæ nunquam videtur excluſa. Reſpondeo, id verum eſſe ante condemnationem.

Septimum argumẽtũ eſt: quia ſententia retractatur, quæ lata eſt ex falſis probationibus, toto tit. C. ſi ex falſis inſtru. &c. Sed probationes falſæ ſunt, ſi reus probet innocentiam ſuam, Ergo, &c. Reſpondeo, ſi falſi teſtes vel inſtrumenta proponerentur, argumentum militare: ſed hic non loquimur in iis terminis, ſed quando contumax vigore Statuti pro cõfeſſo & conuicto habetur.

Octauum argumentum eſt, quia ſi non admittatur reus, ad nouas defenſiones accidere poteſt, vt innocẽs puniatur, quod abſurdum & iniquum eſt, l. Abſen-
C tem, ff. de pœnis.

Reſpondeo, abſurdum quidem eſſe, vt innocens damnetur & puniatur: ſed autoritas rei iudicatæ reſcindi non debet.

Quid ergo concludendum? Reſpondeo, in ditione S. Pontificis ſeruandam eſſe ſuper hoc latam Conſtitutionem Pij V. addita interpretatione M. Antonij Eugenij, d. conſil. 20. quia S. Pontifex illam admiſit, vt nimirum ex Reſcripto ipſius Principis condemnatus audiatur, & ad nouas defenſiones admittatur.

In Imperio autem Romano ſeruanda erit Caroli V. Conſtitutio, cuiusmentionem facit Mynſingerus d. Centur. 2. Obſeruat. 88. vt nimirum condemnatus audiatur, ſi velit innocentiam ſuam probare.

Quod ſi hæc quæſtio ex Iuſtinianæo iure decidenda ſit, non erit opus multum laborare, quia deciſionẽ
D habemus ex l. 1. §. Si quis vltrò, ff. de quæſtio. in illis verbis: *Sed Præſes prouinciæ eum quem damnauit, reſtituere non poteſt, cum nec pecuniariam ſententiam ſuam reuocare poſſit: Quid igitur? Principi eum ſcribere oportet, ſi quando ei qui nocens videbatur, poſtea ratio innocentiæ conſtiterit.* Idem docet l. Diui fratres, ff. de pœnis, l. Moris eſt, §. Sed cum, ff. eod. & in l. Acta, 45. §. 1. ff. de re iudicata.

Ergò ſi condemnatus petat ſe admitti ad nouas defenſiones, non debet Iudex exequi ſententiam, ſed tantiſper differre, donec Principi ſcripſerit, & ab eo Reſcriptum acceperit, an velit eum admittere ad nouas defenſiones.

CAPVT. XL.

Stante ſtatuto, vt contumax in delictis pro confeſſo & conuicto habeatur, vt condemnari poſſit, quę requirantur probationes?

TRes animaduerti Doctorum ſententias hac de re, Vna eſt, requiri veras & legitimas probationes, ex quibus contumax conuincatur, ita Marſilius in Pract. crimin. in §. Poſtquam, num. 48. & in l. Vnica, num, 129. C. de Raptu virginum. Bolſius tit. de requirendis reis, num. 1. & titu. Banniti quid amittant. nu. 18. plurimos alios citat Farinacius, tit. de Inquiſitione, q. 11. nu. 16.

Fundamentum eſt in l. Raptores, C. de Epiſcop. & cleric. & in l. Vnica, C. de raptu virginum, in illis verbis: *Poſt legitimas & iuri cognitas probationes.* & in ca. Deus omnipotens, 2. q. 1, vbi S. Pontifex ait: *Nullum ante veram iuſtamq́; probationem iudicare aut damnare debemus.*

Sed hoc fundamentum nullius planè momenti eſt: quia dictæ leges non loquuntur in iis terminis, cùm videlicet contumax habetur pro confeſſo & conuicto: ſed loquuntur ſecundùm iuris communis regulas, quibus procul dubio legitimæ probationes requiruntur.

Secunda opinio eſt, requiri ſaltem indicia, quæ ad torturam ſufficiant, ita viſus eſt ſentire Nat. conſ. 594. nu. 14. lib. 3. Franc. Becius conſ. 11. nu. 7. 8.

Sed nullum hæc ſententia ſolidum fundamentum habet, quia ſi cõtumax vigore ſtatuti pro confeſſo & conuicto habetur, non video cur opus ſit alia quærere indicia, quæ ad torturam ſufficiant.

Tertia igitur ſententia eſt vera, & approbata, ſufficere hoc in caſu indicia legitima ad inquirendum; Nam inquiſitione legitimè formata, ſi reus citatus nõ comparcat, & contumax ſit, pro confeſſo & conuicto habebitur, ac proinde condemnari poterit. Ita Ioan. Plotus conſil. 72. num. 16. inter conſi. crim. lib. 2. & ita deciſum fuiſſe à Rotæ Romanæ Auditoribus, Farinacius teſtatur loco annotato. Huicque ſententiæ adſtipulati videtur Pij V. Conſtitutio, contra contumaces edita, anno VI. ſui Pontificatus. Idibus Septembris, in illis verbis: *Si tamen legitimis præcedentibus indiciis ad inquirendum promulgata fuerunt*, &c. Atque ita ſentio.

CAPVT XLI.

Vtrum etiam minor 25. annis comprehendatur in ſtatuto, quo cauetur, vt contumax in delictis habeatur pro confeſſo & conuicto condemnari poſſit.

DE ſtatuto quo conſtitutum eſt contumaces pro confeſſis & conuictis haberi, ac proinde condemnari poſſe per ſententiam definitiuam, nihil dicam amplius, ſi vnam hanc controuerſiam explicauero, an & minores 25. annis eo ſtatuto teneantur: Non teneri ſcribit Alberi. ad l. Cùm & minores, nu. 7. C. ſi aduerſ. rem iud. & in tract. Statutorum, par. 3. q. 84. Auguſtinus Arimi. ad Ange. de Maleſic. in ver. Qui dominus Iudex videns inquiſitos, &c. nu. 3. Rolan. à Valle conſ. 68. nu. 31. lib. 2. & conſ. 94. nu. 32. lib. 4. & multi alij, quos refert & ſequitur Farinacius tit. de Inquiſitione, q. 11. 26.

Argumenta ſunt iſta, Primùm, quia minores 25. annis excuſantur à dolo præſumpto, l. 1. §. vlt. ff. de eden. Ergò non incidunt in pęnam ſtatuti, de quo agitur,

A niſi ſint in dolo vero, vt puta, ſi citati dixerint ſe comparere nolle.

Secundum argumẽtum eſt, quia minores 25. annis excuſantur in delictis commiſſis in omittendo, l. 2. C. ſi aduerſ. delict. l. Minoribus, C. de his quib. vt indig. Sed tale eſt hoc delictum contumaciæ, quia peccant minores non comparendo, Ergò excuſandi ſunt, nec incidunt in pęnam ſtatuti.

Tertium argũ eſt, quia ſtatuta, quæ pęnam ſtatuũt contra, vel præter ius cõmune, minores 25. annis non comprehendunt, c. 2. de delict. pueror. Sed tale eſt ſtatutum, de quo agitur, quia cõtra ius commune eſt, vt abſens condemnetur, licet contumax ſit vltra relegationem, l. Abſentem, ff. de pęnis. Ergò minores non tenentur eiuſmodi ſtatuto.

Quartum argumentum eſt, quia etiam in criminalibus minores 25. annis non habent legitimam perſonam ſtandi in iudicio ſine curatoribus, l. 4. C. de auto.

B præſtan. Ergò ſaltem eo caſu, quo curator interuenerit, condemnari non poſſunt. Nec obſtat ſtatutũ hoc, quia interpretationem ex iure communi recipit, l. 2. de noxal. vt nimirum curatoris autoritas interueniat in iudicio criminali.

Contrarium reſponderunt Bal. ad l. 1. C. de confeſ. Natta conſ. 540. 541. 541. Menochius conſ. 100. num. 120, lib. 1. D. meus Decianus conſ. 18. num. 176. lib. 1. D. meus Cephalus conſ. 304. nu. 126. lib. 3. Iſti docent, etiam minores 25. annis contineri hoc ſtatuto, & condemnari poſſe, etiam abſque curatoris præſentia & authoritate.

Argumenta hæc ſunt. Primum, quia ſtatutum hoc punit contumaces, habendo eos pro confeſſis. Sed minores 25. annis poſſunt eſſe contumaces, l. Minor etiã quaſi contumax, ff. de minor. l. Si minor, ff. de bon. autor. iud. poſſid. Ergò etiam minores 25. tali ſtatuto cõ

C prehenduntur.

Secundum argumẽtum eſt, quia minores 25. annis comprehenduntur in ſtatutis generaliter loquentib. c. Conſtitutis, de in integ. reſtit. Ergò & huiuſmodi ſtatuto comprehendi debent.

Tertium argumentum eſt, quia cùm minor eſt contumax, & nõ comparet in iudicio citatus ob cauſam criminalem, non poteſt à curatore defendi, l. pe. §. Ad crimẽ, ff. de pub. iud. Ergò fruſtrà curatoris autoritas hoc in caſu interuenerit, & deſiderari videtur, quia ſcilicet nihil operatur.

Quartum argumentum eſt, quoniam in delictis minoribus 25. non ſuccurritur, l. Auxilium, §. In delictis, ff. de mino, l. Si ex cauſa, §. Nunc videndum, ff. eod. tit. l. 1. C. ſi aduerſ. delict.

Hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior, quia ſi minor ætas non excuſat in delictis (niſi interdum ad minuendam pęnam) conſequens eſt, minores

D delinquentes his ſtatutis obligari, ſicut alij maiores obligantur; quandoquidem in delictis nihil pluſiuris habent minores quàm maiores, vt dixi.

Poterit tamen minoribus ob contumaciam condemnatis facilius ac promptius in integrum reſtitutio concedi, vt videlicet ad nouas defenſiones admittantur.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, hic non agi de dolo præſumpto, ſed de vero, hoc eſt, de crimine à minore commiſſo, propter quod contumax pro confeſſo & conuicto habetur.

Ad ſecundum reſpondeo, non hic agi delictis, quæ in omittendo conſiſtunt, ſed in committendo, quia minor crimen commiſit: ob quod condemnatur. Nec enim contumacia minoris cauſſa eſt proxima, vt condemnetur; ſed delictum perpetratum; Facit authoritas Statuti, vt habeatur pro confeſſo, & conuicto; aduerſus quam legem non eſt minor

reſti-

reſtituendus, quia legis auxilium non meretur, qui In legem committit: Alia ratio eſt de eo, qui ob ætatem, vel ruſticitatem Prætori editionem iniungenti non obtemperauit, vt in d.l. 1.§. vltimo, ff. de eden. Noſtro enim in caſu præceſſit delictum minoris dolo commiſſum, quodq́ue excuſationem non meretur, niſi eo fine vt leuior quandoque pœna ſtatuatur.

Ad tertium argumentum reſpondeo, negando propoſitionem illam, quæ aſſumitur ex capite ſecundo, de delictis puerorum. Nam hoc ibi non dicitur: Loquitur S. Pontifex de puero decem annorum, & ait: *In pueris relinqui* ſolere *multum, quod in alijs prouectiores ætatis humanæ leges dicunt ſeuerius corrigendũ*, quod quomodo ad hoc applicari poſſit, vt minores 25. annis Statutis huiuſmodi non comprehendantur, non intelligo.

Ad poſtremum argumentum reſpondeo, d.l.4. non loqui de minoribus, qui ſunt contumaces.

CAPVT XLII.

Pater an poſſit iniuriam, filiofamilias factam, remittere eo inuito?

EXpediamus nos ab hac cõtrouerſia duabus Concluſionibus. Prior ſit: Iniuriam filio irrogatam, pro qua competit actio Prætoria, pater etiam inuito filio remittere poteſt: qua remiſſa, filio actio non competit. Vlpianus: *Filiofamilias iniuriã paſſo, ſi præſens ſit pater, agere tamẽ non poſſit propter furorem, vel quem alium caſum dementiæ, puto cõpetere iniuriarum actionem. Nam & hic pater eius abſentis loco eſt. Planè ſi præſens agere nolit, vel quia differt, vel quia remittit, atque donat iniuriam, magis eſt, vt filio actio non detur.* l. Sed ſi vnius, 17. §. Filiofam. ff. de iniurijs.

Altera Concluſio eſt. Iniuriam filiofam. irrogatam, pro qua actio datur ex lege Cornelia, pater remittere non poteſt, quia actio filio competit, non patri, nec conſenſus patris requiritur, vt filius agere poſſit: Vlpianus: *Illud quæritur, an pater filiofam. iniuriam paſſo ex lege Cornelia iniuriarum agere poſſit? & placuit non poſſe, de eaq́; re inter omnes conſtat: Sed patri quidem Prætoria iniuriarum actio competit: Filio verò legis Corneliæ. In lege Cornelia filiusfamilias agere poteſt ex omni cauſſa: nec cauere debet rem ratam patrem habiturum.* l. 5. §. Illud. ff. de iniurijs. Atque huc pertinet etiam l. 8. ff. de act. & oblig. vbi dicitur, filium ſuo nomine iniuriarum agere poſſe.

Non rectè igitur docuerunt qui abſolutè dixerunt, patrem remittere poſſe iniuriam filio illatam, quia id non habet locum, vbi actio ex lege Cornelia deſcendit; cùm illa actio non patri, ſed filio competat: quomodo igitur remitteret pater actionem quam non habet?

Non rectè quoque mea ſententia docuerunt, qui abſolutè negarunt, patrem remittere poſſe iniuriam factam filio eo inuito. Nam contrarium in actione iniuriarum Prætoria manifeſtè deciſum eſt in d. §. Filiofamil.

Nec mihi probatur eorum interpretatio, qui illum textum ſic accipiunt, vt patris remiſſio nõ tollat actionem iniuriarum, ſed ſuſpendat eius exercitium: Hoc enim repugnat & verbis textus & rationi eius. Verbis quidem, quia textus negat filio actionem dari, non autem dicit, ſuſpendi actionis exercitium: Rationi quoque legis conſentanea non eſt ea interpretatio, quoniam ſi pater actionem habet, & non filius, cur eam remittere & donare non poſſit?

Non obſtat argumentum, quod ſumitur ex iure nouo, quo conſtitutum eſt, patrem non poſſe aduentitia

A bona filij alienare, l. 1. C. de bonis mater. l. Cùm oportet, C. de bonis, quæ liberis: Non poſſe hæreditatem filio delatam repudiare, l. vlt. C. de bonis, quæ liber. neque legatum vel fideicommiſſum, l. Remittente, C. de iure delib. l. Ex repudiatione, C. de fideicommiſſis, l. 2. de repud. bonor. poſſeſſ.

Quoniam hæc longè diuerſa ſunt ac diſſimilia. In bonis quidem ita conſtitutum eſt. Non in actione iniuriarum: neque noſtrum eſt leges veteres Imperatorum Conſtitutionibus nequaquam ſublatas, noſtra nimis ſubtili interpretatione per conſequentiam tollere & abrogare, ſed eas relinquere intactas debemus, atque in ſuo robore: ſicut multæ aliæ manent: licet earum ratio poſterioribus Conſtitutionibus ſublata ſit. Et hoc eſt illud frequentiſſimum apud Doctores Axioma, non eſſe inducendam legum correctionem, niſi expreſsè cautum ſit.

B Non rectè denique docuerunt, qui dixerũt patrem non poſſe remittere iniuriam filio irrogatam ab aliquo coniuncto ſiue cognato, ex l. Lucius, ff. ſolu. matr. ex l. Papinianus, & l. Filius, ff de inoffic. teſtam.

Nam dictæ leges hoc non dicunt: & in ſuis caſibus & cancellis reſtringendæ ſunt, puta cùm de querela inofficioſi teſtamenti agitur, & de alijs ibi comprehenſis, quibus etiam annumerari poteſt, quod habetur in l. Inter liberas, §. Filiusfamilias, ff. ad l. Iul. de adulter.

Accipe nunc Doctorum catalogum, qui de hac quæſtione ſcripſerunt. Maranta, de Ordine Iudicior. 6. parte, verſic. Secunda principalis quæſtio, num. 63. Azo & Hoſtienſis, in Summa, tit. de Iniur. Placa, in Epitome delictorum, cap. 6. num. 19. Clarus quæſt. 58. verſ. Quæro, nunquid pater. Pinellus ad l. 1. num. 105. C. de bonis maternis, in 3. parte, Franc. Marcus deciſ. 677. in prima parte. Boſſius titulo de pace, num. 16. Aſcanius Clemens, in tracta. de patria poteſtate, ef-C fectu 8. Farinacius titulo de Accuſatione, quæſt. 14. num. 36.

CAPVT XLIII.

Poſſitne minor 25. annis cum autoritate tutoris vel curatoris pacem facere, abſque decreto Iudicis.

COmmunis eſt & vera ſententia, adultum ac impuberem abſque decreto Iudicis, autoritate Tutoris ſui vel Curatoris interuenientе, pacem inire poſſe cum ſuis aduerſarijs. Ita reſpondit Abbas Panormitanus in conſil. 108. lib. 2. refert & ſequitur Clarus q. 58. verſ. *Quæro an tutor*. Antonius Gomeſius tit. de Homicidio, num. 66. & quàm plurimi alij apud Fari-D nacium tit. de Accuſatione, quæſt. 15. nu. 5.

Fundamentum hoc mihi firmiſſimum videtur, quia Impuberes & adulti, cùm ſuorum tutorum & curatorum autoritate celebrare poſſunt omnes contractus abſque decreto Iudicis, excepta bonorum immobilium alienatione, de qua in tit. de rebus eorum; qui ſub tutela vel cura ſunt, & in tit. C. de Prædijs minorum, cur ergo tam ſalutarem, tam laudabilem, Deoq; gratam & Reipublicæ vtilem trãſactionem ac pacem non rectè inire poterunt?

Malè igitur contrarium docuit Petrus Placa, in Epitome delictorum, cap. 45. num. 7. Iodocus in patrocinio pupillorũ, titulo de tutorum & curatorum munere, cap. 10. num. 75. Simoncellus de Decretis, lib. 2. tit. 6. Inſpect. 16. num. 137. & alij quos commemorat Farinacius in loco annotato.

Nec argumenta eorum me deterrent. Primum eſt, quia in tranſactione requiritur Decretum Iudicis, l. Non ſolum, C. de Prædijs minor. Hæc eſt autem tranſactionis ſpecies:

Reſpondeo, in trãſactione Decretum reqniri quoties prædia vrbana vel ruſtica alienantur; ſic loquitur l. Non ſolùm, C. de Præd. minor. Hic verò nec vrbana, nec ruſtica prædia alienantur: ſed præceptum Dei colitur; *Diligite inimicos veſtros*, &c.

Secundum eſt; quia in generali adminiſtratione nõ venit poteſtas donandi, l. Filiusfam. ff. de donatio. Sed remiſſio iniuriarum eſt ſpecies donationis, Ergo non permiſſa tutori & curatori,

Reſpondeo, nec donationem hanc eſſe de qua loquitur lex contraria, tum quia iniuriarum actio in bonis noſtris non eſt; magis enim vindictæ quàm pecuniæ habet perſecutionem, l. 2. §. Emancipatus, ff. de collat. bonor. tum, quia minor nil amittit, imò lucratur multum remittendo iniuriam; & liberando ſe ab omnibus periculis, quæ ob inimicitias incurrere poteſt, Quamobrem minor non habet in integrum reſtitutionis auxilium cùm iniuriam remittit, l. Auxilium, ff. de Minoribus & tutoribus, & curatoribus etiam permiſſum eſt donare cùm expedit, l. Cùm plures, 13. §. Cùm tutor, ff. de admin. tutor. Expedit autem iniuriam remittere, vt dixi,

Tertium argumentum eſt, quia non poteſt alienari prædium etiam exiguum minoris, ſine Iudicis decreto, toto tit. ff. de reb. eorum, Ergo multò minus remitti poteſt iniuria, & ſuper ea tranſigi.

Reſpondeo, negando conſequentiam; Hæc enim diſſimilia ſunt; & in pace facienda multum lucri facit minor, dum diuinæ obtemperat voluntati, & quietem ſibi ac tranquillitatem quærit,

Quintum argumentum eſt, quia videtur eſſe dedecus multam iniuriam relinquere, l. Miles. §. Socer, ff. ad l. Iul. de adulter,

Reſpondeo, nec legem illam hoc dicere; nec ſententiam hanc Chriſtiano viro dignam, nec ſi Iuriſconſultorum mille extarent Reſponſa, ijs obtemperandum; ſed diuino præcepto, l. Sancimus, C. de ſacroſanct. Eccleſ,

Nec tamen dicimus ex præcepto diuino teneri, quẽ remittere abſolutè actionem iniuriarum, & pacem facere cum inimicis ſuis; ſed hoc Theologis diſcutiendum relinquimus; Hoc dicimus, non lædi minores, non iacturam facere vllam, ob pacem initam, & remiſſam iniuriam, ac proinde valere, minoreſque obligari; nec eam reſcindere poſſe ætatis prætextu, & auxilio reſtitutionis in integrum,

CAPVT XLIV.

Vtrum pace rupta à minore 25. annis, quam iniuit cum autoritate Curatoris pœna committatur per ſtipulationem promiſſa?

SI pacem minor annis 25. cum autoritate Curatoris inierit, pœna adiecta, & eam violauerit, oritur controuerſia, an pœna committatur? Negare videntur Baldus, Salycetus, Alciatus, ad l. Pactum curatoris, C. de pactis, & alij, quos refert Tobias Nonius, inter conſilia Criminalia, vol. 1. conſ. 152. nu. 11, & Ludouicus Romanus ibidem, conſ. 155. nu. 9. Abbas Panormitanus conſ. 108. circa finem, lib. 2. & alij à Farinacio citati, tit. de Accuſatione, q. 15. nu. 53.

Fundamentum ſtatuunt ex l. Si minor 35. §. 1. ff. de Minoribus Paulus; *Minores ſi in Iudicem compromiſerunt; licet tutore autore ſtipulati ſunt, In integrum reſtitutionem aduerſus talem obligationem iure deſiderant*, Gloſſ. in verſic. *Stipulati ſunt, ſcilicet pœnam*, inquit, Ex quo annotarunt pœnæ obligationem minori eſſe damnoſam,.

Sed oportebat aliam ſequentem Gloſſam perpendere, in verbo, *Iure deſiderant*, quæ declarat, quomodo minor læſionem ibi ſentiat, ſic dicens: *Apparet læſio, quod ab eo appellari non poteſt l. 1. C. de arbitr. & de euictione non agitur*. l. Si dictum, §. 1. ff. de Euictionibus.

Ex quibus verbis colligitur, non idcirco minorem lædi, quia tutor pœnam ſtipulatus ſit, ſed quia compromiſſum aufert minori appellãdi beneficium, & actionem de Euictione. Itaque per compromiſſum læditur minor, non per ſtipulationem pœnæ.

Ergo cùm remiſſio iniuriarum, recõciliatio, & pax, non patrimonij euerſionem, ſed virtutis opinionem inducat, cùm ſit Deo grata, Reip. ſalutaris, & vtilis ipſi minori, nihil proponi video, cur pœnæ adiectio non valeat; & ſi valeat, cur non committatur. Deberetne minor impunè pacem frangere & violare, quod crimen proditionis eſt ſpecies? Non ſuccurritur minoribus in delictis, l. Auxilium, ff. de minor.

Quare contrariam ſententiam abſque omni hæſitatione amplector, in quam inclinat Decius in d. l. Pactum curatoris, C. de pactis, & quam probauit Collegium Aduocatorum Curialium Prouinciæ Marchiæ, vt patet in 1. volum. Conſiliorum Crimin. diuerſorum, conſil. 150. num. 33. cum ſequentibus, & alius conſultor in conſ. ſequenti 151. nu. 44. latiuſque Farinacius loco ſuperiùs annotato, qui iuſtè etiam negat reſtitutionem in integrum minori eſſe concedendam hoc in caſu, quia læſus non eſt, vt patet, aduerſus doctiſſimi, iuxta & diligentiſſimi Doctoris Sfortiæ Oddi ſententiam, de reſtit. in integrum, parte 2. q. 85. artic. 7. num. 58.

CAPVT XLV.

An Iudex cuius arbitrio pœna remiſſa eſt, mortis pœnam imponere poſſit?

AVſim affirmare hanc diſputationẽ de pœna Iudici arbitraria, an extendi ad mortem poſſit, aut in controuerſia poſitam non eſſe, aut ſi quæ controuerſia eſt, eam facilè componi poſſe. Etenim autores quidem commemorantur, qui aiunt pœnam extendi poſſe vſque ad mortem, & qui negant, tum à Matanta diſput. 3. tum à Gomeſio de iniuria. cap 6. num. 8. & ab alijs ſexcentis, quos nouiſſimè Farinacius refert, tit. de Delictis & pœnis, q. 17. nu. 34. & ſeq. ſed omnes in hanc ſententiam conueniunt, tunc pœnam mortis decerni poſſe, cùm delicti atrocitas & grauitas id poſtulauerit: aliàs ſecus: Quis autem dubitauerit hac omnium mentem fuiſſe? Ergo nulla controuerſia eſt.

Si tamen quis aliter exiſtimauerit, is facilè intelliget hac adhibita diſtinctione, omnem ſedari contentionem poſſe. Nec aliter accipiendas eſſe leges, quæ vel in hanc vel illam ſententiam adferri ſolent.

Nam l. Saccularij, §. Sunt quædam, ff. de extraord. crim. l. 1. & 2. C. de his qui latrones occultar. Item l. lex Iulia, §. Hodie, ff. ad l. Iuliam repetund. arbitrium extendunt vſque ad mortem, quia delicti grauitas id poſtulat.

Contra verò arbitrium Iudicis reſtringitur in l. 1. ff. de furib. balnear. in l. 1. §. Expilatores, ff. de Effractoribus. quia qualitas criminis ſic exigit,

Cur igitur omni cõtrouerſia omiſſa nõ auſcultamus legib noſtris, tam ſæpè ac tam diſertè admonentibus, Hodie licere ei, *qui extra ordinem de crimine cognoſcit, quam vult ſententiam ferre vel grauiorem, vel leuiorem, ita tamen, vt in vtroque moderationem* non excedat, l. Hodie, ff. de pœnis? *Reſpiciendum eſſe iudicanti, ne quid durius aut remiſſius conſtituatur, quam cauſa depoſcit*, leg. Reſpiciendum, ff. eod. *Aut facta puniri, vt furta cædeſq; aut dicta, vt conuitia, & in fide aduocationes; aut ſcripta, vt falſa, & famoſi libelli, aut conſilia, vt coniurationes, & latronum conſcientia: quoſque alios ſuadendo*

dendo iuniſſe, ſceleris eſt inſtar: Sed hæc quatuor genera A *conſideranda eſſe ſeptem modis, cauſa, perſona, loco, tempore, qualitate, quantitate, euentu*.l. Aut facta, ff. eod. Idē probatur in l. Et ſi ſeuerior, C. ex quib. cauſis infam. irroget. in l. Quid ergo, §. Pœna grauior, ff. eod. in l. Non omnes, ff. de re milit. & alibi.

CAPVT XLVI.

Plura delicta eiuſdem generis eodem tempore cōmiſſa, puta plures percuſſiones, an ſint pluribus coercenda pœnis?

SI quis vno eodemque impetu pluries aliquem percuſſerit, ex qualibet percuſſione pęnam lege conſtitutam, quaſi ſunt plura delicta ſuſtinebit, ſecūdum Bartolum in l. Nunquam plura, ff. de priuatis delictis, nu. 4. Albericus ibidem. & Socinus ſenior in B conſ. 62. nu. 9. lib. 1. Clarus q. 84. verſ. Scias etiam.

Fundamentum eſt in d. l. Nunquam plura, Vbi Vlpianus: *Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, vt illius impunitas detur*. Sed hoc in caſu concurrunt plura delicta eodem tempore, ideſt, plures percuſſiones, vel vulnera, Ergò omnia ſunt punienda.

Contrarium docuerit Angelus in l. Nunquam plura, Placa, in epitome delictorum, cap. 1. num. 17. Couar. variar. reſol. lib. 2. cap. 10. num. 8. iſti docuerunt, vnam pœnam tantùm ſtatuendam, ſed grauiorem, propter delicti iterationem.

Fundamentum eſt in l. Illud, §. vlt. ff. ad l. Aquil. vbi Caius: *Si idem eundem ſeruum vulnerauerit, poſtea deinde occiderit: tenebitur, & de vulnerato, & de occiſo. Duo enim ſunt delicta, aliter atque ſi quis vno impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit; hic enim vna erit actio de occiſo.*

Non enim quod quidquam refert, inquit Couar. *quod* C *percuſſus ex pluribus percuſſionibus fuerit occiſus, quaſi omnes percuſſiones ad eundem effectum fuerint repetita, nempe ad occidendum; nam idem proculdubio erit dicendum, vbi percuſſus occiſus non fuerit, nec percuſſor eundem actum iterauit ad homicidium: ſed tantùm ad percutiendum, cùm inibi apud Iuriſconſultum non conſtet, ad eundem effectum repetitos fuiſſe actus: Potuit enim homicidium contingere præter percutientis voluntatem, & nihilominus idem Iuriſconſultus reſpondiſſet.*

Tertia fuit ſnīa Iacobi de Arena, in l. Apud Labeonem, §. Conuitium, ff. de inlur. diſtinguendum eſſe, an Lex vel Statutum loquatur in perſonam, pœnam ſcilicet ſtatuendo ſimpliciter, in percutientem, ſeu vulnerantem. & tunc vnum eſſe delictum, iuxta poſteriorem hanc ſententiam; an verò loquatur in rem, verbera ſtatuendo pęnam pro qualibet percuſſione, & vulnere; & tunc plura eſſe delicta, ſicut prior ſententia docet. Hāc diſtinctionem ſecutus eſt Couar. loco proximè D citato, nu. 8. verſ. *Quarto præmiſſo Statuto.*

Ego poſteriorem ſententiam cum diſtinctione iſta Iacobi Arenarij ſequor, quam & ſecutus eſt Farinacius tit. de Delictis, & pœnis, quæſt. 22. num. 10. Nec poſſum, adduci vt credam, propter hanc ſententiam fore, *vt totus mundus deſtruatur*, ſicut Bartolus aſſeuerat, in d. l. Nunquam plura, Eſt enim hæc ſententia rationi & æquitati conſentanea: quia delictum eſt vnum tantùm, atque vnius generis, ſed ſæpius iteratum, ac proinde maiori animaduerſione dignū. Nec obſtat l. Nunquam plura, quia non huc pertinet ſententia illius legis; quod patet ex verbis ſequentibus, quibus exempla proponuntur, plurium delictorum: quæ licet non reſtringant, declarant tamen regulam; *Quæritur.* (inquit Vlpianus) *hominem ſurripuit & occidit, quia ſurripuit furti, quia occidit, Aquilia tenetur.* Et ſuctus. *Idem dicendum ſi rapuit, & occidit.* Nec aliter ſonant cætera exempla, quæ Iuriſconſultus adiungit, vt planè ſit perſpicuum ad noſtram hāc facti ſpeciem eius reſponſum non pertinere.

CAPVT XLVII.

Confiſcatis bonis filijfamilias propter delictū, an etiam peculium aduentitium confiſcetur?

VIderi fortaſſis poſſit inanis hæc quæſtio hodierno iure cōſiderato, quo (excepto Maieſtatis crimine) Imperator Iuſtinianus bona damnatorum in fiſcum deferri vetuit, & aſcendentibus ac deſcendentibus vſque ad tertium gradum reſeruanda eſſe conſtituit. Sed non eſt inanis profectò moribus conſideratis, quibus & bona confiſcari receptum eſt, & ab eis aſcendentes ac deſcendentes excludi, præterquam à legitima eorum portione. Eſt igitur controuerſia, ſi filiusfa. ſcelus aliquod admiſerit, propter quod legibus conſtituta ſit pœna bonorum confiſcationis, an bona materna, cæteraque aduentitia, quæ habet patre ſuperſtite, in fiſcum deferenda ſint, vel patri potius debeantur, tam quoad proprietatem, quàm quoad vſumfructum.

Communior ſentētia eſt, patri eſſe reſeruanda, non autem infiſcanda, vt reſponderunt poſt Bartolum & alios, Socinus iunior, in conſ. 77. num. 8. libro 2. Ruinus in conſ. 24. lib. 5. Rolandus à Valle, conſ. 56. num. 30. lib. 1. Couar. Variar. reſol. lib. 2. cap. 8. num. 7. Menochius de recuperanda poſſeſſ. remedio 9. num. 65. M. Antonius Peregrinus de iure fiſci, lib. 5. tit. 1. num. 128. Farinacius tit. de Delictis, & pœnis, q. 24. nu. 5.

Argumenta ſunt iſta, Primū ex l. 3. C. de bonis damnatorum, vbi reſcriptum eſt, non publicari peculium caſtrenſe, Ergò multò minus aduentitium publicabitur, ſed pater illud obtinebit, Alexander Imp. *Si filius tuus cùm eſſet in poteſtate, in inſulam deportari meruit: peculium eius nec quod in caſtris acquiſiuit, vel quod ei militaturo donaſti, auferri tibi debet.*

Secundum eſt ex l. 3. §. Sed verum, ff. de minorib. in illis verbis: *Licet aliquo caſu peculium ad filium ſpectet: vt puta, ſi patris eius bona à fiſco propter debitum pecuniarium occupata ſunt: nam peculium eius Conſtitutione Diui Claudij ſeparatur.*

Si peculium profectitium reſeruandum eſt filio patris bonis à fiſco occupatis, igitur & contrà peculium aduentitium reſeruandum eſt patri, bonis filij occupatis à fiſco.

Tertium argumentum ſumitur ex l. vlt. §. Filijs, C. de bonis quæ liber. & l. 2. C. de caſtrenſi peculio. lib. 12. vbi cautum eſt, non licere filiofam. bona alienare, in quibus pater vſumfructum habet, & non licere alia bona præter quam caſtrenſia alienare ſine conſenſu patris. Ergò nec poteſt delictum committendo in ea fiſcum transferre.

Quartum ſumitur ex l. Cùm ancillis, C. de inceſtis nuptijs, in illis verbis: *Omnibus bonis eius Ciuitati, cuius curialis fuerat, mancipandis, ſi patria poteſtate fuerit liberatus, nulloſq; habeat liberos, vel parentes; vel etiam propinquos, qui ſecundum legum ordinem ad eius ſucceſſionem vocentur.*

Contrarium reſpondit Petr. Paulus Pariſius, conſ. 157. lib. 4. & multi alij, qui tam à Menochio, quā à cæteris recentioribus commemorantur, locis ſuperius annotatis, iſti reſponderunt, bonorum illorum proprietatem confiſcari, vſufructu parenti reſeruato.

Argumenta ſunt iſta. Primùm ex l. expoſtulauerit, §. Iubet lex, ff. ad leg. Iul. de Adul. in illis verbis: *Proinde in communi partem publicamus: in proprio cuius vſuſfructus alienus eſt, nudam proprietatem.*

Secundùm eſt ex l. Quinque legibus, cùm l. ſeq. ff. de

bonis

bonis damnator. illis verbis; *Et omnes omninò maritus aduerſus fiſcum habeat contra fiſcum*. Idem igitur & de patre ſtatuẽdum putant, vt minimum ſalua ſit ei actio ratione vſusfructus. A

Tertium argumentum eſt, quia confiſcantur propter delictum etiam minoris 25. annis bona, licet alienari non poſſint, l. Clarum, C. de autor. præſtanda. Ergo etiam filijſam. bona confiſcari poterunt, licet alienari nequeant ſine patris conſenſu.

Poſtremum argumentum eſt, quia pater iudicati actione de peculio tenetur, l. 3. §. idem ſcribit. ff. de peculio. Ergò in propoſito caſu nõ poteſt filij peculium occupare, ſed fiſco tradere tenetur.

Mihi magis placet prior ſententia, non ex ſecundo, vel tertio, vel quarto argumento, ſed ex primo duntaxat. Cætera enim nihil mouent: quia ad ſecundum argumentum reſponderi poteſt, l. 3. §. Sed verum, nõ loqui de bonorum confiſcatione propter delictum, nec de bonorum confiſcatione filij. Ad tertium verò, filiũ quidem alienare non poſſe bona, in quibus pater vſumfructum habet; & conſequenter bona confiſcari non poſſe: ſcilicet quoad patris vſumfructũ nõ quoad proprietatem filij, quia nihil vetat confiſcari proprietatem bonorum vnius, ſaluo vſufructu alterius, vt patet ex d. l. Si poſtulauerit, §. Iubet, ff. de adulter. Ad quartum verò reſpondetur tex. in d. l. Cum ancillis, nihil protſus ad rem facere. B

Primum itaque argumentum ex d. l. 3. C. de bonis damnator. firmiſſimum eſt. Nam priuilegium, quod filijsfam. in caſtrenſi peculio cõſtitutiones dederunt, capitis diminutione amittunt, perinde, ac ſi moriantur inteſtati ſuperſtite patre. Quare filijfam. capite minuti, caſtrenſe peculium pater occupat iure ſuo, vt ſuum, vt annotauit Cuiac. in Cod. recitationib. ad tit. de bonis damnator. Eadem eſt ratio peculij aduentitij, hoc eſt, extra caſtra quęſiti. Olim pleno iure patris erat. Conſtitutionibus autem filijsfam. hoc ius tributum eſt, vt proprietatẽ habeat, l. 1. C. de bon. matern. l. Cùm oportet, C. de bonis quæ liberis. Filius itaque capite minutus, propter delictum, omne priuilegium tributum amittit: Conſequenter peculium eius pater occupat iure ſuo, tanquam ſuum quemadmodum ſi inteſtatus filius mortuus ſit, l. 2. ff. de caſtrenſi peculio. C

Argumenta contrariæ ſententiæ nullius planè momẽti ſunt, quia quod attinet ad l. Si poſtulauerit, §. Iubet lex, ff. ad leg. Iul. de adult. illa lex non loquitur de filiofam. nec de illius peculio: & nihil aliud probat, quàm confiſcari poſſe proprietatem vnius, ſaluo manente vſufructu alterius: quod & nos concedimus. Sed negamus id locũ habere in peculio filijfamilias, de quo agitur: quia illud pater occupat ſuo iure, non autem fiſcus.

Eadem reſponſio ad ſecundum argumentũ accommodari poteſt. D

Tertium verò argumentum nihil mouet: quia non ideo confiſcari bona filij negamus, quòd alienari non poſſint; ſed quia pertinent ad patrem, filio capite minuto.

Poſtremum autem argumẽtum ex l. 3. §. Idem ſcribit, ff. de peculio, loquitur in actione iudicati quando filius condemnatur in certam quãtitatem in Iudicio. Tunc pater tenetur de peculio, quod non facit ad rem de qua agitur, quia non de certæ quantitatis condemnatione agimus, ſed de omnium bonorum confiſcatione, quæ valde differunt,

CAPVT XLVIII.

Quid ſi tale ſit peculium aduentitium, vt vocant filijſam. in quod nullum pater habeat vſumfructum, an veniat in bonorum confiſcatione filijfamilias.

Sed rurſus controuertitur, quid ſi pater nullum in peculio filij habeat vſumfructum, an in confiſcationem bonorum veniat propter ipſius filijſam. delictum? Nonnulli exiſtimarunt venire; Gigas de Crimine læſæ Maieſt. lib. 2. tit. de pœnis committentium crimen læſæ Maieſt. quæſt. 11. & alij quos citat Peregrinus, de iure fiſci, libro 5. tit. 1. num. 128. qua in re Menochius dubius eſt de recup. remed. 9. num. 81. & ſeq. B

Fundamentum eſt, quia vbi pater nullum habet vſumfructum filiofa. permiſſa eſt alienatio, l. vlt. §. filijs. C. de bonis, quę lib. Ergo etiam confiſcatio locum habere poteſt. Eſt enim quædam alienatio in fiſcum ex delicto proueniens.

Contraria ſententia & verior & communior eſt, (excepto crimine læſæ Maieſtatis, de quo præclara extat deciſio Pedemon. Oſaſchi 94.) nimirum in confiſcationem bonorum filijſam. ob delictum non venire peculium aduentitium, licet pater nullum in eo habeat vſumfructum. Sic reſpõdit Ruinus, conſi. 24. num. 11. 12. lib. 5. Socinus iunior conſil. 77. num. 10. lib. 2. Clarus quæſt. 78. verſ. Sed quid in aduentitijs. Peregrinus vbi ſuprà. Farinacius tit. de Delictis, & pœnis, quæſt. 24. num. 6.

Fundamentum eſt, quia filiusfa. teſtari non poteſt de huiuſmodi peculio, licet nullum in eo pater vſumfructum habeat, vt deciſum eſt in l. pen. C. qui teſtam. facere poſſ. Ergo nec poteſt venire in bonorum confiſcationem. C

Sed hoc planè infirmum eſt argumẽtum, quoniam vt rectè monet D. Menochius, ideo filiusfam. de tali peculio teſtari nequit, quia patria poteſtas impedimẽto eſt: quæ quidem patria poteſtas ſola impedimento non eſt, quo minus filius bona ſua ob delictum amittat.

Hæc igitur veriſſima ſentẽtia probatur ex l. 3. C. de bonis damnator. & ex ratione quam in præcedenti capite adieci. Nam ſi peculium caſtrenſe non venit in bonorum confiſcationem, in quo certum eſt patrem nullum habere vſumfructũ, conſequens eſt, nec aliud peculium, quod caſtrenſe non eſt, confiſcationi obnoxium eſſe: quia eadem eſt ratio. Huc accedit, quod in præcedenti capite dicebam, patrem iure ſuo occupare peculium filij, quando ob capitis diminutionem omne priuilegium Conſtitutionibus ei conceſſum amittit: quod & ad huiuſmodi peculium, in quo pater nullum habet vſumfructum, rectè accommodari poſſe, non eſt ambigendum. D

CAPVT XLIX.

De caſtrenſi peculio filijſam. an veniat in confiſcationem bonorum.

Sed & de Caſtrenſi peculio, an hodierno iure confiſcari debeat, controuerſia eſt non parua. Nam illud confiſcari non poſſe cenſuerunt quamplurimi, tam veteres, quàm recentiores, quos refert & ſequitur Clarus, q. 78. verſic. *Quæro etiam quid in peculio caſtrenſi*. Couar. lib. 2. Variar. reſol. cap. 8. nu. 7. Menoch. de recup. poſſeſſ. rem. 9. num. 96. 70. M. Anto. Peregrinus de iure fiſci, lib. 5. tit. 1.

tit.1.nu.130.omnium latiſſimè Farinacius tit. de Delictis,& pœnis,q.24.num.11. A

Contrarium autem docuerunt Angelus & Romanus ad l.Si filiusfam.ff.de damno infecto. Nellus in tract.de Bãnitis,in 1.parte 2.temporis,q.25.Antonius Gomeſ.var.reſol.tit.de ſeruitutib.cap.15.nu.15.verſ. *Sed his non obſtantibus*,alios citant Peregrinus & Farinacius locis annotatis.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in l.3.C.de bonis damnator. vbi hæc quæſtio apertè deciditur.

Poſterioris autem fundamentum eſt, quia filiusfa. in caſtrenſi peculio pro patrefamiliàs habetur,ac poteſt illud alienare, ſicut dominus, liberè & abſolutè, l.2.C.ad Macedon.l.Cùm oportet, verſ.*Exceptis*, C. de bonis,quæ liber.l.2.C.de caſtrenſi peculio, lib.12. Ergò & delinquendo poteſt illud amittere,fiſco nimirum occupante.

Ad l.3.C.de bonis damnato.reſpondent,illam eſſe accipiendam ſecundum antiqua tempora, quibus filiusfam.non habebat heredem: ſed pater iure peculij omnia occupabat,l.2.ff.de caſtren.peculio.Hodierno iure hæredem habet, & filio defuncto pater ſuccedit tanquam hæres,vt in Nouella de hæred. ab inteſtato venient.Igitur ſi ex delicto pœnam confiſcationis incurrat,non habebit patrem ſucceſſorem, ſed fiſcum, qui omnibus alijs præfertur. B

Ego priorem ſententiam & communiorem, & æquiorẽ eſſe non dubito,& ſequor, quia licet circa ſucceſſionem bonorum filijſam.multa ſint immutata,tamen remanſit incorrecta d.l.3. Et ſanè,hoc ſępenumerò obſeruaui, antiquas leges ĩ aliqua parte correctas fuiſſe poſterioribus Conſtitutionibus Imperatorum, & in alijs partibus ſuum vigorem obtinere, vt & Cuiacius notat lib.6.Obſer.cap.11.& dixi lib.1.Controuerſ.cap.8.circa finem.Excipio Maieſtatis crimẽ propter l. Quiſquis, C.ad l.Iul.Maieſt. Puto enim in eo crimine confiſcari peculium caſtrenſe.Ex his quę tradit Octauianus Cacheran.Deciſ.Pedemont.94. C

CAPVT L.

Publicatis ob delictum patrisfam.bonis, an publicetur vſusfructus, quem habet iure patriæ poteſtatis in bonis filij?

E Contrario controuertitur, an publicatis bonis patrisfamiliàs ob delictum ab eo cõmiſſum, publicetur vſusfructus, quẽ ille habet in bonis aduentitijs filij ſui. Affirmant publicari, Antonius Gomeſ. poſt alios quos adducit,c.15.tit. de Seruitutibus, nu. 18.& Placa in Epitome Delictor.lib.1.cap.22.nu.39. vbi & alios commemorat.

Fundamentum eſt in l.Si poſtulauerit, §.Iubet lex, ff.ad l.Iul.de adult.illis verbis: *Proinde in cõmuni parte publicamus,in proprio cuius vſusfructus alienus eſt nudam proprietatem in quo tantum vſumfructum habuit reus, magis eſt, vt perceptio vſusfructus ad publicum incipiat pertinere.* D

Huc accedit ratio: Nam etſi vſusfructus alienari non poſſit: tamen eius commoditas & fructuum perceptio alienari poteſt,l.Arboribus, §.Vſusfructuarius, ff.de vſufructu.Ergò & confiſcari,argum.l.Imperatores,ff.de iure fiſci.

Contrarium docent Gigas,de Crimine læſæ Maieſta.lib.2.tit.de pęnis committentium crimen lęſę Maieſt.q.13.num.4.Bal.in l.1.C.de bonis,quæ liber. Corneus conſ.208.ad finem,lib.3.

Fundamentum eſt:quia vſusfructus morte vſufructuarij finitur:neque tranſit ad extraneum hęredem, §.finitur,in Inſtit.de vſufru.fiſcus verò eſt loco extranei hæredis.

A Tertia eſt ſententia ſic diſtinguens, aut paterfam. propter delictum & condemnationem amittit libertatem vel Ciuitatem: atque adeò patitur maximam vel mediam capitis deminutionem: & tunc vſusfructus finiatur, & ad dominum reuertitur; & vt noſtri loquuntur,cõſolidatur cum proprietate, §.finitur,in Inſt.de vſufruc.l.Corruptionem, C.eodem tit.Conſequenter confiſcari non poteſt. Aut non patitur talem capitis deminutionem;& tunc ad fiſcum transfertur, argu.dictę l.Si poſtulauerit,§ Iubet lex. ff.ad leg.Iul. de adulter. Ita Baldus in d.l.Corruptionem, nu.7.& alij, quos refert & ſequitur Peregrinus, de iure fiſci lib.5.tit.1.nu.129.Farinacius,qui & alios citat, tit.de Delictis,& pœnis,q.24.num.33.

Huic poſtremæ ſententiæ ac præclarę diſtinctioni, calculum adijcio meum. Conciliantur enim opiniones: legeſque legibus concordantur, & omnis difficultas tollitur.

B

CAPVT LI.

In bonorum confiſcatione ob delictum ſecuta, an bona futura comprehendantur.

NVllus eſt antiquorum Interpretum, vel eorum qui de iure reſpõſa ediderũt, aut Criminales materias explicarũt, qui nõ docuerit ſimpliciter & abſolutè ĩ bonorum confiſcatione ob delictum ſecuta, bona futura, hoc eſt, quæ poſt ſententiam acquiſita ſunt,non contineri, neque ad fiſcum pertinere. Vide Boſſium,tit.de bonor.confiſcatione, nu.15. & nu.66. Antonium Gomeſ.tit. de cõfiſcatione bonor.nu.1. Pinellum ad Rubr. de bonis matern.nu.3. Peregrinum de iure fiſci,lib.5.tit.1.nu.132.Farinacium tit. de delictis,& pœnis,q.25.num.138.

C Fundamentum eſt in l.Si mandauero tibi, §.Is cuius,ff.mandati,in illis verbis: *Quia publicatis bonis quicquid poſtea acquiritur, non ſequitur fiſcum*. & in l.Eius qui,§.1.ff.de teſtam.ibi: *Bona quoq; quæ tũc habuit, cum condemnaretur, publicabuntur* & in l.Certa forma,C. de iure fiſci,ibi; *Parentibus heredes exiſtere eos non oportere,nulla legis ſanctione ſtatutum eſt.*

Sed quomodo,quæſo, hæc ſententia tam generaliter poſita,cohærere poteſt cùm l.2.C.de bonis dãnator.Imperat.Alexander: *Deportati nec earum quidẽ rerum,quas poſt pœnam irrogatam habuerint,heredem habere poſſunt.ſed & hæ publicabuntur.*

Gloſ.tres adfert ſolutiones in d.§.Is cuius,Prima dat §.Accipiendũ eſſe de confiſcatione facta ob illicitam negociationem: at l.2.C.de bon.damnat. accipiẽdam de confiſcatione ob delictũ ſecuta. Altera ſolutio eſt ex Azone, in vtroque caſu cõdemnatum retinere poſtea quęſita, ſed in illis hæredem non habere. quia eo mortuo,pertinent ad fiſcum.Tertia ſolutio eſt,legem D Pandectarum correctam eſſe ab Imperatore in d. l. 2.

Rectiùs meo iudicio Cuiacius Obſeruat.lib.6.cap. 23.poſt deportationem acquiſita, mortuo deportato, ad fiſcum pertinere: quia deportatus eſt capite minutus, & hæredem habere non poteſt. Poſt relegationẽ autem & publicationem bonorum, quęſita in fiſcum non tranſire, quia relegatus ex teſtamento, vel ab inteſtato hæredem habet.

Atque ita conciliandas eſſe contrarias has leges. Nam l.Si mandauero, §.Is cuius,non loquitur de deportato,quem conſtat capite minui, quia Ciuitatem amittit; Ergo intelligi debet de eo,cuius bona publicata ſunt ſine capitis deminutione: vt ſi quis relegatus ſit cum bonorum publicatione,vel confiſcata ſint ipſius bona ex cauſſa adminiſtrationis & muneris publici,iux.l.3.C.de ſentent.paſſis,quæ conciliatio non procul abeſt à prima ſolutione Gloſſæ, & mihi maximè

mè placet. Quare hæc notanda eſſe putò ſi de eo agatur, qui noſtro tempore fuerit bannitus cum publicatione bonorum, quia Ciuitatem Romanam amittit, teſte Andr. Gevll. lib. 2. de Pace publica, cap. 13. nu. 5. vel qui aliam pœnam loco deportationis paſſus ſit: quandoquidem deportationis pœna non eſt amplius in vſu; ſed eius locò alia pœna Iudicis arbitrio imponitur, vt declarat Menochius de arbitr. Caſu 330. Sic, inquam, erit de tali condemnato ſtatuendum: vt bona quæſita poſt condemnationem retinere poſſit; ſed in eis hæredem non poſſit habere, quia eo defuncto, ad fiſcum tranſeunt.

CAPVT LII.

Stante Statuto, quo pater teneatur ex delicto filij condemnati vſque ad legitimam portionem, an id procedat cum filius in contumaciam condemnatus eſt?

Mitto hoc caput Italis meis, apud quos talia Statuta vigent, vt viuens pater filij ob delictum condemnati fiſco portionem legitimam inferre teneatur. Nam Germanis par non ſanè vſui eſſe poterit, quia alio iure vtuntur. Exiſtimat Bartolus, in l. Cùm filiusfam. ff. de verb. oblig. ſi Statuti verba reſpiciant condemnationem: puta, ſi dicatur, patrem pro filio condemnato cogendum legitimam ſoluere, tunc fiſco legitimam eſſe præſtandam, licet filius in contumaciã condemnatus ſit. Idem docuere Baldus & Salycetus, in l. 2. C. Ne filius pro patre. Et eſt communis opinio, teſte Alexandro, in d. l. Cùm filiusfam. nu. 6. Clar. q. 86. verſ. intellige. Bertazol. conſ. 83. nu. 13. lib. 1.

Fundamentum autem eſt, quia verba Statuti requirunt condemnationem. Sed filius condemnatus eſt, Ergò ſeruandum eſt Statutum, quo pater legitimam ſoluere tenetur: nec refert quod in contumaciã condemnatus ſit, quia ſatis eſt eum condemnatum eſſe, vt verba Statuti locum habeant, quę de condemnato loquuntur. Sic & Vlpianus, in l. 35. ff. de noxalibus ſcribit: Etſi condemnatus ſit filius, quem ſcilicet nemo defendit, ex cauſſa delicti patrem de peculio teneri.

Sed contrarium alij complures docuerunt, Socinus ſenior in d. l. cum filiusfam. num. 10. Felynus in c. cum Bertoldus, num. 22. de re iudic. Tobias Nonius, conſ. 94. nu. 10. 11. & alij, quos refert & ſequitur Farinacius, tit. de Delictis, & pœnis, q. 24. nu. 178.

Fundamentum eſt primò in l. 55. ff. de euiction. Vlpianus: *Si ideo contra emptorem iudicatum eſt, quod dei fuit; nõ cõmittitur ſtipulatio: Magis enim propter abſentiam victus videtur, quã quod malam cauſſam habuit.* Secundò, in l. Si proluſorio, §. 1. ff. de appellat. Vlpianus: *Quoties hærede non reſpõdente, ſecundum aduerſarium ſententia datur: Reſcriptum eſt, nihil nocere neq; legatis, neque libertatibus.* Tertiò, in l. Vnica, §. Si procurator, ff. ſi quis ius dicenti non obtemperauerit ibi: *Si procurator tuus, vel tutor, vel curator; ius dicenti non obtemperauerit, ipſe punitur, non dominus, vel pupillus.*

Ex ijs enim legibus colligitur, vnius contumaciam alteri non obeſſe: & ſententiam contra vnum latam, propter eius contumaciam, alteri non obeſſe.

Hæc poſterior ſententia æquior eſt, Statuti ſummum rigorem nonnihil moderatur: Iuri conſonam interpretationem continet: Meritò priori ſententiæ, quæ verbis tantùm Statuti nititur, præferenda erit.

A

CAPVT LIII.

Emphyteuſi Eccleſiaſtica, quæ ex pacto tranſire poteſt extraneos hæredes, an in confiſcationem bonorum veniat?

Emphyteuſim non confiſcari, licet ita ſit ab Eccleſia conceſſa, vt ad extraneos hæredes tranſire poſſit, Iulius Clarus exiſtimauit, §. Emphyteuſis, quæſt. 29. Sed contrarium docuit Boſſius, tit. de bonorum publicatione, num. 60. Vtrique non deſunt adſtipulantes, vt videre licet ex Farinacio, tit. de Delictis, & pœnis, quæſt. 25. nu. 54. 55. 56. Peregrino de iure fiſci, libro 5. tit. 1. num. 70. & ex traditis per Burſatum conſilio 199. lib. 2.

Fundamentum Clari eſt, quia cõditio Eccleſiæ efficeretur deterior: propter fiſci potentiam, & eius priuilegia: nec vlla ferè eſſet ſpes caducitatis: nec credẽdum eſt; eam fuiſſe voluntatem Eccleſiæ rem concedentis in Emphyteuſim, vt ad fiſcum tranſiret.

B

Et dato, quod tranſire ad fiſcũ poſſit, dubitandum non videtur, quin Eccleſiæ ſit permiſſum, rem intra biennium vindicare ex Nouella Iuſtiniani de alienatione & emphyteuſi. §. 1. ſic enim ait: *Si verò contigerit, quamlibet rem ex aliquo prædictorum locorum venerabilium; Emphyteuticario iure datam, aut Imperialem domum, aut in Sacrum noſtrum Aerarium, aut in Ciuitatem aliquam, aut in Curiam, aut in aliquam venerabilem aliam domum peruenire: licentiam præbemus Ordinatoribus venerabilium locorum, à quibus à principio Emphyteuſis facta eſt, mox vt peruenerit in vnam prædictarum perſonarum ipſa Emphyteuſis, manifeſtare ſuam voluntatem intra biennium; & aut ab his detinere eandem rem, ad quos peruenit, & annuam penſionem, quã pacto continetur, inferri, aut hoc recipere Emphyteuſi ſoluta; eò quòd hoc ſibi prodeſſe exiſtimant.*

C

Fundamentum verò Boſſi eſt, quia talis Emphyteuſis tranſire poteſt ad extraneum hęredem, Ergò & ad fiſcum, quia is locum extranei hæredis habetur.

Ad tex. dictæ Nouellæ, §. 1. reſpõdet, id quod ibi dicitur, locum non habere, quando Emphyteuſis conceſſa eſt in perpetuum, vt & ad extraneos hæredes peruenire poſſit, hoc autem fit, quando conceſſa eſt adhibitis iuris ſolennitatibus, vt patet ex eadem Nouella, in §. Licentiam, vbi Iuſtinianus: *Licentiã igitur damus prædictis venerabilibus domibus, non ſolùm ad tempus Emphyteuſim facere immobilium rerum ſibi competentium, ſed & perpetuò hac eis Emphyteutico iure volentibus dare.*

Ergo vidi aliquando pacto expreſsè conuentum in inueſtituris (vt vocant) rerum Emphyteuticarum, in perpetuũ concedi alicui, & quibus dederit, ita tamẽ vt eas alienare ac transferre non poſſit in Militem, aut Fiſcum, vel Eccleſiam, vel alium potentiorem.

D

Si eiuſmodi pactum interceſſerit, non puto ad fiſcum tranſire poſſe, nec in bonorum confiſcatione contineri.

Ceſſante pacto, magis eſt vt credam, tranſire poſſe per confiſcationem, quia fiſcus eſt loco hęredis extranei, & in extraneum hæredem res tranſire poteſt.

Quod autem Clarus dicebat, de Eccleſiæ præiudicio, ergo non intelligo, quale ſit præiudicium hoc, cuius ratio ſit habenda. Nam fiſcus eſt ſoluendo. Nec plura habet priuilegia quàm Eccleſia: nec ijs priuilegijs Eccleſiæ nocere poteſt, quia tenebitur canonem ſoluere, & alia præſtare, quæ cæteri priuati tenentur. Fiſcus enim vtitur iure priuatorũ, præterquã in caſibus exceptis: Nec mouet igitur ſpes caducitatis, quæ obijcitur: quia etſi ad fiſcum non tranſeant, æquè exi

gua

gua ſpes caducitatis eſt; cùm Emphyteuſis perpetua ſit, & ad hæredes extraneos tranſitoria: Semper enim ferè hæres eſt aliquis ei, qui aliquid bonorum relinquit.

Illud maximi momenti eſt, quod dicebatur, etſi ad fiſcum tranſeat, poſſe nihilominus Eccleſiam intra biennium rem vindicare ex Nouella, de Alienatione & Emphyteuſi, §. 1. Sed dicendum eſt, eam Conſtitutionem pertinere ad Eccleſiam Conſtantinopolitanam, non autem ad alias Eccleſias. Repugnet quantum velit Alexander, in l. Si finita, §. Si de vectigalibus, num. 36. ff. de damno infecto. & Burſatus d. conſil. 199. lib. 2. num. 6.

Hoc enim demonſtro ſatis manifeſtè ex verbis dictæ Nouellæ. Nam poſt verba illa ſuperiùs relata, quę habentur in d. §. 1. ante §. Licentiam, Sic Imperator ſcribit: *Et hoc quidẽ ſuper his quæ maioris Eccleſiæ ſunt, & prædictarum venerabilium domorum, quæ ſunt in hac regia ciuitate, vel eius circuitu adhærentium diſpoſuimus. In alijs verò ſanctiſſimis Eccleſijs & Monaſterijs, &c. Seu reliquis venerabilibus domibus, quæ in omnibus Prouincijs noſtra Reipub. poſita ſunt, &c. conſequenter definire properamus. Licentiam igitur, &c.*

Ex quibus verbis apparet, totam ſuperiorem Conſtitutionem, in qua ea pars, de qua agitur, continetur ad Eccleſiam Conſtantinopolitanam pertinere, quæ verò Imperator ſubdit, pertinere ad cæteras Eccleſias. Itaque præclarè Cuiacius ad Nouellam 120. *Id eſt ſingulare in Eccleſia maiore Conſtantinopolitana, & alijs religioſis ædibus quæ ſunt intra eam vrbem, vel intra territorium eius, vt prædiorum ſuorum, perpetuam Emphyteuſim, vel etiam permutationem prædiorum inuicem facere non poſſint*. Et poſt pauca: *Id etiam eſt ſingulare in eis, vt poſt contractam Emphyteuſim cum fiſco, vel Imperatore, vel Republica, vel Curia, vel cum alio venerabili loco poſſint pœnitere, intra biennium.*

Et re vera ita eſt, legas Nouellam illam de Alienatione & Emphyteuſi, quæ eſt 7. ſecundùm nouã tranſlationem, videbis ſtatim initio de Eccleſia Conſtantinopolitana ſic ſtatutum eſſe, de alijs verò Eccleſijs aliter conſtitutum, in §. Licentiam, ſicut & ipſemet Imperator paulò ante d. §. Licentiam, apertè declarat, vt patet ex verbis quæ ſuperiùs retuli: Quam ob rem non video fundamentum vllum quo eorum ſententia nitatur; qui dixerunt, priorem partem dictæ Nouellæ, ad omnes Eccleſias pertinere; non autem ad Eccleſiam Conſtantinopolitanam tantùm: Et facilè adducor ad ſuſpicandum, eos aut non legiſſe, aut certè non rectè expendiſſe (quandoque enim bonus dormitat Homerus) totam eam Conſtitutionem.

CAPVT LIV.

De confiſcatione bonorum ob delictum, quanto temporis ſpatio exceptione præſcriptionis oppoſita euitari poſſit?

VIdeo controuerſiam eſſe inter Doctores circa tempus præſcribendi aduerſus fiſcum, ob delictum occupare volentem condemnati alicuius bona. Nam aliqui ſpatium annorum quinque conſtituunt. Alij viginti. Alij triginta. Alij quadraginta. Vide Bartolum in l. 2. C. de vectigalib. Abbatem & Felynum, in cap. Cùm nobis, de Præſcript. Boſſium tit. de Bonorum publicatione, nu. 78. Tobiam Nonium conſ. 105. Peregrinum de iure fiſci, lib. 6. tit. 8. 36. Antonium Gomeſium tit. de Confiſcatione, nu. 5. Farinacium tit. de Inquiſitione, q. 10. num. 82. & tit. de Delictis, & pęnis, q. 25. num. 158. cum ſeqq.

Pro quinquennio adfertur l. 2. C. de Apoſtatis, malè: quia non de confiſcatione loquitur, ſed de actione intra quinquennium exercenda, contra teſtamentum apoſtatæ, ibi. *Eaq; gratia teſtari minimè potuiſſe confirmat intra iuge quinquennium, &c.*

Item adfertur l. 2. C. de vectigal. & commiſſ. non rectè, quia loquitur de rebus, quæ in commiſſum inciderunt propter vectigal non ſolutum, nos autem de bonorum omnium confiſcatione ob delictum quærimus.

Item adfertur, l. in cognitione, ff. ad Syllan. Non placet, quia loquitur *de cognitione aperti aduerſus Senatuſconſultum teſtamenti, eius, qui à familia ſua occiſus dicatur.*

Pro triginta annis adfertur Regula l. Sicut, l. Omnes, C. de Præſcript. 30. vel 40. annor. Non placet, quia in cauſſis fiſcalibus alio iure vtimur, l. in omnibus, ff. de iure fiſci.

Pro annis quadraginta adfertur c. 2. §. 1. de Pręſcrip. lib. 6. rectè, in illa facti ſpecie, de qua S. Pontifex reſpondit, nimirum, cùm de confiſcandis hæreticorum bonis agitur.

Pro annis viginti adfertur l. In omnibus, ff. de iure fiſci. rectè. Sic enim ait lex: *In omnibus fiſci quæſtionibus, exceptis cauſſis, in quibus minora tempora ſeruari ſpecialiter conſtitutum eſt, viginti annorum præſcriptio cuſtoditur.*

Sed hic minora tempora conſtituta non ſunt, Ergo viginti annorum cuſtodienda præſcriptio eſt.

Item adfertur l. Querela, C. ad l. Cornel. de falſis, rectè. Sic enim Diocletianus: *Querela falſi temporalibus præſcriptionibus excluditur, niſi viginti annorum exceptione, ſicut cætera quoque ferè crimina.* Iunge doctiſſimi Peregrini argumentationem; *Si de delicto cognoſci poteſt, vſque ad annos viginti quoad condemnationem in perſonam, multò magis quoad condemnationem in rebus, quia condemnatio in rebus acceſſoria eſt, & quia perſonæ ſunt digniores rebus.*

CAPVT LV.

An in criminibus Iudex poſſit incipere à captura perſonæ, nullis præcedentibus inditijs.

IVdicem in criminibus incipere à captura perſonæ poſſe, etiam nullis inditijs præcedentibus, multi quidem dixerunt, ſed nemo hactenus probare potuit, id iuri noſtro conſentaneum eſſe. Sic dixerunt Baldus in l. 2. C. qui Cautiones, & in l. Conſentaneum, nu. 11. C. Quomodo & quando iudex. Marſil. ſing. 93. incip. Iudex licet ſine inditijs, & alibi, alios citat Farinacius, tit. de Carceribus, & carceratis, q. 27. num. 115.

Adfertur l. Conſentaneum, C. quomodo & quando Iudex, vbi Glo. dicit, citationem fieri & re, & verbo, & hoc per ordinarium tantùm adducit text. in §. Si verò etiam quidam, in Auth. de exhiben. reis, & Bartol. ibidem notat ex dicta Gloſſa, *Ordinarium poſſe capere perſonam quando vult.*

Adfertur etiam cap. Si clericus, de ſentent. excommun. lib. 6. Et quod hæc ſit generalis conſuetudo, teſte Paulo Caſtrenſe, in conſil. 327. num. 1. lib. 2.

Sed l. Conſentaneum, nihil ad rem facit, nec loquitur de criminibus, nec de captura: legatur Text. in §. Si verò etiam quidam, qui loquitur de reo exhibendo, tanquam periuro, & penè ſui accuſatore per fugam facto. Quod attinet ad c. Si Clericus, agitur quidem ibi de Clerico in carcerem coniecto, ſed nullum verbum, quod in carcerem conijci poſſit, non præcedentibus inditijs. Denique Conſuetudo quę adfertur irrationabilis eſt, & non valet, c. vlt. de Conſuet.

Contrariam igitur ſententiam veriſſimam eſſe non dubito, quam ſecuti ſunt Clarus, q. 28. verſ. Scias autem. Rolandus à Valle, in conſil. 17. lib. 3. in principio,

alios

alios citat Farinacius loco proximè citato, vbi hanc ſententiam ſequitur. Fundamentum eſt indubitatum. Nam cur deberet aliquis capi & in carcerem conijci, niſi ſuſpectus eſſet de delicto commiſſo? Hoc ſanè maximam iniuriam irrogat, maximumque præiudicium: quod nemo ſanæ mentis negauerit. Ergo cùm delictum non ſit præſumendum, ſed probandum, non video quo modo Iudici hoc ſit permiſſum, vt ſtatim accuſatione audita, vel denunciatione, ſeu querela abſque vllis legitimis ſuſpicionibus atque inditijs, debeat aliquem capiendum, & ad carceres deducendum curare. Qui hæc tentare voluerit, me certè conſentientem non habebit, ſed non vllum alium forſitan inueniet rectè ſentientem.

CAPVT LVI.

Quæ ſint indicia legitima ad capturam rei in criminibus.

GRatis etiam laborant in definiendo, quæ ſint inditia legitima ad capturam rei in criminibus. Alijs ſolam ſuſpicionem ſufficere affirmantibus. Alijs ſeula quædam inditia, Alijs diffamationem. Alijs qualem qualem informationem, Alijs deniq; totam hanc rem in arbitrium prudentis Iudicis conijcientibus. Hæc enim poſtrema ſola ſententia vera eſt, Vlpianus: *De cuſtodia reorũ Proconſulem exiſtimare ſolere, vtrum in carcerem recipienda ſit perſona, an militi tradenda, vel fideiuſſoribus committenda, vel etiam ſibi. Hoc autem vel pro criminis, quod obijcitur, qualitate, vel propter honorem, aut propter ampliſſimas facultates, vel pro innocentia perſonæ, vel pro dignitate eius qui accuſatur facere ſolet.* l. 1. ff. de cuſtod. & exhib. reor.

CAPVT LVII.

An Iudex teneatur actione iniuriarum, ſi aliquem iniuſtè in carcerem coniecerit?

NOn puto Iudicem actione iniuriarũ conueniri poſſe, propterea quòd aliquem abſque iuſta cauſſa in carcerem coniecerit: ſed aliter tamen puniendum exiſtimo, Iudicis arbitrio.

Mouet me quod Vlpianus ſcribit in l. Iniuriarum, 13. §. 1. ff. de iniurijs: *Is qui iure publico vtitur, non videtur iniuriæ faciendæ cauſſa hoc facere. Iuris enim executio non habet iniuriam.* Et paulò infrà: *Quæ iure poteſtatis à Magiſtratu fiunt ad iniuriarum actionem non pertinent.*

Et quod reſpondit Paulus: *Quod Reipublicæ venerandæ cauſſa ſecundum bonos mores fit, etiamſi ad contumeliam alicuius pertinet: quia tamen non ea mente Magiſtratus facit, vt iniuriam faciat, ſed ad vindictam Magiſtratus publicè reſpiciat; actione iniuriarum nõ tenetur.* l. Quod Reipub. ff. eod. tit. Ita docuit Paris de Puteo, in tract. Syndicatus, in verbo, *Captura*, cap. 2. incip. *Quia plerunque officiales*, nu. 5. Farinacius ſequitur tit. de Carceribus, & carceratis, q. 257. num. 137.

Contrarium docuerunt alij magis communiter Baldus in l. Per diuerſas, C. mand. Caſtrenſis & Iaſon, in l. 4. § Si quis condemnatus, num. 22. de re iud. Iodocus tit. de Citatione reali. Rolandus conſil. 17. nu. 1. lib. 3. & 18. num. 5. & 56. num. 16. eodem libro. alios citat Farinacius vbi ſuprà, num. 135.

Fundamentum eſt primò in l. 32. ff. de iniur. Vlpianus: *Nec Magiſtratibus licet aliquid iniurioſè facere. Si quid igitur per iniuriam fecerit Magiſtratus, vel quaſi priuatus, vel fiducia Magiſtratus, iniuriarum poteſt conueniri.*

A Reſpondeo, Vlpianum loqui de Magiſtratu, qui animum habet iniuriandi; quo caſu fateor conueniri poſſe actione iniuriarum. Sed quæſtio noſtra debet accipi, cùm dubium eſt, an Magiſtratus animo iniuriandi aliquem iniuſtè in carcerem coniecerit: tunc dicimus, iniuriarum actione conueniri non poſſe, ex ea videlicet ſola ratione, quod iniuſtè fecerit. Nam ſi conſtaret, eum hoc feciſſe animo iniuriandi, ſine dubio tenebitur actione iniuriarum.

Secundò, fundamentum eſt in l. fallaciter, C. de abolitionibus illis verbis; *Et reus aliquid iniuriæ inſcriptionib. illata tolerauerit, id eſt, ſi vel carceres ſuſtinuerit*, &c. Reſpondeo, verbum *iniuria* ibi accipi pro eo quod nõ iure fit, vt in Inſtit. de iniur. §. 1. Non enim dubitãdum eſt, quin Magiſtratus dicatur iniuriam facere ei, quem iniuſtè ad carcerem mittit, ſed nos loquimur hic de contumelia, quæ actionem iniuriarum parit: Et dici-

B mus Magiſtratum non videri contumeliæ cauſſa facere in dubio. Et idcirco iniuriarum actione non teneri. Si tamen iniuriandi animum habuerit, aliter reſpondemus, quia tunc tenebitur iniuriarum actione.

Tertiò, fundamentum eſt in l. Si verò, §. 1. ff. qui ſatiſd. cogan. ibi, *Quia ſanè non ſine qualibet iniuria eſt, duci in ius eum qui ſatis idoneum fideiuſſorem det.*

Reſpondeo, Caium loqui de iniuriarum actione aduerſus eum, qui fideiuſſorem locupletem, & pro rei qualitate ſatis idoneum non accepit; non autem contra Magiſtratum, Ideo nihil obſtat.

CAPVT LVIII.

An hoſti ſit fides ſeruanda à priuatis data.

C HÆc controuerſia, an fides hoſti ſeruanda ſit à priuatis hominibus interpoſita, lucem nonnullam adferet ad alias duas Controuerſias quæ ſequẽtur. Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ, quarum altera affirmat, altera verò negat fidem eſſe ſeruandam, Vide Bartolum in l. 5. ff. de Pactis, Zaſium in q. 3. de Iudæis, Duarenum in l. 1. ff. de Pactis, Alciatum in libello de ſingulari certamine, c. 44. Placam in Epitome Delictorum c. 37. Didacum Couar. in Epitome de Sponſalibus, 2. par. c. 3. § 4. nu. 14.

Affirmantis ſententiæ fundamentum eſt primò in regula generali, qua dicitur fidem ſeruandam eſſe, l. 1. ff. de Pactis, l. 1. ff. de conſtituta pecunia. Secundò in c. Noli, 23. q. 1. vbi S. Auguſtinus apertè ſcribit, etiam hoſti fidem ſeruandam, Tertiò in l. Nam & Seruius, ff. de neg. geſtis, vbi dicitur: *Cum à Luſitanis tres capti eſſent, & vnus ea conditione miſſus, vt pecuniam pro tribus adferret, & niſi rediſſet, vt duo pro eo quoque pecuniam*

D *darent, isq; reuerti noluiſſet, & ob hanc cauſſam illi pro tertio quoque pecuniam ſoluiſſent, æquum eſſe Prætorem in eum reddere iudicium.*

Negantis autem ſententiæ fundamentũ eſt. Primò in l. 1. §. Non fuit, ff. de dolo, ibi, *quoniam veteres etiam bonum dolum dicebant, & pro ſolertia hoc nomen accipiebãt, maximè ſi aduerſus hoſtem latronẽve quis machinaretur.* Secundò in l. 25. ff. de capti. & poſtlim. reuerſ. vbi I.C. *Nihil intereſt quomodo captiuus reuerſus ſit, vtrum dimiſſus, an vi fallaciave poteſtatem hoſtium euaſerit.* Tertiò in c. Dominus noſter 23. q. 2. vbi S. Auguſtinus: *Cum autem iuſtum bellum ſuſceperit, vtrum apertè pugnet, an ex inſidijs. nihil ad iuſtitiam intereſt.* Quartò in l. 2. C. de commer. & mercator. vbi Gratianus Imperator ad Tatianum ſcribens, præcipit aurum barbaris non ſolùm non præberi, ſed etiam quod apud eos inuentum fuerit, *ſubtili ingenio auferri debere.* Quintò in l. 5. ff. de re militari, vbi I. C. *Qui captus cùm poterat redire, non redijt, pro transfuga habetur.*

Mihi prior ſententia magis placat, quia probabilio-

tibus

ribus nititur argunıẽtis, quibus addo hiſtoriam Marci Aquilij, cuius meminit l. 5.ff.de captiuis.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, teſtimonium illud Vlpiani accipiendum eſſe de inſidijs, quæ ſtratagemata dicuntur, quibus aduerſus hoſtem vti permiſſum eſt.

Ad ſecundum reſpõdeo, nihil intereſſe, quomodo captiuus reuerſus ſit, vtrum dimiſſus, an vi vel fallacia poteſtatem hoſtium euaſerit: accipiendum eſſe quoad ius poſtliminij. Hoc enim duntaxat ſufficit cũ ab hoſtibus rediјſſe; modò animum habeat remanendi in Ciuitate, vt in lege allegata dicitur.

Ad tertium reſpondeo, permiſſum eſſe, vt ſuprà etiam dixi, aduerſus hoſtes inſidijs vti, & hoc probat argumentum, ſed ſententiam noſtram non offendit.

Ad quartum reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia: Fidem hoſtibus datam ſeruare, vel non ſeruare: & aurum hoſtibus non præbere, ſed auferre: nihil ſanè commune habent.

Ad quintũ reſpondeo, nihil aliud eo probari, quam ſi quis poſſit, cùm captus eſt, ad ſuos redire & nolit, quia videlicet malit apud hoſtes manere, pro trãsfuga habendum eſſe. Meritò: ſed nihil hoc ad quæſtionem, de qua agitur: an fides hoſti ſit ſeruanda.

Vnus reſtare videtur ſcrupulus, quia promiſſio hoſti facta videtur reſcindenda, propter metum captiuitatis, l. 4.ff. de eo, quod met. cauſſa. Reſpõdeo, id locũ non habere, quando captiuitas & ſeruitus eſt iuſta, l. Si mulier, ff. eod. tit.

CAPVT LIX.

Saluus conductus à Principe conceſſus ex bannitis, ob grauiſſima delicta, ſitnè ſeruandus?

NE pluribus lectorẽ morer, exiſtimò, ſaluum conductum à Principe datum exbannitis ſeruandum eſſe: quia graue eſt fidem fallere, l. 1.ff. de Pact. l. 1.ff. de conſtitut. pecun. & alibi, vt dicitur, nihil tam conueniens eſſe naturali æquitati, quàm fidem datam ſeruari.

Nec me ab hac ſententia communioribus Doctorum ſuffragijs munita deterrent, quæ grauiſſimi aliquot autores, quorum nomina inferiùs dabo, pro contraria ſententia ſtabilienda, in medium attulerunt.

Primum, quia hęc dicitur eſſe fragilis cautio, argu. l. qui ita, §. 1.ff. ad Trebel. quod non aliam ob cauſſam contingere videtur, niſi quia non cogatur quis ſeruare eiuſmodi cautiones.

Secundò, quia ſeruare huiuſmodi promiſſiones & cautiones, contra publicam vtilitatem pugnare videtur, quę hoc exigit, vt delicta puniantur, l. ita vulneratus, ff. ad l. Aquil.

Tertiò, quia fides hoſtibus ſeruanda non ſit.

Quartò, ex l. cùm pater, §. Titio, de leg. 2. illis verbis: *Nec videtur dolo feciſſe, cùm fraudem excluſerit.*

Quintò, ex §. neque In Nouella, de mandatis Princip. Sic enim Iuſtinianus ait: *Neque autẽ homicidis, neque adulteris, neque virginum raptoribus delinquentibus terminorum cuſtodes cautelam, &c.*

Sextò, quia cum talibus exbannitis & condemnatis nulla videtur poſſe obligatio contrahi; nec enim ſunt capaces obligationum tanquam hoſtes, & veluti transfugæ.

Septimò, quoniam exempla extant grauiſſimorum Principum, qui tales cautiones datas non ſeruarunt.

Autores ſunt multi apud Petrum Placam, In Epitome Delictorum, cap. 37. Herculanum de Cautione de non offenden. cap. 37. num. 10. Horatium Lucium inter conſi. crim. lib. 1. conſi. 167. Iacobum Nouellum Pract. Crim. Regula 182. in 7. fall. Paridem à Puteo tract. Syndicatus in verbo, Saluus conductus, cap. 1. num. 2. Angelum de Maleficijs, in verbo, *Quod fama publica precedente*. num. 6. Mandoſium in Pract. Commiſſionum, tract. de ſignatura gratiæ, Rubr. de Saluo conductu. Mynſing. Cent. 1. Obſeru. 82.

Reſpondeo ad primum, Iuriſconſultum non loqui de fragilitate cautionis, eam ob cauſſam, quod ſeruari non debeat: ſed quia aliquando vel nnn ſufficit propter inopiam eius, qui ſe obligat, vel alias ob cauſſas: non autem propterea, quòd non teneatur qui promiſit, eam ſeruare: alioqui ſuperuacaneæ forent cautiones omnes ac fideiuſſiones: quod abſurdum eſt dicere.

Ad ſecundùm reſpondeo, vtilitati quidem publicæ aduerſati, delictorum impunitatem: ſed tamen ſi Princeps eam promiſerit, debere eam ſeruare: quemadmodum ſeruare tenetur, vbi ex gratia pęnam condonauit.

Ad tertium reſpondeo, negando id quod aſſeritur, nimirum fidem hoſtibus ſeruandam non eſſe: Nam contrariam ſententiam in præcedenti capite approbauimus.

Ad quartum reſpondeo, aliud eſſe fraudem excludere, quod permiſſum eſt, aliud fidem violare, quod graue ac turpe eſt.

Ad quintum reſpondeo, ſententiam Iuſtiniani in dicta Nouella hanc eſſe, templorum immunitatem homicidis, adulteris, & ſimilibus præſtandam non eſſe: id patet ex verbis ſequentibus, quæ ſic ſe habent: *Sed etiam inde extrahes, & ſupplicium eis inferes, &c.* Rectè Cuiacius in expoſitione dictæ Nouellæ: *Si iudicium eſt criminale, non ſeruatur ius aſyli, exempli cauſſa, Sicarijs, adulteris, raptoribus virginum, vt hac Nouella continetur, &c.* Quanquam aliter Iure Canonico ſit conſtitutum, vt habetur in titu. de Immunitate Eccleſiarum.

Ad ſextum reſpondeo, Iure quidem Cinili nullam cum iſtis hominibus obligationem contrahi; ſed loquimur nunc de fide data, ex quo oritur naturalis obligatio, cuius procul dubio iſti ſunt capaces.

Ad ſeptimum, ab exemplis petitum, reſpondet doctè, clarè & ſufficienter, D. Menochius in conſi. 100. num. 223. lib. 1.

Dixi hanc eſſe communiorem ſententiam, & probo ex Gregorio Magalotto, in tract. de Saluo conductu, deciſ. 19. Burſato conſilio 177. numero 27. libro 2. & 345. numero 25. libro 4. Bertazolo conſilio 359. libro 2. Farinacio titulo de Carceribus & carceratis q. 29. in principio.

CAPVT LX.

Frangens fidem publicam, hoc eſt, offendens eum qui à Principe ſaluum conductum habet, an incidat in crimen læſæ Maieſtatis?

VLpianus: *Maieſtatis crimen eſt quod aduerſus populum Romanum, vel aduerſus ſecuritatem eius committitur.* in l. 1. ff. ad legem Iul. Maieſt.

Rectè Budæus exponit *ſecuritatem*, id eſt, tranquillitatem & pacem, & Duareuus lib. 2. cap. 22. Diſputationum. Malè hinc noſtri, qui pro fide publica accipiunt, quam vulgò ſaluum conductum appellamus, inde colligunt, in crimen læſę Maieſtatis incidere eum qui offendit eos, qui à Principe ſaluũ conductum habent; ſicut & Burſatus annotauit, in conſ. 216. num. 24. lib. 2.

Saluus conductus eſt fides publica, ſecuritas Latinè loquentibus eſt animi tranquillitas, & pax contra-

Eee ria

ria curæ & anxietati: Si quis ergò populi Romani pacem & tranquillitatem turbauerit, is reus eſt læſæ Maieſtatis. Qui offendit eum qui publica fide tutus eſt: non offendit Principis Maieſtatem, vel populi Romani tranquillitatem & pacem: ſed hominem priuatum offendit. Facit contra Principis voluntatem, contra mandatum eius: ſed læſæ Maieſtatis reus non eſt, alioqui omnes qui leges Principum, qui eorum mandata violauerint, ſtatim erunt læſæ Maieſtatis rei: quod abſurdum eſt dicere. Si tamen proponatur fidem publicam violari in contemptum Principis, eoque animo, vt principi iniuria inferatur, tunc affirmare non verebor legi Iuliæ Maieſtatis locum eſſe, vt rectè Boſſius explicat de crimine læſæ Maieſtatis, nu. 10. A

CAPVT LXI.

An poſſit Iudex, vt reus fateatur delictum, impunitatem ei promittere; & poſtea confeſſum condemnare, ac punire. B

Celebris eſt ſentẽtia Dominici à S. Gem. licere iudici delinquẽti promittere impunitatem, & liberationẽ, vt delictum fateatur, eumque poſtea cõfeſſum condẽnare ac punire, in cap. Nos in quemquam, 2. q. 1. Nã pro huiuſmodi ſimulationibus pugnare videtur iudicium Salomonis, in c. Afferte, de Præſumpt. & quod ſcriptum eſt ob publicã vtilitatẽ permiſſam eſſe ſimulationẽ, in c. Vtilem, 22. q. 2. Sequitur Felinus in d. c. Afferte, de Præſumpt.

Sed nihil promiſit Salomon, cùm dixit, *Afferte mihi gladium:* nec vſpiã dicitur licere mentiri, & fidem nõ ſeruare, & ſub fide publica quemquam decipere: immò repugnat l. 1. ff. de pact. l. 5. ff. eod. l. 1. ff. de cõſt. pecun. l. 1. C. de his qui ven. ætat. impetrau. Ergò contraria ſentẽtia verior, quam ſecutus eſt Decius cùm alijs qui annotationes in eum ſcripſerunt, ad l. ea eſt natura, de reg. iur. Io. Imolenſ. conſ. 109. Marſil. Sing. 101. nu. 4. Thomas Grammaticus, in q. 5. poſt deciſiones, Petrus Placa in Epitome Delictorum, c. 37. nu. 5. Couar. lib. 1. Variar. reſolut. cap. 2. non procul à fine. Nil moror diſtinctionem Blanci in Pract. Crim. §. Datis defenſionibus, nu. 30. C

Non obſtat, ſi dicatur promiſſionem factam impunitatis non valere: quia Iudex hanc poteſtatẽ non habet & contra publicam vtilitatem fieri, ſeruando huiuſmodi promiſſiones. Publicam verò vtilitatem præferendam eſſe priuatæ.

Nam reſpondeo nõ licere quidem Iudici hæc promittere: ſed tamen ſub fide publica neminem eſſe decipiendum: Nec idcirco delictum impunitum eſſe relinquendum, contra ius & publicam vtilitatem: quia poterit reus & condemnari & puniri, ſi in ea confeſſione perſeuerauerit, vel alijs modis ab eo cõmiſſum probatur delictum: vel teſtibus, vel alijs argumentis. Ex confeſſione illa *ſic extorta dicimus condemnari & puniri non poſſe.* D

Nec aſſentior ijs, qui pœna extraordinaria ex ſola illa confeſſione non confirmata, nec reuocata, reum eſſe puniendum, ſtatuunt. Menoch. de arbitr. Caſu 367. nu. 4. quia id iure non probatur. Nouiſſimè legi Binsfeldium egregiè confutantem argumenta Bodini, quibus probare conatur, reum eſſe puniendum, & iudicibus hæc mendacia ac deceptiones eſſe permiſſas, in tract. de Confeſſionibus maleficorum, in 7. Concluſ. in 3. dubio.

CAPVT LXII.

Iudex an poſſit concedere ſaluum conductum bannito vel condemnato.

Ne diu lector animi pendeat in hac graui, & varijs Doctorum ſententijs implicita quęſtione, exiſtimo Iudicẽ nequaquam poſſe concedere ſaluum conductum bannito vel cõdemnato: ſed hoc ius Principi ſoli competere.

Martianus: *Et nemo poteſt commeatum remeatumve dare exuli, niſi Imperator ex aliqua cauſa.* l. Relegati, ff. de pœnis.

Alij dicunt poſſe, primò ex l. Is qui reus, cùm Gloſ. ff. de publicis iudic. Vlpianus: *Inchoatas planè delationes ante damnationem implere eis, et poſt damnationem permiſſum eſt.* Gloſſ. ibi: *Sed quomodo non ciuis ſtabit in Ciuitate? Dic quod inter im permittitur ei ſtare in Ciuitate?* Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia; inchoatam accuſationem ante damnationem proſequi, & condemnatum in Ciuitate recipere cum fide publica, ne puniatur: vt de nouo delictum ipſius, vel alterius cognoſcatur.

Cùm nondũ ex Ciuitate abijt, nec executioni mandata eſt ſentẽtia, nil mirum, ſi differri poſſit executio, argum. l. Prægnantis, ff. de pœnis, l. Ad beſtias, ff. eodẽ. At exulem admittere, commeatum ei dare, & remeatum, hoc eſt, veniendi ac recedendi poteſtatem, id verò non eſt Iudici permiſſum, ſed ſoli Principi, vel ei qui loco Principis eſt.

Secũdò, quia Iudex ſtudere debet omni conatu, vt veritatem inueniat, l. 2. C. ſi contra ius, &c. c. Iudicantem, 30. q. 5. Veritas autem faciliùs inuenitur ex præſentia rei: nam magna ſumitur cõiectura ex vultu, ex animi motu, ex conſtantia & trepidatione, l. De minore, §. Tormenta, ff. de quæſtio. Ergò reo ſaluus conductus eſt concedendus, vt veniat. Sic enim veritas cognoſcetur.

Reſpondeo, concedo totum: ſed dico ab eo eſſe ſaluum conductum cõcedẽdum, qui poteſtatem habet, hoc eſt, à Principe; Hæc enim eſt quidem iuſta cauſſa, ſed requiritur poteſtas quoque, quam nego Iudices habere.

Tertiò, quia in ea re bonum publicũ vertitur propter defenſionem innocentis, l. Seruum quoque, §. Publicè, ff. de Procurat. Iudex ergò hanc ſecuritatem concedere poteſt propter bonum publicum.

Reſpondeo argumentum probare concedendam eſſe ſecuritatem ab eo qui poteſtatem habet: ſed nõ à Iudice, quia is non poteſt ſibi poteſtatem arrogare, quam non habet ſub colore publicæ vtilitatis. Quarę & Principi eum ſcribere oportet, ſi quãdo ei, qui nocens videbatur, poſtea ratio innocentiæ conſtiterit, l. 2. §. vlt. ff. de quæſt.

Alij negant ſecuritatem dari poſſe bannito & condemnato: aiunt autem rectè dari nondum condemnato. Boſſius poſt Salycet. in titul. de citationibus, num. 39.

Sed nulla legum autoritate, aut ratione probant alterum membrum diſtinctionis, quo aſſeritur, ſecuritatem poſſe dari. Qui enim poterit Iudex legum executor aut miniſter: in cuius poteſtate facti quęſtio eſt, non pœnæ perſecutio, lege prima, ff. ad Turpil. tales gratias impertiri, quæ ex Principis clementia pendent?

Alij diſtinguunt, an reus condemnatus facilè apprehendi poſſit, vel non: priore caſu negant ſecuritatem dari poſſe. Poſteriori autem affirmant. Sed vltimum membrum diſtinctionis iure non probatur.

Alij diſtinguunt, verum talis ſit cauſſa, quæ poſſit

per

per procuratorem agi, vel non ſit talis cauſa. Priori caſu negant dari poſſe ſecuritatem. Poſteriori affirmant.

Sed hęc diſtinctio eadem laborat probationis inopia: nec enim vllo iuris teſtimonio comprobatur.

Alij deniq; diſtinguunt, an ſubſit iuſta cauſſa vel nõ ſubſit concedendi huiuſmodi ſecuritates. Sed refellit hanc ſententiam Martianus, quem initiò adduxi, cùm ait, neminem poſſe, niſi Imperatorem, ex aliqua cauſſa exuli commeatum vel remeatum dare, in d.l. Relegati, ff. de pęnis. Non diſtinguit inter temporalem & perpetuam ſecuritatem, ne quis ea diſtinctione confidat. Ergò & iuſta cauſſa requiritur, & Principis conſenſus.

En Doctores. Bartolus in d.l. Is qui reus, ff. de pub. iudic. Marſilius §. Aggredior, num. 104. Iaſon in l. Cõuentionum, num. 4. ff. de Pactis. Blancus pract. crim. §. Datis defenſionibus, nu. 15. Clarus quæſt. 32. verſ. Sed hic quæro. Menochius de arbit. lib. 1. q. 81. & 92. & caſu 337. & conſi. 110. nu. 197. D. Tib. Decianus conſ. 96. lib. 3. Afflict. deciſ. 4. Grammaticus Voto 25. Farinac. tit. de Carceribus & carceratis, q. 29. nu. 81. cum ſeq. vbi etiam refert Pontificias Conſtitutiones, quibus in ditione Eccleſiaſtica Iudices dare prohibentur huiuſmodi ſecuritates.

CAPVT LXIII.

Si Iudex conceſſerit ſaluum conductum exbannito ſeu condemnato, cùm de iure non poſſet, an ſeruare fidem teneatur.

COntrouertitur quoq;, an ſi iudex dederit baunito ſeu condemnato ſaluumcõductum, cùm de iure non poſſet, teneatur fidem ſeruare. Aliqui n. affirmant. Aliqui negant. Vide Salyc. ad l. cùm indulgentia, C. de ſent. paſ. Menoc. de arbitr. q. 81. nu. 12. & caſu 336. nu. 27. & nu. 33. Farinac. tit. de Carceribus & carceratis, q. 29. nu. 95. Ego affirmanti ſententiæ calculum præbeo, quia nemo decipiendus eſt ſub fide publica, vt dixi c. præced. Fundamentum contrariæ ſententiæ eſt idem, quo nituntur ij, qui negant ſeruãdam eſſe fidem hoſtibus & exbannitis, quod retuli fuſiùs, & confutaui ſuprà cap. 58.

CAPVT LXIV.

An effringens carceres mortis pœnam incurrat?

VLpianus: *De his qui carcere effracto euaſerint, ſumendum ſupplicium, Diui fratres Emilio Tironi reſcripſerunt. Saturnius ẽt probat, eos, qui de carcere eruperunt, ſiue effractis foribus, ſiue conſpiratione, cum cæteris qui in eadem cuſtodia erant, capite puniendos.* l. 1. ff. de effract. l. Milites, §. eius fugam, ff. de re mi it. l. Si quis aliquid, 38. §. miles, ff. de pęnis.

Sed controuerſia eſt, an pœna capitalis intelligatur eſſe mors ac vltimum ſupplicium, vel ciuitatis amiſſio. Nam *appellatio capitalis mortis, vel amiſſionis Ciuitatis intelligenda eſt*, l. licet. 103. de reg. iur.

De morte accipiendam cenſuerunt Marſilius in §. attingam, nu. 36. Boſſius tit. de carcerato, nume. 5. ibi: *Maximè, quia leges loquuntur de capite naturali.* Placa in Epitome Delictorum, c. 10. nu. 26. alios citat Farinacius, tit. de Carceribus & carceratis, q. 30. nu. 3. Duarenus ad tit. de effractoribus. Quibus adſtipulatur verbum, *ſupplicium*, quo Vlpianus vtitur, & criminis admiſſi grauitas.

Cæterùm, illam pœnam capitalem de mitiori accipiendam eſſe, puta exilij, ſeu amiſſionis Ciuitatis, au-

A tores ſunt Petrus Duenas reg. 393. in 9. limit. Vrſillus ad Afflictum, deciſ. 404. num. 16. Burſatus conſil. 346. nu. 32. lib. 4. & alij, quos refert & ſequitur Farinacius vbi ſuprà, nu. 4. Quibus addo Ludouicum à Peguera deciſ. 1. Conſilij Cathaloniæ, ad fin.

His adſtipulatur l. interpretatione, ff. de pœnis, & vulgaris doctrina, Gloſ. in l. prima, C. Ne Chriſtianum mancipium. Nec obſtat verbum, *Supplicium*, quia mortem tunc ſignificat, cùm adiicitur, *vltimum*, l. Vltimum, ff. de pœnis, vel *ſummum*. l. capitalium, ff. eodem.

Ego benigniori ſententiæ calculum præberem meum, niſi viderem eos qui carceres effringunt Maieſtatem ipſius Magiſtratus contemnere; & plerunque Cõſtitutionibus caueri hoc crimen mortis pęna mulctandum.

B

CAPVT LXV.

Fugiens ex carcere effracto, an videatur fateri delictum, & tanquam confeſſus ſit damnandus?

CAlliſtratus: *In eos, qui cùm recepti eſſent in carcerem conſpirauerint, vt ruptis vinculis, & effracto carcere euadant; amplius quàm cauſſa, ex qua recepti ſunt, repoſcit, conſtituendum eſt: Et quamuis innocentes ex eo crimine inueniantur, propter quod impacti ſunt in carcerem: tamen puniendi ſunt.* l. 13. ff. de cuſtodia & exhibit. reor.

Gloſſ. in verb. *Puniendi non aperit*, inquit, *qua pœna, ſed videtur referre ſe ad pœnam eius criminis, pro quo erat ibi: vt ſic habeatur pro confeſſo: Ad quod eſt in Authen. de collat. §. Prohibeamus.*

C Eandem ſententiam ſecuti ſunt Bartolus ibidem, & in tract. de carcere. Ange. de Maleficiis, in verbo, Quod fama publica, nu. 82. Marſilius §. attingam, nu. 44. Grammaticus conſ. 57. nu. 3. Menochius de arbitr. caſu 301. nu. 5. & de Præſump. lib. 1. præſumpt. 89. nu. 45. Rolandus à Valle conſi. 7. nu. 8. lib. 1. Maſcard. de probationib. vol. 1. concluſ. 266. nu. 1. & concluſ. 498. nu. 16. eodem lib. & concluſ. 820. num. 1. lib. 2. Franciſcus Becius conſi. 70. nu. 23.

Sed nec text. quem Gloſ. adducit ad rem facit: nec Calliſtrati verba hanc interpretationem admittunt. Primò, quia cùm non aperiat, qua pęna ſint puniendi tales effractores, non licet nobis inferre, eſſe puniendos pęna crimini conſtituta, propter quod in carcerẽ coniecti ſunt. Secundò, quia pœna eorum, qui carcerem effringunt, & euadunt, capitalis eſt, vt in l. 1. ff. de effractoribus, & alibi, vt in præcedenti capite dixi: non igitur eſt pœna eadem, quæ crimini impoſita eſt.
D Tertiò, nam Calliſtratus dicit, puniendos eſſe etiam eos, qui ex eo crimine, propter quod in carcerẽ coniecti fuere, innocentes ſunt: Quomodo autem pro cõfeſſo habere poſſumus innocentem, eumque tãquam nocentem condemnare? Quartò, quia hæc eſt perſpicua Iuriſconſulti ſententia, eos qui effractis carceribus effugiunt, puniendos eſſe amplius, hoc eſt, grauius, quàm cauſſa expoſcit, ob quam in carcerem miſſi fuerunt. Licet enim ob leuem fortè cauſſam carceri eſſent incluſi, tamen effracturæ carceris crimen & fugæ graui pœna coercendum eſſe. Imò & puniendos eſſe, licet fuerint innocentes, ex eo crimine propter quod in carcere detinentur: quia ſcilicet effractionis carceris atque euaſionis crimen ipſum per ſe pęnam meretur.

Contrariam igitur ſententiam habuerunt Albericus in d. l. in eos, Cumanus conſil. 105. Boerius deciſ. 215. nu. 22. Duenas Reg. 392. in prima amplia. Anton. Gomeſ. de Captura reor. num. 11. Burſatus conſ. 346.

nu.30.31.35.lib.4. Bertazolus conſ.34.nu.1. & 35.nu. 15. alios citat Farinacius, eandem & ipſe ſententiam ſ cutus tit. de Carceribus & carceratis, q.30. nu.8. & ſeqq. quibus addo Ludouicum de Peguera deciſio. 1. Conſilij Cathaloniæ, & Ioan. Vaudum Quæſt. iuris, lib.2.c.2. vbi malè iudicio meo ſcribit, ex l.1.§.vlt.ff. de effract. *Tenuioribus ex hac cauſſa, nõ vltra operis publici pœnã. honeſtioribus non vltrà relegationis irrogandã eſſe.* quia text. in d.§.vlt. non de carcerum effractoribus loquitur, ſed de furibus qui effringunt, vt latrocinentur, vt patet ex verbis præcedentibus. Nam quantum attinet ad carcerum effractores, iam dixerat Iuriſconſultus initio ipſius legis, pœnam eſſe capitalem.

CAPVT LXVI.

Controuerſia circa conciliationem l.1. ff. de effractorib. & l.1. In eos, ff. de cuſtodia & exhib. reor. de fugiente ex carceribus.

CAlliſtratus in l. In eos, ff. de cuſto. & exhibit. reo. hoc tantùm vult, puniendos eſſe eos, qui carceri mancipati conſpirãt, vt ruptis vinculis & effracto carcere aufugiant, Vlpian. autem in l.1. ff. de effractoribus pœnam capitis eſſe reſpondit. Ergo nulla opus eſt conciliatione, quia non diſſentiunt. Alter ait puniendos, alter genus pęnæ declarat, capitis eſſe dicens.

Malè ergò qui vt eas leges conciliarent, dixerunt, Calliſtratum loqui de iis, qui tentarunt fugam ex carceribus, ſed non fugerunt. Vlpianum verò de illis, qui fugam tentarunt ex carceribus, & euaſerunt.

Non placet: licet.n. Calliſtratus expreſsè nõ faciat fugæ & euaſionis mentionem; tamen non eſt credendus loqui de ſolo conatu ad euadendum.

Minus probatur eorum ſententia, qui dixerunt, ita conciliari hæc reſponſa, vt cõtra fugientes ruptis carceribus duplex pęna ſtatuatur, nimirum capitis, iuxta Vlpiani reſponſum; & pęna quæ impoſita crimini eſt; cuius cauſſa in carceres miſſi ſunt, qui eis effractis aufugerunt, quia ſcilicet pro confeſſis habentur. Malè: quia vna eſt pęna capitis expreſsè ab Vlpiano commemorata: pœna illa confeſſi nulla eſt, vt dixi c. præcedenti.

Autoresq́; ſi quis ſcire cupit, ſunt, Alberic. in d.l. In eos, & Angelus Boſſius, tit. de Carcer. nu.5. Bertazolos conſ.35.nu.15. Marſil. §. Attingam, nu.44. Menoc. caſu 301.nu.5. Maſcard. de Probation. lib.2. Concluſ. 820.nu.9. Farinacius tit. de carceribus & carceratis, q.30.nu.20. & 21.

CAPVT LVXII.

In pœnam in eos conſtitutã, qui fracto carcere euadunt, an incidant ij, qui in palatio aut alio certo loco detenti, oſtio perfracto effugiunt?

COntrooetritur etiam, an ſi quis nõ in carceribus detineatur, ſed in Prætorio vel alio honeſtiori loco, & inde aufugiat foribus perfractis, an eadem pęna plectẽdus ſit, qua ij plectũtur, qui effractis carceribus euadunt, iuxta l.1. ff. de effractor. Negat Iaſon poſt alios in Repet. l. Admonendi, nu.174. ff. de iureiur. quia in pęnalibus non fit extenſio: cum odia reſtringenda ſint: & interpretatione molliendæ ſint pœnæ potius quàm exaſperandæ, ex locis vulgaribus. Lex autem pęnã capitis in eos ſtatuit, qui carceribus effractis euadunt.

Sed profectò hæc extenſio non eſt, ſed iuſta quędã

A interpretatio: nam quid refert, an frangãtur carceris fores, vel Prætorij, aut alterius domus, quæ pro carcere aſſignata eſt? Eadem eſt ratio. Ergò idem ios eſſe debet: Domus & Prætorium Iudicis loco carceris habetur. Nec lex impoſita verbis eſt, ſed rebus.

Contrariam igitur ſententiam amplector, quæ cõmunior eſt. Vide Boer. deciſ.215.no.15. Menoch. de arbit. caſu 301.nu.9. Duenam Reg.392. in 4. ampliat. Farinac. tit. de Carceribos & carceratis, q.30.nu.50. vbi alios citat.

CAPVT LXVIII.

Fideiuſſor de tuto carcere (vt vocant) ſub pęna, an incidat in pœnam, ſi principalis aufugiat, eo in caſu, quo iniuſtè detinebatur?

B FIdeiuſſorem in propoſita facti ſpecie non incidere in pęnam, tradit Luc. à Penna, in l. Si quis Decurio, nu.6. C. de Decur. lib.10. quem refert & ſequitur Grammatic. conſ. crim.51.nu.7. & alios citans Farinac. tit. de Carcerib. & carcer. q.30.nu.61.

Sed contrarium reſpondit Hyppo. Rimin. in conſ. 135.nu.21. lib.2. qui motus eſt autoritate Boſſij malè intellecti, in tit. de carcerato fideiuſ. committen. n.49. ſicut oſtendit doctus vir ac diligens Farinacius, loco ſuperius annotato. Nullum præterea in legibus fundamentum habet.

Verùm ſuperior ſententia, quæ fideiuſſorem excuſat, negatq́ue in pęnam incidere, fundamentum habet ſatis firmum. Nõ tenetur fideiuſſor, ſi principalis nõ tenetur. Nam fideiuſſoris obligatio acceſſoria eſt: & non põt in duriorem cauſſam obligari, quàm principalis, l. Græcè, §. Illud, ff. de fideiuſſor. Sed principa-

C lis, qui detinetur aufugiendo, nullam pœnam incurrit cùm ſcilicet iniuſtè detinetur, poteſt enim impunè aufugere, argum. l. Vis eius, C. de probation. & ibi Bartolus, ac cæteri hoc affirmant: eſtq́; communis omnium ſententia. Ergò nec fideiuſſor in pęnam incurrere debet, ne durior ſit eius quàm principalis cauſſa, & obligatio. argu. l. Fideiuſſor obligari, ff. de fideiuſſo. Et vt exceptio iniuſti carceris, quæ principali prodeſt, etiã fideiuſſori proſit, argum. l. Fideiuſſoris, in fine, ff. de pactis.

CAPVT LXIX.

Quæ ſit pęna eximentis iuſtè detentum in carceribus ex cauſſa criminali.

D QVi confeſſum in iure reũ, & propter hoc in vincula coniectum, emiſerit, reus eſt læſæ Maieſt. l.4. ff. ad leg. Iul. Maieſt. Maleficæ artis reum, qui legum ſeueritati, & debitæ ſubtraxerit quæſtioni, vltimũ ſupplicium non euadit, l. vlt. C. de malefi. & mathem. Raptorem qui eximit, pęna decem librarũ auri mulctatur, §. Arripiat, & §. vlt. in Auth. Vt omnes obed. iu. prouinc. Sed quid aliis caſibus?

Communis ſententia eſt eximentem eadem afficiẽdum pęna, qua is afficiendus erat, qui detinebatur in carcere. Vide Bart. in l. Sed & ſi eximendi, §. Item ſi quis, ff. Ne quis eum qui in ius vocatus eſt vi eximat, Iaſonem ad l.1. §. Quod Prætor, nu.12. ff. eod. Alexandrum conſ.35.nu.5. lib.2. Menochium de arbitrar. caſu 301.nu.16. Maſcardum de probat. vol.1. Concluſ. 266. nom.16.

Fundamentum eſt in l.1. C. de his, qui latrones &c. Valentinianus: *Eos qui ſecum alieni criminis reos occultando, eum, eamve ſociauerint, par ipſos & reos pœna expectet.*

Sed

Sed hoc in caſu pœnam eſſe arbitrariā poſt Ioā. Fabrum, quem citat in §. Pœnales, num. 7. Inſtit. de actio. exiſtimat Farinacius, tit. de Carceribus & carceratis, q. 30. num. 93.

Mouetur hac ratione: quia abſurdū eſſet, ob leniſſimum aliquod crimen in carcerem coniectū eximentem, non maiori pœna teneri quàm is teneretur, qui exemptus eſt: cùm turbet Iuriſdictionem Iudicis.

Ad l. 1. C. de his qui latrones, reſpondet, eam legem loqui de ijs qui latrones occultant, vel aſſociant, non autem de his qui eos è carceribus eximunt. Et eãdem legem ipſe perpendit in ſecundo reſponſo, dum ait: *Latrones ſi quis ſciens ſuſceperit, & eos offerre Iudicibus ſuperſederit, ſupplicio corporali, aut diſpēdio facultatum, pro qualitate perſonæ, & iudicis æſtimatione plectetur.*

Ego communem ſententiam veriorem puto, eamque confirmo ex l. Ad Commentarienſem, C. de cuſtodia reorum, vbi Imperator Valentinianus de Commentarienſe verba faciens, cuius culpa reus aufugit ex carceribus, decernit, eum eadem pœna teneri; *Qua obnoxius docebitur fuiſſe qui fugerit.*

B Ad primum argumentum reſpondeo, non videri abſurdum, quod eximens teneatur eadem pœna, niſi effringat carcerem, vel occaſionem det alijs quoque in carcere exiſtẽtibus euadendi. Non debet ex leuiſſimis cauſſis Iudex quempiam in carcerem conijcere. Et rarò accidere poteſt, eũ qui ex talibus cauſſis coniectus in carcerem fuerit à quopiam eximi, cùm ſtatim liberandus ſit.

Ad ſecundùm fateor, turbari Iuriſdictionem Iudicis: veruntamen pœna nõ debet eſſe grauior delicto. Quanquam fateor, rectè ſtatui poſſe, vt maiori pœna tales eximentes afficiantur: ſi ita res exigat, vel quia frequenter iſta committantur: vel alias ob cauſſas iuſtas. Diſputatio nunc eſt duntaxat de eo, quod iure communi ſtatutum eſt.

C Ad reſponſionem datam ad l. 1. C. de his qui latrones, replicari poteſt, licet illa lex de eximẽte eum qui in carceribus eſt, non loquatur, tamen eandem eſſe rationẽ in eximente, quæ in occultante delinquentem: Nam eximens delinquentem ipſum occultat, aſſociatque & iuuat ad euadendum.

Quod attinet ad ſecũdam partem d. l. 1. illa de receptatoribus loquitur; ac proinde ad rem propoſitam non rectè adducitur.

CAPVT LXX.

Eximens iniuſtè captum, vel in carceribus detentum, an puniendus ſit?

D Nequaquam puniendum eum eſſe qui captum iniuſtè, in carceribus detentum exemerit, autores ſunt Boſſius, tit. de Captura, num. 4. & 5. & ante eum Alexander in l. Sed eximēdi, Ne quis eum qui in ius vocatus eſt vi eximat. Iaſon ad l. 1. §. Quod Prætor, no. 12. ff. eod. tit. Clarus q. 29. verſ. *Sed quid ſi ille,* Menochius de arbitrar. Caſu 301. num. 24. Rolandus conſi. 40. num. 13. lib. 4. Farinacius, tit. de Carcerib. & carcerat. q. 30. num. 113.

Fundamentum eſt primò in l. 1. §. Offilius, ff. Ne quis eum qui in ius vocatus eſt, &c. Vlpianus: *Offilius putat locũ huic edicto non eſſe, ſi perſona quæ in ius vocari non potuit, exempta eſt; veluti parens, patronus, cæteræq́; perſonæ. quæ ſententia mihi verior videtur. Et ſanè ſi deliquit qui vocat; non deliquit, qui patronum vi eximit.*

Secundò, quia Iudici de facto, ideſt, iniquè aliquid facienti, & contra ius, permiſſum videtur reſiſtere, argumen. l. Prohibitum, & l. Defenſionis, C. de iure fiſci. libro 10. & quaſi vim vi repellere, l. Vt vim, ff. de iuſt. & iure.

A Contrarium docet Alexander, in conſil. 35. num. 5. lib. 2. Albericus, in l. 1. ff. Ne quis eum qui in ius vocatus eſt, &c.

Fundamentum eſt; quia licet eximens non teneatur ex edicto illo: *Ne quis eum qui in ius vocatus eſt, vi eximat,* quoad intereſſe partis: tamen quia Magiſtratus Iuriſdictionem contemnit, & vim facit, non videtur impunè id ferre oportere.

Ego autem ſic puto diſtinguendum; Aut quis eximit eũ qui capi, vel in carcerem duci non potuit: quia ſcilicet Iudex non eſt competens, vel aliam ob cauſſam, & tunc nullam pœnam incurret, ita loquitur Vlpianus in d. l. 1. §. Offilius.

Et licet Vlpianus loquatur de ciuili actione ex edicto illo, tamen eadem eſt ratio quoad criminalem accuſationem: quia ſcilicet talis eximens non *deliquit*. Et quia permiſſum eſt, reſiſtere hoc in caſu Iudici de facto vim facienti.

B Aut eximit quis captum iniuſtè, effringendo carceres: & tunc puniendus eſt. Nã ſi permiſſum nunquam non eſt etiam innocenti, ruptis carceribus effugere, l. In eos, ff. de cuſtodia & exhib. reor. multò minus alijs eximere ſic frãgẽdo carceres permiſſum cẽſeri debet.

Non obſtat quod Farinacius loco annotato ſcribit, aliud eſſe, innocentem eſſe, aliud non iuſtè & ritè in carcerem coniectum, & ideo innocentiam rei detẽti non excuſare eximentem, ſed capturam iniquam contra iuris ordinem, excuſare.

Nam reſpondeo, nullam eſſe rationem differẽtiæ: immò videtur maiori excuſatione dignus is qui innocens eſt, quàm is qui contra vel præter iuris formã in carcerem cõiectus eſt, qui fortaſſe nocens alioqui eſt. Et magis peccat Iudex innocẽtem detrudendo in carcerem, quàm nocentem ordine iuris non ſeruato, argum. l. abſentem, ff. de pœnis.

C Aut quis eximit in carcere detentum, abſque fractione carceris, eum, qui poterat quidem in carcerẽ detrudi, ſed per calumniam detruſus eſt. & puto in pœnam incidere, quia non eſt officium eximẽtis, iudicare de iuſta vel iniuſta detruſione in carcerem, ſed Iudicis, qui calumniatorem puniet; Aut ſi ipſe abſque accuſatore id fecerit ex officio, punietur. Atque huc applicari non incongruè poteſt, quod Paulus ſcribit in l. 4. ff. Ne quis eum qui in ius vocat. eſt, vi eximat. *Item ſi quis eum qui per calumniam vocabatur, exemerit: conſtat eum hoc edicto teneri?*

CAPVT LXXI.

Pœna fracti carceris, an teneatur is qui iniuſtè coniectus in carcerem fuit?

D Non eſt hic controuerſia inter Doctores, ſed obſcuritas quædam, meritò auferenda, ne quis impingat. Calliſtratus ſcribit eos eſſe puniendos, qui cùm in carcerem recepti eſſent, coniurationem cum alijs fecerunt, vt fracto carcere euaderent, licet innocentes fuerint; l. In eos, ff. de cuſtodia & exhibit. reorum. Ergò malè docẽt, qui dicunt iniuſtè coniectum in carcerem, impunè poſſe carceres frangere & aufugere. Marſilius, §. Diligenter, numero 50. & §. Attingam, numero 57. Clarus, quæſtione 21. verſiculo, Tertiò autem modo. Menochius de arbitr. Caſu 301. numero 14. de Præſumpt. libro primo, Præſumpt. 89. numero 43. & 49. Grammaticus conſilio 31. numero 6. & alij, quos commemorat Farinacius, tit. de carceribus & carceratis, quæſtio. 30. num. 120.

Malè inquam, qui ita ſimpliciter & abſolutè docẽt: nam cõtrarium Calliſtratus reſpondit, cũ dixit, etiam innocentes plectendos eſſe. Conſtat enim innocentes iniuſtè in carcerem detrudi.

Rectiùs ergo docuerunt, qui innocentes pœnam

effracti carceris euadere dixerunt, duobus concurrentibus. Primum eſt, ſi non ſeruato iuris ordine fuerint in carcerem coniecti. Alterum ſi mortem probabiliter metuant. Nam ignoſcendũ eſt ei, qui quoquo modo conatur ſanguinem ſuum redimere, l. 1. ff. de bonis eor. qui ſibi mortem conſciuet.

Et iudici de facto procedenti, licet reſiſtere, l. prohibitum, C. de iure fiſci, lib. 10. Ita rectè mouerũt Couar. lib. 1. Variar. reſol. cap. 2. nu. 12. Ripa, ad l. Admonendi, nu. 171. ff. de iureiur. Duenas Reg. 393. in 4. limit. Farinacius loco annotato, nu. 131. & ſequenti.

CAPVT LXXII.

Sola fractura carceris abſque conſpiratione, an capitali ſit pœna coercenda.

PEruaſit error in hac materia effracti carceris, non eſſe locũ pęnæ legibus conſtitutæ, niſi conſpirauerit effugiens cũ alijs, qui ſunt in carcere, ex verbis illis Calliſtrati, in l. In eos, ff. de cuſtodia & exhib. reor. *In eos qui cùm recepti eſſent in carcerem, conſpirauerint*, &c. Vide Petrum Duenam reg. 392. in 6. limit. Clarum, quæſt. 21. verſ. *Tertio modo*. Roland. à Valle, conſ. 7. nu. 46. lib. 1. Menoch. de Præſumpt. lib. 1. Præſumpt. 89. num. 45. alios refert & ſequitur Farinacius, tit. de Carceribus & carceratis, quæſt. 30. nu. 166.

Errorem hanc ſententiam continere, manifeſtum eſt ex l. 1. ff. de effractorib. vbi Vlpianus ſcribit: *De his qui carcere effracto euaſerint, ſumẽdum ſupplicium Diui fratres Emilio Tironi reſcripſerunt*. Hic nulla conſpirationis mẽtio fit. Pergit textus. *Saturnius etiam probat, eos, qui de carcere eruperunt, ſiue effractis foribus, ſiue conſpiratione, cum cæteris qui in eadem cuſtodia erant, capite puniendos*.

Vlpianus non requirit conſpirationem, ſed alternatiuè loquitur, *ſiue effractis foribus, ſiue cõſpiratione*, quo modo Baldus etiam rectè loquitur, in conſ. 32. nu. 1. lib. 3. & Marſilius, in §. Attingam, poſt nu. 45.

Nec mouet quod aliqui reſpondent, alternatiuam (*ſiue*) reſolui quandoque in coniunctiuam (*Et*.) Dato enim quod aliquando ita ſit, non tamen efficitur, idẽ eſſe in hac lege, cùm ſuperiora Vlpiani verba clarè euincant, fracturam ſolam carceris puniendam eſſe ſupplicio.

Rectè ergo monet Boerius, deciſ. 215. nu. 22. circa finem, poſt alios quos citat, etiam ſine conſpiratione, eos, qui aufugerunt carcere effracto, puniendos eſſe.

CAPVT LXXIII.

Lictores qui ex mandato Iudicis aliquem iuſtè capiunt, an poſſint reſiſtentem impunè occidere.

ASſentior ijs qui docẽt, Officiales publicos malefactorem reſiſtentem ne capiatur, impunè occidere poſſe, argumento ſumpto ex l. Si ſeruus, C. de his qui ad Eccleſ. confug. in illis verbis: *Sed ſi armorum fiducia reſiſtendi animũ inſania impellente conceperit: abripiendi extrahendiq; eũ domino, quibus id poteſt efficere viribus concedatur. Quod ſi illum etiam confligi in concertatione pugnaq; cõtigerit, nulla erit eius noxa*, &c. Ita docent Bartol. Bald. Salycetus, et omnes ibi. Clarus q. 29. in princ. & alij quos ſciens prætereo.

Verùm non aſſentior ijs, qui docet hæc habere locum, licet Officiales modum inculpatæ tutelæ excedant, ita Amadæus tract. Syndicatus, num. 100. Grammaticus deciſ. 41. Boſſius tit. de Captura, nu. 12.

Nullũ enim video huius ſententiæ fundamentum: immò in contrarium pugnat iuris ratio. Si enim vim

A vi repellere non licet, niſi cum moderamine inculpatæ tutelæ, l. 1. C. Vnde vi, cùm omni iure permiſſum ſit, alioqui aggreſſorẽ interficere, l. Vt vim, ff. de iuſt. & iure, l. 2. C. ad l. Corn. de Sicarijs, conſequẽs eſt, nec licere Officialibus aliquem reſiſtentem occidere, niſi cum moderamine inculpatæ tutelæ.

Atque Ita docent Imola in l. Ex conſenſu, §. Eũ qui, ff. de Appellat. Boerius deciſ. 170. in fin. Iodocus Damhauder. in Pract. Crim. c. 15. tit. de Citatione reali, nu. 28. Farinacius tit. de Carceribus & carceratis, q. 32. nu. 41. quos & ego ſequor.

CAPVT LXXIV.

An impunè liceat lictoribus publicis vulnerare, vel occidere malefactorem fugientem ne capiatur, ſi aliter eum capere non poſſint?

B NEc iuri, nec ratione, cõſentanea mihi eorũ ſententia videtur, qui dixerunt, licere vigilibus ſeu lictoribus inſequẽtibus malefactorẽ, vt eũ capiant, fugientem, interficere impunè, aut vulnerare, ita Bald. in l. vlt. nu. 5. C. de exhib. reis. Auguſtinus ad Angelũ de Malef. in verbo, *fama publica precedẽte*, nu. 54. Grãmaticus, deciſ. 41. Boerius deciſ. 170. nu. 7. Antonius Gomeſ. tit. de Delictis, c. 9. num. 6.

Non videtur inquam, iuri conſentanea hæc ſententia, nec rationi, quia fundamentum habet in l. Si ſeruus, C. de his qui ad Eccleſ. confug. vbi tex. loquitur de eo q armis ſiue armorũ fiducia reſiſtit. Is verò qui fugit, nõ dicitur armis reſiſtere, vt patet; ſed pedibus, nec pugnat cum lictore, ſed fuga ſibi ſalutem quærit.

Rationi iuris aduerſatur, quia lictores hoc in caſu non ſunt in diſcrimine vitæ conſtituti, ideo ſi fugientem occidant, non videntur ſeruare moderamen C inculpatæ tutelæ; quàre puniendi ſunt, niſi fugiens talis ſit, qui potuerit impunè offendi; ſicut plerunque banniti poſſunt; vel mandatum habuerint à Iudice & Magiſtratu reum capiendi, & ad carcerea ducendi, vel viuum, vel mortuum, tunc enim excuſari debent. Atque ita Farinacio rectè monenti ſubſcribo, tit. de Carceribus & carceratis, q. 32. nu. 43.

CAPVT LXXV.

Fideiuſſor ſub certa pœna de præſentando reum, an incidat in pęnam, quando reus ob aliam cauſam accuſatus eſt: ſed nondum condemnatus?

NOn incidere in pœnam fideiuſſorem de præſentando, vt vocant, cùm reus ob aliam cauſam condemnatus eſt, D reſponſum Iureconſulti habemus in l. Sed etſi quis, ff. ſi quis cautio. illis verbis: *Dixerit aliquis, quid ergo hac exceptio damnato proderit? Sed reſpondebitur, fideiuſſoribus eius eſſe neceſſariam*, &c.

Sed vtrum idem reſpondendum ſit, ſi reus non damnatus ſed accuſatus ſit? Ad hanc quæſtionem Vlpianus reſpondit in eadẽ lege, §. 1. *Illud* (inquit) *ſciendum eſt, eum qui idcirco non ſteterit, quia capitis reus factus eſt, in ea cauſſa eſſe, vt exceptione vti non poſſit. Damnato enim datur*. Atque ita ibi notant Bartolus, Alexander & Angelus, quibus ego conſentio.

Alij contrarium docent, ſufficere accuſationem, vt fideiuſſor excuſetur à pęna, Marſilius ad rubr. de fideiuſſoribus quæſt. 19. num. 171. Horatius Lucius, inter conſil. Crim. conſil. 163. nume. 15. lib. 1. Tob. Nonius, conſi. 103. nu. 3. D. meus Cephalus, conſ. 187. lib. 2. Farinacius alios citans, atque diſtinguens, tit. de Carcerib. & carceratis q. 34. nu. 54.

Fun-

Fundamentum eſt, quia accuſatus de proximo, vt loquuntur, condemnandus, pro condemnato habetur: Item quia promiſſio fideiuſſoris intelligi debet rebus ſic ſtantibus: non autem immutatis ex noua cauſa delicti: Nec enim veriſimile eſt, ſi de hac cauſa fuiſſet cogitatum, fideiuſſorem promiſſurum fuiſſe. Item quia fideiuſſor non eſt in mora; nam reum præſentare ac ſiſtere non poteſt, cum ſit de nouo crimine accuſatus, ac proinde nolit comparere, ne condemnetur.

Sed quis non videt, haſce rationes nil valere contra textum iuris expreſſum? Fideiuſſor non excuſatur, quia, reus damnatus non eſt. Damnato reo capite; vel exilio, exceptionem habet; quia illum ſiſtere nequit. At ſi non damnatus, ſed accuſatus eſt, poteſt illum ſiſtere: Ergò ſi non ſiſtat, tenebitur, & pęna committetur.

Non habetur pro damnato, quia ſe defendere poteſt. Nec mutatio talis contingit, quæ impediat rei exhibitionem: Potuiſſetque fideiuſſor de hoc caſu facilè cogitare, & cùm generaliter reum exhibere promiſerit, cogitaſſe etiam videtur. Nulla eſt difficultas, quo minus reum exhibere poſſit. Nam condemnatus non eſt, ſed tantùm accuſatus.

Dices, non poteſt is qui dimiſſus eſt ex carceribus, cum fideiuſſore de ſe præſentando à Iudice vocari, niſi noua inditia ſuperuenerint; illa enim relaxatio innocentiam rei arguit, vt declarat optimè Boſſius, titulo de ſententijs, num. 61. Ergo fruſtrà fideiuſſor iubetur eum præſentare ac exhibere. Reſpondeo, quæſtionem hanc eſſe accipiendam in terminis habilibus; cùm ſcilicet Iudex ſibi reum exhiberi petit iuſta ex cauſa.

CAPVT LXXVI.

Fideiuſſor qui promiſit reum præſentare ſub pœna toties quoties à Iudice fuerit requiſitus, an pœnam incurrat, ſi reus in carcerem coniectus aufugiat?

Fideiuſſorem in pœnam incidere, ſi reus aufugiat ex carceribus, ſi promiſerit, adiecta pœna toties eum exhibere Iudici, quoties requiſitus fuerit: nec requiſitus reum ita aufugientem præſentauerit, autores ſunt Lucas de Penna, ad l. Si quis decurio, num. 12. C. de Decurio. lib. 10. Angelus, ad l. 2. §. Qui exhibendi, num. 6. ff. de cuſtod. reor. Marſilius ad Rub. de fideiuſſor. quæſtione 16. num. 161. Boſſius, tit. de carcerato fideiuſſo. relaxan. num. 35.

Fundamentum eſt in verbis ſtipulationis, quia ſcilicet fideiuſſor promiſit *toties. quoties,* &c. Ergò, licet ſemel pręſentauerit, non eſt liberatus. Nec enim ſufficit vna præſentatio, vt eſt communis ſententia Doct. Alexand. Caſtrenſ. Iaſonis & aliorum in l. Duobus, §. 1. ff. de iureiur.

Sed hoc fundamentum verbis ſtipulationis innixum, non videtur mihi ſatis firmum: quia non iam verba ſtipulationis ſpectanda ſunt, quàm totius rei æquitas, & iuris ratio. Si fideiuſſor requiſitus ſemel Iudici reum præſentauit, & Iudex reum in carcerem coniecit, nonne ſuæ ſatisfecit obligationi? Deberetne ipſe fideiuſſor obligatus eſſe ad cuſtodiendos carceres, ne aufugeret, aut ob negligentiam cuſtodis pœnam luere?

Contrariam igitur ſententiam amplector, quam amplexi fuere Afflictus deciſ. 130. vbi teſtatur, bis ita fuiſſe iudicatum in Conſilio illo Regio. Cagnolus ad l. Quod te, num. 24. ff. Si certum pet. Tobias Nonius

A conſ. 103. num. 9. 10. Hieronymus Gabrielius, conſi. 181. num. 5. Farinacius accuratus Doctor, tit. de Carceribus, & carceratis, quæſt. 34. num. 95.

CAPVT LXXVII.

Fideiuſſor qui intra certum tempus ſub pœna promiſit reum præſentare Iudici, an incidat in pœnam, ſi non præſentauerit, cùm interpellatus non fuit ad præſentandum.

Requirendum eſſe fideiuſſorem, vt in pęnam incidat ad exhibendum reum, autores ſunt quàmplurimi, quibus cõplures alij contradicunt. Vide Antonium Gomeſ. tit. de captura reorum. num. 9. cap. 9. Paulum Caſtrenſ. cõſi. 100. lib. 2.

B Roland. à Valle conſ. 58. num. 14. lib. 1. Cacheranum, deciſ. 48. *Cùm pater.* Farinacium, tit. de Carceribus, & carceratis, q. 34. num. 125. & ſeqq.

Fundamentum requirentium interpellationem fideiuſſoris, ad reum præſentandum, vt pœna committatur eſt, primò in l. Si penum, ff. quando dies legati cedat, ibi. *Et tunc pecuniam deberi, cùm interpellatus fundum non dederit,* &c.

Secundò, in l. Fideiuſſor obligari, §. vlt. ff. de fideiuſſor. ibi: *Veriſimile eſt id actum, vt cùm appellatus reus non ſoluiſſet; fideiuſſor teneretur.*

Tertiò, in l. vlt. C. vt intra certum tempus criminalis quæſtio terminetur, ibi. *Scientibus Iudicibus eorumque officijs, quod ſi litigatoribus admonentibus ipſis litis introductionem, vel examinationem diſtulerint: pœna vicenarum librarum auri ferientur.*

Sed profectò non multum valet hoc argumẽtum. Nam duæ priores leges non loquuntur, vbi certum

C tempus & certa pœna ſtipulationi adiecta eſt, lex autem tertio loco citata, ideo interpellationem Iudicis requirit, quia Iudex non poteſt cauſam expedire intra tempus à lege conſtitutum; niſi partes inſtent pro expeditione, & cauſam inſtruant. lex punire voluit eo in caſu Iudicis negligentiam, cùm videlicet non vult cauſam expedire. Nulla autem Iudicis eſt negligentia, cùm partes litigantes non inſtant, nec illum admonent.

Quare in propoſita quæſtione nulla opus eſſe interpellatione, vt pœna committatur, magis eſt vt credam. Primum ex l. Magnam, C. de contrah. & committen. ſtip. ibi, vbi Imp. Iuſtin. *Sancimus: vt ſi quis certo tempore facturum ſe aliquid vel daturum ſtipuletur, vel ſtipulator voluerit, promiſerit, & adiecerit, quod ſi ſtatuto tempore minimè hæc perfecta fuerint, certam pœnam dabit: ſciat minimè ſe poſſe debitor ad euitandam pœnam adiicere, quod nullus eum admonuit: Sed etiam citra vllam admonitionem eidem pœnæ pro ſtipulationis tenore*

D *fiet obnoxius; cum ea quæ promiſit ipſe, in memoria ſua ſeruare, non ab alijs ſibi manifeſtari debeat poſcere.*

Secundò, ex l. Traiectitiæ, ff. de act. & oblig. ibi, *Conſultus reſpondit eius quoque temporis, quo interpellatus non eſſet, peti poſſe pœnam: amplius etiamſi omnino, interpellatus non eſſet,* &c.

Tertiò, ex l. Sancimus, C. de fideiuſſor. illis verbis: *Sed competere quidem poſt tempus elapſum omnino pœnalem actionem, &c.*

Illud non negauerim, moram poſſe purgari poſt elapſum tempus, vt ibi dicitur: ſed nunc de moræ purgatione quæſtio non eſt, verùm de interpellatione fideiuſſoris an neceſſaria ſit, & patet ex prædictis neceſſariam non eſſe.

CAPVT LXXVIII.

Fideiuſſor de reo præſentando, toties, quoties fuerit requiſitus, an liberetur bina præſentatione facta.

QVi promiſit reum præſentare Iudici, toties, quoties fuerit requiſitus bina præſentatione facta liberatur, ne res in infinitum procedat, argumento l. Fideicommiſſa, §. Si quis alicui decẽ, de leg. 3. ibi. *Non enim onerandus eſt hæres, vt in infinitum quoties perdiderit, reſtituere ei tantundem debeat,* &c. Et l. Qui bona, §. vlt. ff. de damno infecto, ibi. *Neque enim in infinitum obligatus eſſe debet ſtipulatione,* &c.

Atque ita docuerunt Angelus in l. 2. §. Qui exhibendi. nu. 6. ff. de cuſtod. reor. Romanus conſ. 15. nu. 5. Marſilius, §. Quoniam, num. 12. Afflictus deciſ. 46. num. 4. alios citat Farinacius, de Carceribus & carceratis, quæſt. 34. num. 163.

Contrarium alij multi docuerunt, in l. Si finita, ff. de damno infecto. Imola, Roman. & Alexand. Iaſon, in l. Duobus, §. Si ei qui, nu. 19. ff. de iureiur. Boſſius, de Carcerato fideiuſſo. committen. nu. 35. Rolandus, conſ. 21. nu. 11. li. 2. conſ. 58. nu. 2. lib. 1. Hieronymus à Monte, quæſt. 28 num. 7. Franciſcus Marcus, deciſ. 797. num. 7. parte 2. quibus & ipſe aſſentior.

Fundamentum eſt ſolidum, quia verba ſtipulationis hoc important, *toties, quoties,* &c. vt nõ ſemel tantùm vel bis fiat exhibitio rei, ſed toties quoties ſit opus. Non eſt igitur recedendum à claris verbis ſtipulationis, l. Semper in ſtipulationib. de reg. iur. l. Quicquid aſtringendæ, de verb. oblig. l. Continuus, §. Cùm ita, eod. tit.

Non obſtant leges pro contraria ſententia allatæ, quia in his terminis non loquuntur, quibus verba diſponentis infinitatem important: ſed loquuntur cùm voluntas eſt obſcura: nec tam claré expreſſa, vt in quæſtione noſtra.

CAPVT LXXIX.

Inſtrumentum ſi falſum eſſe probetur in aliqua parte, an in totum præſumatur falſum?

INſtrumentum Notarij, quod in aliqua parte falſum eſſe probatur, in totum præſumi falſum autores ſunt multi apud Gabrielium, li. 7. commun. Cõcl. tit. de Maleficijs, Conclu. 5. apud Menochium, de Præſumptio. libro quinto, Præſumpt. 21.

Fundamentum ponunt primum in l. Si aliquid, 12. C. de ſuſceptoribus, & arcar. lib. 10. ibi: *Nemo eorum ſemel de interuerſione conuictus, id rurſus officium gerat, in quo antè decoxit,* &c.

Secundò in reg. Semel malus, ſemper præſumitur malus, in eodem genere mali.

Sed vt rectè Alciatus monet, reg. 2. Præſumptio. 7. verſ. Quartò intellige, hæc Iuris regula eſt accipienda reſpectu temporis futuri. Vt puta, ſi quis ſemel eſt calumniatus in futurum calumniari præſumitur, l. Si cui, §. Iiſdem, ff. de accuſat. Item ſi miles malè ſe geſſit in militia, præſumitur & in futurũ malè ſe geſturum, l. Non omnes, §. A barbaris, ff. de re militari.

Cæterùm, reſpectu temporis, præſentis aliter dicendum eſt. Nec enim ex eo, quòd Inſtrumentum in aliqua parte falſum eſt, idcirco Notarius præſumendus eſt commiſiſſe in omnibus falſitatem: ſic enim omnia ipſius Inſtrumenta iam facta præſumerentur eſſe falſa, quod dictu eſt abſurdum.

Quod autem attinet ad l. Si aliquid, illa non facit ad rem hanc, quia nihil aliud probat, niſi Notarium, qui ſemel de falſo conuictus eſt, nõ poſſe officium il-

A lud gerere. Sed non inde infertur, omnia quæ geſſit & ſcripſit, falſa eſſe præſumenda.

Alij dixerunt, ſi dolo Notarij falſum ſit inſtrumentum in vna parte, in totum vitiari. Bartolus ad l. Si ex falſis, in prima lect. circa finem. C. de tranſact. quem alij ſecuti ſunt apud Gabriel. & Menochium loco annotato.

Fundamentum eſt in d. l. Si aliquid, C. de ſuſceptorib. & arcarijs, lib. 10 ſi enim alia Inſtrumenta Notarius conficere non poteſt, & confecta non valerent, multò minus valere debet Inſtrumẽtum illud, in quo falſitas commiſſa fuit.

Sed reſponderi poteſt in ea parte, in qua falſitas deprehenditur, nil valet Inſtrumentum, nec etiam Inſtrumenta, quæ poſtea idem Notarius cõficiet, vllam vim obtinere poſſe, quia ſcilicet non poteſt amplius officium exercere Notariatus; ſicut bene probat d. l.

B Si aliquid, ſed in alijs partibus Inſtrumenti, in quibus falſitas non apparet, ſicut & in reliquis iam ab eo confectis Inſtrumentis non rectè colligitur, ea nil valere.

Nec obſtat, quod dicitur, probitatem Notarij eſſe quid indiuiduum, & ex ea fidem Inſtrumentorũ pendere; Nam fieri poteſt, vt Notarius in vno committat falſitatem, in altero verò probè & fideliter ſe gerat: Hoc quidem facit falſitas deprehenſa, vt in futurum non ſit ei fides adhibenda, quia Semel malus, &c. ſed non in præteritum valet hæc præſumptio ne fides Inſtrumentis iam factis, & in quibus nulla falſitatis ſuſpicio eſt, temerè abrogetur.

Alij igitur voluerunt, Inſtrumentum in aliqua parte falſum, non tamẽ falſum in alijs partibus præſumi; Aretinus, in d. l. Si ex falſis, C. de tranſact, & multi alij allegati à Menochio & Gabrielio.

Iſtis ego planè aſſentior, niſi, verbi gratia, talis ſit falſitas in vna parte, quæ per ſe totam fidem Inſtrumen-

C to adimat: vt puta, ſi ſcriptum ſit, Actum fuiſſe in vno loco, cùm alio in loco fuerit actum, Sic enim totum falſum apparet.

Mouet me illa ratio, quia non eſt hoc iure cautum, nec ſatis iuris rationi conſonum, vt quod in vna parte nullum & vitioſum eſt, in alia parte quoque vitioſum eſſe præſumatur. Delicta non ſunt præſumenda. Dolus non eſt præſumendus, ſed potius error. Et non ſi in vna parte dolus eſt, idcirco ſequitur, etiam alia in parte adhibitum cenſeri. Iuuari poteſt hoc argumentum ex l. Iubemus, C. de teſta. illis verbis: *Quod ſi non fuerit obſeruatum & nomen hæredis, vel hæredum, non fuerit manu teſtatoris ſcriptum, vel voce corã teſtibus nuncupatum, hoc teſtamentum ſtare minimè patimur, vel in totum, ſi tota hæredum nomina fuerint prætermiſſa; vel in eius hæredis inſtitutionem, cuius nomen, neque lingua, neque manus teſtatoris ſignificauit.* Pertinet autem

D hoc ad rem noſtram, quia inferiùs dicit Imperator; *Scituris tabellionibus, & ijs, qui conficienda Inſtrumenta procurant, quod ſi aliter facere auſi fuerint: pœnam falſitatis non euitabunt, quaſi doloſè in tam neceſſaria cauſſa verſati.*

Sic dicimus teſtamẽtum vitiari, quoad hæredis inſtitutionem, cætera firma manere. Authent. Præterea, C. de libetis præteritis. Et generaliter. *Vtile per inutile non vitiari,* l. 1. §. Sed ſi mihi, ff. de verb. obligat.

CAPVT LXXX.

Vtrum fiſcus in integrum reſtituatur, ſicut minores 25. annis.

DE ſententijs contra fiſcum latis cautum eſt, vt ex cauſſa intra triennium retractari poſſint: Et poſt triennium, ſi præuaricatio arguatur, vel manifeſta fraus probetur, l. Vn. C. de ſententijs contra fiſcum latis, lib. 10.

Sed

Sed an in integrum reſtituatur in cæteris, ſicut mi- A nores 25. annis, controuerſia eſt. Affirmat Guido Papæ, ex ſtylo tamen & conſuetudine deciſ. 302. *Vtrum fiſcus*. & Afflictus poſt Albericum, quem citat deciſ. 340. nu. 3. Celſus Vgo, conſ. 48. nu. 5. Boſſius de fiſco & priuilegijs eius, nu. 21. Alios citat doctiſſimus Oddus de reſtit. in integrum, parte prima. q. 3. nu. 83. quibus adde Peregrinum, de iure fiſci, lib. 6. tit. 2. nu. 10.

Fundamentum eſt in eo poſitum, quia fiſcus regitur per ſuos adminiſtratores & curatores, quemadmodum Reſpub. & minores 25. annis. Ergo ſicut minores, & Reſpub. reſtituuntur, ſi fuerint læſi ex contractibus curatorum, & adminiſtratorum, l. Reipub. C. ex quib. cau. maior. l. 2. 3. & 5. C. ſi tutor vel curator interuenerit, ita & fiſcus reſtituendus videtur.

Sed contrarium docuerunt Petrus Cyn. Paul. Caſtrenſ. & Albericus. in d. l. Reſpub. C. ex quib. cau. maior. necnon etiam Fulgoſius, & alij, quos citat Oddus B loco annotato.

Fundamentum eſt, quia hoc non repetitur iure cautum, licet enim minoribus id cõceſſum ſit, & Reipub. non tamen ſequitur etiam fiſco conceſſum videri.

Et hæc ſententia verior mihi videtur: quia priuilegia non ſunt multiplicanda, l. Ius ſingulare, de legib. l. 1. ff. de conſtit. Principum. Et quod contra iuris rationem in aliquo caſu conſtitutum eſt, non debet ad alios caſus produci, l. Quod verò, ff. de legibus.

Et ſanè, non debemus nos plus fauere fiſco, quàm Imperatores ipſi quorum intererat, fauere voluerint. Nuſquam legitur fiſcum iure minoris vti circa in integrum reſtitutionem. Potuiſſent Imperatores id conſtituere, cùm non conſtituerint, manifeſtum eſt eos noluiſſe fiſcum tot priuilegia habere.

Et aliqua etiam ratio diuerſitatis eſt inter fiſcum eiuſq; adminiſtratores, & minores, vel Rempub. quia In Repub. complures ſunt minores & pupilli, meritò C in integrum reſtituitur: ſicut & minores qui per ætatis lubricum ſępè decipiuntur, l. 1. ff. de minor. At cùm Princeps maior eſt, & fiſcus habet ſuos adminiſtratores, & curatores ætate maiores & peritos, nulla eſt ratio cur ad inſtar Reipub. vel minoris reſtituendus ſit. Certè ætatis fauor ceſſat, quo præcipuè inductus eſt Prætor ad concedendum reſtitutionis auxilium. Nec enim illa eſt in integrum reſtitutionis ratio, quod alicuius res ab alijs adminiſtrentur. Nam ſi eſſet hæc ratio, omnes maiores 25. annis in integrum reſtituendi eſſent: quorum res adminiſtrantur ab alijs, puta Procuratoribus, Officialibus, Miniſtris, & negotia gerentibus. Quod nemo dixerit.

CAPVT LXXXI.

An fiſcus in pœnalibus reſtituatur in integrum? D

FIſcum in integrum reſtitutionem in pœnalibus poſſe implorare aduerſus ſententiam, quæ reum vel abſoluit, vel mitiori pœna condemnauit, quam delicti grauitas poſtularet, autores ſunt multi apud Antonium Gabrielium, lib. 7. Commun. Concl. tit. de Maleficijs, concluſ. 13. quibus addi poteſt Peregrin. de iure fiſci, lib. 7. tit. 4. num. 1.

Fundamentum eſt in l. Vnica, C. de ſentent. contra fiſcum latis, lib. 10. vbi ſancitum eſt generaliter, ſententias contra fiſcum latas retractari poſſe.

Sed contrarium reſponderunt quam plurimi alij, apud Sfortiam Oddum, parte 1. de reſtitut. in integrum, quæſt. 3. art. 13. nu. 85. quibus & ipſe aſſentior.

Fundamentum eſt in l. Auxilium, ff. de minoribus. Triphonius: *Auxilium in integrum reſtitutionis executionibus pœnarum paratum non eſt. Ideoque iniuriarum actio cùm ſemel omiſſum repeti non poteſt*, &c.

Si minor 25. annis non reſtituitur in pœnalibus. Ergo nec fiſcus: non enim fiſcus maius habet in hac re priuilegium quàm minores. Igitur ſi à ſententia non appellauerit, non poteſt in integrum reſtitui, ſicut nec minores poſſunt.

Non obſtat l. Vnica, quia illa de ſententijs latis contra fiſcum retractandis, generaliter loquitur, nos autem ſpecialiter, de ſententijs latis in cauſſis pœnalibus, in quibus cùm paratum auxilium in integrum reſtitutionis minoribus non ſit, multò minus fiſco paratum eſſe debet. Specialis igitur Regula generali præferenda videtur, quia generi per ſpeciem derogatur.

CAPVT LXXXII.

Vtrum ſolæ inimicitiæ cùm occiſo ſint ſufficiens indicium ad torturam.

SOlas inimicitias indicium eſſe ſufficiens ad torturam, autores ſunt Speculator, tit. de Pręſumpt. §. Species, nu. 5. Romanus, in l. 1. §. Si quis in villa, in 1. not. ff. ad Syllan. Angelus, de Maleficijs, verſ. Fama publica præcedente, num. 29. Calcaneus, conſ. 63. num. 2. Felynus, in cap. Affert. num. 12. de Præſumpt. Brunus, de Indicijs & tortura, parte 1. q. 3. num. 29. Gratus conſil. 136. num. 24. lib. 1. Io. de Amicis, conſ. 51. num. 7. Mantua, conſ. 52. & 57. lib. 2.

Fundamentum eſt, quia ab inimico omne malum expectandum eſt, c. Repellatur, de accuſ. l. Si inimicitiæ, ff. de his quib. vt indig. l. 1. §. Cùm quis ff. de quęſt.

Sed hæc ſuſpicio nimis remota eſt; Indicia verò ad torturam debent eſſe propinqua, veriſimilia, grauia, certaq; & vrgentia, l. Milites, §. Oportet, C. de quæſt.

Alij igitur veriùs cenſuerunt, inimicitias ſolas non C ſufficere, ſed alia adminicula requiri. Clarus quęſt. 21. verſ. Inimicitia. Alios quàm plurimos citat Antonius Gabrielius, lib. 7. Commun. Concluſ. tit. de Maleficijs, concl. 18. quib. adde Menochium de Præſumpt. lib. 1. Præſumpt. 89. nu. 50. & me quoque ſocium adiungo.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum frater admittendus ſit in teſtem pro fratris ſui defenſione in cauſſis criminalibus.

GRauis quoque, nec ſilentio inuoluenda controuerſia eſt de fratris teſtimonio, an Idoneum ſit pro fratris defenſione in cauſſis criminalibus; multis aſſerentibus, multiſque etiam negantibus. Vide Antonium Gabrielium, lib. 7. Com- D mun. Concluſ. tit. de Maleficijs, concluſ. 22.

Qui admittendum cenſuerunt, fundamentum collocarunt in c. Litteras, de Præſumpt. perpendendo in illa facti ſpecie fratris teſtimonium pro defenſione ſine excuſatione non admitti; quia fuerat ſibi contrarius: prius enim aduerſus fratrem ſuũ teſtificatus fuerat, eum hæreticum aſſerendo. Ergo cauſſa illa contrarietatis ceſſante, ſatis valeret fratris pro defenſione teſtimonium.

Sed quis non videt, quàm infirmum hoc ſit argumentum. Fratris teſtimonium in illa facti ſpecie non admittitur: *Quia vel mendacium prius dixit in fratrem, aſſerendo illum hæreticum, vel periurium poſtea commiſit in Deum, purgando illum de hæreſi: quorum vtrumque reddit illum valde ſuſpectum*, vt Summus Pontifex ibi declarat.

Ceſſantibus iſtis ſuſpicionibus, atque adeo extra illam facti ſpeciem, in qua frater prius contra fratrem depoſuerat, non dicit S. Pontifex, fratris teſtimonium eſſe admittendum, vel idoneum eſſe, pro defenſione

fratris:

fratris: vel nou eſſe admittendum: Nihil enim aliud dicit. Ergo id ex alijs legibus eſt definiendum, quæ ſic ſe habent: *Etiam iure ciuili domeſtici teſtimonij fides improbatur.* l. 2. C. de teſtib. l. pen. ff. eod. Meritò ſanè. Nam *propinquitatis & conſanguinitatis affectio veritatem impedire ſolet,* vt dicebat Calixtus Papa, in c. Accuſatores, 12. diſt. 3. quæſt. 5. His neganti ſententiæ ſubſcribendum eſſe cenſui.

CAPVT LXXXIV.

Teſtis ſi in Iudicio contraria ex interuallo temporis depoſuerit, an ſit credendum priori, vel poſteriori depoſitioni?

EST controuerſia inter Doctores de teſte, qui ex interuallo non corrigendi erroris gratia, contraria depoſuerit in iudicio, cui ſit depoſitioni fides adhibenda, an priori, an poſteriori, an neutri? Priori fidem eſſe habendam communior eſt ſententia. Vide Couarr. Variarum reſolut. lib. 2. cap. 13. num. 8. Mynſingerum centur. 2. obſeru. 86. Menochium, de arbitr. iud. caſu 108. num. 10. Gabriel. lib. 7. Commun. Concl. tit. de Maleficijs, concluſ. 29.

Fundamentum eſt in c. Sicut nobis, de teſtib. in illis verbis, nō enim teſtimonium prædictorum *(Cùm periuri ſint) eſt in hoc caſu aliquatenus admittendum.* Non vult S. Pontifex admitti teſtimonium, quod eſt cōtrarium priori teſtimonio, quia teſtis contraria deponēs, periurus eſt, Ergo priori teſtimonio ſtandum eſt.

Contrarium, nempe, nec priori, nec poſteriori depoſitioni fidem eſſe habendam, docuerunt Antonius Butrius, in cap. Cùm in tua, de teſtibus. Bald. in l. Geſta, C. de re iudic. & quidam alij, quos refert Mynſingerus d. obſer. 86.

Fundamentum eſt in l. Eos, ff. ad leg. Cornel. de falſ. *Eos qui inter ſe diuerſa teſtimonia præbuerint, quaſi falsū fecerint, præſcriptio legis Corneliæ teneri pronunciatum eſt.* & in c. Præterea, de teſtib. cog. ibi: *Quorum teſtimonia ſi quandoque non ſtudioſè, ſed in proferendo errauerint, & ſe incontinenti correxerint, reprobari non debent: ſecus autem erit, ſi correctioni ſuæ interpoſuerint interuallum.*

Ego video neutram ſententiam ſatis firmo innixam eſſe fundamento. Nam quod attinet ad prioris ſententiæ fundamentum, in cap. Sicut nobis, reſponderi poteſt, licet ſecundùm teſtimonium priori contrarium in illa facti ſpecie reprobetur, non tamen dicitur, priori adhibendam eſſe fidem, vel non adhibendam. Cauſſa enim ibi erat deciſa, & lata ſententia diuortij, quæ proinde reſcindi non poteſt, niſi de corruptione teſtium aliter conſtiterit, quàm per eorum depoſitionem. Non loquitur ibi S. Pontifex in terminis, quando lata ſententia non eſt, an ſcilicet Iudex priori depoſitioni fidem habere debeat, vel non debeat habere. Fieri enim poteſt, & concedi, poſteriorem depoſitionem admittendam non eſſe: Sed non inde efficitur priori eſſe fidem adhibendam.

Quod verò attinet ad poſterioris ſententiæ fundamentum, reſponderi poteſt, teſtem ſic variantem eſſe quidem tanquam falſarium puniendum: ſed non propterea fidem ei prorſus abrogandam eſſe: quia fieri poteſt, vt falſum dixerit in poſteriori teſtificatione, & in priori meram veritatem.

Similiter ad c. Præterea, reſponderi poteſt, teſtimonium poſterius ex interuallo non eſſe admittendum; & hoc S. Pontificem velle, non autem priori teſtimonio fidem abrogare.

Igitur in hac quæſtione ego ſic ſtatuo & concludo, ſi proponatur talis facti ſpecies, in qua timor ſubornationis eſſe poſſit: quia ſcilicet publicatæ fuerint atteſtationes, & non nihil ſuſpicionis ſit, teſtem ſic va-

A riantem fuiſſe à litigatoribus ſubornatum, tunc priori depoſitioni ſtandum eſſe. Et ita loquitur Guido Papæ deciſ. 546.

Ceſſante autem ſubornationis timore, veluti ſi teſtis ſit in carcere; nec potuerit veriſimiliter loqui cum litigatoribus, exiſtimo hanc rem arbitrio Iudicis eſſe committendam, an magis primæ vel ſecundæ depoſitioni teſtis fidem habere velit, ex perſonarum & negotiorum circunſtantijs & qualitatibus, & hoc ex regula generali, tex. in l. 3. §. Tu magis, ff. de teſtibus.

CAPVT LXXXV.

Teſtis ſi contrarium teſtimonium dixerit in Iudicio, ei quod extra iudicium dixerat, cui ſit fides habenda?

B SI teſtis extra iudicium aliquid depoſuerit, deinde in iudicio examinatus contrarium fuerit teſtificatus, controuerſia eſt, an priori depoſitioni vel poſteriori magis credendum ſit. Etenim Bartolus in l. Eos, nu. 4. ff. ad l. Corn. de falſis, apertè ſcribit, teſtem hunc vti falſarium eſſe puniendū, ex quo indicat neutri depoſitioni credendum eſſe: ſequitur Ancharanus in Clement. 2. de teſtibus, non procul à fine, Capella Tholoſana deciſ. 376. & alij apud Antonium Gabrielium, lib. 7. Commun. Concluſ. titulo de Maleficijs, concluſ. 31.

Fundamentum ponit in dict. l. Eos, in illis verbis; *De impudentia illius qui diuerſa duobus teſtimonia præbuit, cuius ita anceps fides vacillat, quin crimine falſi teneatur, nec dubitandum eſt.*

Sed non conſtat, an Iureconſultus ibi loquatur de teſtimonijs in iudicio prolatis, vel extra iudiciū. De-
C inde non rectè infertur: teſtem eſſe puniendum, vt falſarium, Ergo neutri depoſitioni eſſe fidem habendam, quia falſitas poteſt committi in ſecunda tantùm depoſitione; non autem in prima, vel contra. Ita vt Iudex ex rerum & perſonarum circumſtantijs facilè animaduertere poſſit, alterum ex duobus teſtimonijs verum, alterum falſum eſſe. Debet ergo tunc ſequi, quod veriſimilius eſt.

Præclarè enim Arcadius: *Sed quod naturæ negotij conuenit; & quod inimicitia & gratia ſuſpicione caret:* (credendum eſt) *confirmabis, Iudex motum animi ſui ex argumentis, & teſtimonijs, quæ rei aptiora, & vero proximiora eſſe compereris.* l. Ob carmen, §. 1. ff. de teſtibus.

Alij magis communiter dixerunt, poſteriori teſtimonio in iudicio prolato magis credendum eſſe, latè autores citat Gabrielius loco proximè citato, & poſt eum Menochius de arbitr. iudic. caſu 108. nu-
D mero 22.

Fundamentum eſt, quia poſterius teſtimonium in iure prolatum, eſt iuramento firmatum. & maiorem autoritatem ac fidem ei tribuere videtur maieſtatis ipſa Prætoris.

Sed certè quantum teſtis huiuſmodi autoritatis acquirit, ex calore iudicij tantùm leuitatis contrahit ex contrario teſtimonio, extra iudicium prolato; ita vt videatur neutri teſtimonio fidem eſſe habendam.

Nam argumentum probat: ſi credendum ſit alterutri teſtimonio, vel iudiciali, vel extraiudiciali, magis credendum fore iudiciali, quia dignius eſt, firmius, ac maiori cum deliberatione prolatum: Sed difficultas eſt, an ſit ambobus teſtimonijs fides ſubtrahenda propter contrarietatem.

Concludo ego totam hanc rem boni viri, hoc eſt, Iudicis arbitrio eſſe dirimendam, argum. l. 3. §. Tu magis, l. Ob carmen, §. 1. ff. de teſtibus.

CA-

A

CAPVT LXXXVI.

Vtrum ſciens coniurationem cõtra Principem vel Rempub. & non eam reuelans, puniendus ſit.

HÆc eſt celebris illa iuris quęſtio, olim inter Bartolum & Baldum controuerſa, in qua complures dixerũt, animam Bartoli in inferno cruciari, non ſatis, vt exiſtimo, conſideratè ac prudenter. Docuit Bartolus, ſcientem & non reuelantem crimen contra Principem committendum, puniri debere, eadem pœna mortis, in l. Vtrum, ff. ad l. Pompeiam de Parricid. & alibi. Baldus autem reſpondit, tunc puniendum fore qui cõſcius eſt; cùm probare potuit verum eſſe quod ſciebat.

Atque hinc controuerſia orta eſt, ac diſputatio inter Bartoli ac Baldi ſectatores, an indiſtinctè puniendus ſit is, qui ſciuit & nõ reuelauit, an verò cum hac diſtinctione, ſi delictũ probare potuit. Autores vtriuſque ſententiæ recenſet latè Antonius Gabrielius, lib. ſeptimo. Communium Concluſionum, titulo de Maleficijs, Concluſ. 37. & poſt eum Iulius Clarus quæſt. 87. & nouiſſimè poſt hos Menochius, de arbitr. iudicum Caſu 355.

Pro diſtinctione adfertur primò tex. in Clem. 2. de hæreticis, in illis verbis: *Quod ſi taliter ea ſciuerint, vt ea probare valeant, ſi ſit opus hac prælatis inquiſitorum, commiſſariorum eorundem, ad quos id pertinebit, nunciare id ſollicitè debeant.*

Secundò, adfertur lex Noſtris, 8. C. de Calumniator. ibi. *Quòd poſt hac ſinguli vniuerſique cognoſcant, non licere in eo, quod non poſſit oſtendi iudicum animos commoueri.*

Tertiò, adfertur l. 3. C. ad l. Iul. Maieſt. vbi: *Si quis alicui maieſtatis crimen intenderit, ſi alijs manifeſtis indicijs accuſationem ſuam non potuerit probare, cum eo qui huiuſmodi temeritatis reus deprehenditur, illum quoque tormentis ſubdi oportet.* Nemo autem in tale periculum, vt torqueatur, tenetur ſe ſubijcere, Ergò nemo tenetur crimen læſæ Maieſtatis detegere, ſi illud probare non potuerit.

Fundamentum verò contrariæ ſententiæ, quæ non admittit hanc diſtinctionem, poſitum eſt in legibus, quibus dicitur conſcios puniri, nec id adijcitur, ſi videlicet probare potuerit, & non ſolũ in crimine læſæ Maieſtatis, ſed etiam in alijs criminibus, atrocibus tamen, l. Quiſquis, §. Id quod, C. ad l. Iul. Maieſta. l. Si fortè, ff. de pœnis, ibi. *Magiſque eſſe puniendos qui tamdiu conticuerunt, quod pro ſalute Principis habere ſe dicere iactant.* l. 2. l. Vtrum. ff. ad l. Pompeiam de Parricidijs, l. 1. §. Occiſorum, ff. ad Syllan. l. Vnica, C. de raptu virginum.

D Placet mihi in hac controuerſia diſtinctio communiter recepta ex Alciato ad l. 4. §. Cato, in 4. not. ff. de verbor. oblig. & Cagnolo in l. Culpa caret, nu. 21. de regul. iuris, diſtinguendum eſſe inter accuſationem, ac ſimplicem denũciationem. Neminem teneri accuſare de crimine læſæ Maieſtatis alium, licet ſciat illum reum eſſe, niſi id probare poſſit: Et ita accipiendam eſſe l. 3. C. ad l. Iul. Maieſt. quæ reuera de accuſatore loquitur, quemadmodum etiam loquitur l. Noſtris, C. de calumniat. & omnia alia ſimilia iuris loca, ſi quę adferuntur pro diſtinctione illa, in his terminis accipienda ſunt. Cæterùm, denunciare ſimpliciter Principi vel Reip. vt caueat: nec ſe ad probandum adſtringere, ad inſtar accuſatoris omnes, qui ſciunt teneri, quod ſanè probant leges allatæ cõtra diſtinctionem; & ratio iuſtitiæ etiam dictat: atque ita ſentio.

CAPVT LXXXVII.

Maleficorum bona ſint ne confiſcanda:

INter viros doctos iuriſque peritos controuerſum vidi, an Maleficorum bona confiſcanda ſint. Mouet, quoniam inter omnes conſtat, crimen hoc admixtam quandoque hæreſim habere, Ergo eiſdem, quibus hæreſis pœnis coercendum videtur, vt poſt Grilandum ab eo citatum, dicebat Menochius de arbit. iud. Caſu 388. nu. 4. Clarum autem eſt, hæreticorum bona eſſe confiſcanda, etiam filijs exiſtentibus, ex Auth. Gazaros, C. de hæreticis, & c. Vergentis, de hæreticis, vbi ſummus Pontifex rationem adfert, dicens: *Cum enim ſecundum legitimas ſanctiones reis læſæ Maieſtatis punitis capite, bona confiſcentur eorum, filiis ſuis vita ſolùmodo ex miſericordia conſeruata. quanto magis qui aberrantes in fide verum Dei filium Ieſum Chriſtum offendunt, à capite noſtro, quod eſt Chriſtus, Eccleſiaſtica debent diſtrictione præſcindi, & omnibus bonis temporalibus ſpoliari, cum longè ſit grauius æternam, quàm temporalem lædere maieſtatem?*

Verùm iſtis nil morantibus, exiſtimo, in hoc crimine, quod Maleficium vocamus, locum non eſſe bonorum confiſcationi, niſi vt infrà dicam, quod & Binſfeldius docuit de Cõfeſſionibus Maleficorum, in 12. Præludio. Quod ſanè intelligo deſcendentibus vel aſcendentibus extantibus vſque ad tertium gradum, ſecundum Iuſtiniani Nouellam 134. §. vlt. tit. de Vicarijs & locum tenentibus, vel ſecundum veterẽ tranſlationem in auth. Vt nulli iudicum, §. Vlt. Vel etiam fratribus, & collateralibus extãtibus vſque in tertium gradum, vt in Auth. Bona damnatorum, C. de bonis damnatorum, ſecũdum tamen ea quæ dixi lib. 1. cap. 35. in prima parte Controuerſ.

Iſtis extantibus, vt dixi, non puto locum eſſe confiſcationi; in crimine iſto quod Maleficium dicimus, & moueor ex dicta Iuſtiniani Nouella, in qua pœnam confiſcationis ſuſtulit, excepto crimine læſæ Maieſtatis: *Sancimus*, inquit, *eos qui in criminibus accuſantur, in quibus leges mortem aut proſcriptionem definiunt: ſi conuincantur aut condemnentur: eorum ſubſtantias non fieri lucrum iudicibus, aut eorum officiis, ſed neque ſecundum veteres leges fiſco eas applicari: ſed ſi quidẽ habeant deſcendentes, & aſcendentes vſque ad tertium gradum eos habere, &c. In Maieſtatis vero crimine condemnatis veteres leges ſeruari iubemus.*

Ex hac Nouella habemus ſublatam eſſe cõfiſcationem in crimine Maleficij, quia ſolùm crimen Maieſtatis excipitur. Olim pœnam confiſcationis habuiſſe locum in Maleficos certum eſt, quia Malefici pœna mortis afficiebantur, l. 2. 3. 4. 5. 6. & toto ferè tit. C. de Malef. & Mathematicis; conuenienter legi diuinæ: *Maleficos non patieris viuere.* Exodi 22. in conſequentiam autem pęnæ mortis bona confiſcari ſolita, docet l. 1. ff. de bonis damnator.

Cùm igitur à Iuſtiniano ſublata ſit cõfiſcationis pęna in omnibus criminibus, excepto Maieſtatis crimine, & conſequenter etiam in crimine de quo agitur, ſi videlicet extent deſcendentes vel aſcendentes, vt dixi; videtur mihi ex hoc loco argumentũ fortiſſimum oriri; non eſſe confiſcanda bona maleficorum, ſi liberos vel aſcendentes ſuperſtites relinquant. Nam nullibi video contrariũ eſſe conſtitutũ, vel iure Canonico, vel Ciuili, poſt Iuſtinianũ, nec nos munere legiſlatoris fungi oportet, ſed Interpretis atque Doctoris.

Non obſtat quod dicitur de hæreſi, quandoq; huic crimini admixta, nam concedo admixtam quandoq; eſſe, & Sortilegia ac Maleficia nonnunquam hæreticalia eſſe, vt docet c. Accuſatus, §. Sanè, de hæreticis, lib. 6.

A lib.6.ſed nego idem tunc eſſe ſtatuendum, quod de ipſa hæreſi conſtitutum eſt. Nego tunc punienda eſſe Maleficia eodem modo quo hæreſis punitur: atque id aſſeuerãtibus nequaquam aſſentior, donec melius oſtenderint.

Nam Malefici comburi ſolent iuri & rationi conuenienter: vt dixi: Nec ſi pęnitẽtiam agant, ad Deum reuertentes, diabolicis eiuratis commercijs, eis ignoſcitur, ſed puniuntur, vt notum eſt, tam ex Caroli V. Conſtitutionibus, quàm etiam iure communi; Pœnitentia enim poſt commiſſum delictum, non excuſat à pœna, leg. Qui ea mente, ff. de furtis, tradit Clarus quæſt.16.verſ. *Item quæro*, & quæſt.60.verſ. *Fui quandoque interrogatus*.

Sed in crimine hæreſis aliter eſt conſtitutum; Nam ſi hæreticus pęniteat, & velit abiurare ſuam hæreſim, ac reuerti fidem Catholicam, congruamq́ue exhibere ſatiafactionem, pęnas iure impoſitas hæreticis, B euitat, cap. Ad abolendam, de hæreticis, & eſt cõmunis omnium ſententia, Claro teſte in §. Hæreſis, verſ. Sed quæro.

Si ergò Malefici puniendi ſunt, vt hæretici, conſequens eſt eis pœnam mortis remittendam, poſt congruam pœnitentiam & ſatisfactionem, conſequenter etiam pœna confiſcationis bonorum, ſicut hæreticis remittitur. Sed Maleficis conſtat pęnam non remitti ẽt pęnitentibus, Ergo non ſicut hæretici puniuntur.

Dices, Maleficis pęnitentibus pœnas non remitti, quia non ſunt ſimpliciter hæretici, ſed quandoque homicidia committunt, & multa damna inferunt contra bonum publicum, & pacem; ſed quatenus hæretici ſunt, remitti eiſdem pœnas poſſe legitimè pęnitentibus: ſicut alijs hæreticis remittuntur. Conſequenter ſi non pęniteant, eſſe puniendos etiam confiſcatione bonorum, ſicut in hæreſi conſtitutum eſt.

C Reſpondeo, id veriſſimum eſſe; & rectè dici ac concludi poſſe; Si Maleficium hæreſim ſapiat manifeſtã, quo caſu hæreticæ prauitatis inquiſitores cognoſcere poſſe docet tex. in c. Accuſatus, §. Sanè, de hæret. lib.6. & ſi Nalefìcus nõ pęniteat, ſed obſtinatus perſeueret in eo crimine; ſanctiſſima Eccleſiæ Sacramenta recipere nolit, nec peccata cõfiteri, tunc ſicut viuus comburi debet, vt & hæretici comburuntur, vide Binsfeldium de confeſſ. maleſ. in 7. Concl. Dubio 4. poſt Couar. lib.2. Variar. reſol. c.10. nu.10. ita etiam confiſcari poteſt, atque adeò bona ei poſſunt auferri, rectè & legitimè etiam filijs extantibus, vel aſcendentibus, ſicut & hæreticis auferuntur.

Sed cùm Maleficus ad Deum reuertitur & confitetur, ac recipit Eccleſiæ Sacramenta, pœnitetq́ue anteactæ vitæ, nõ puto eius bona eſſe infiſcanda, ſi aſcendentes vel deſcendentes vſq; ad tertium gradum relinquat; ſicuti nec hæreticis confiſcantur pęnitenti- D bus, vt dixi.

Obiter autem notandum eſt, in hoc propoſito comburendi Maleficos, Conſtantinum in l.6. C. de malef. & Mathematicis illis verbis, *ferialis peſtis abſumat*, hoc ſupplicij genus intellexiſſe; quod obſeruauit Petrus Faber, vir eruditiſſimus, lib.2. Semeſtrium, c.7. in fine, adducto Pauli teſtimonio, lib.5. Senten. c.23.

Quibus ita ſe habentibus, tres Concluſiones ex dictis poſſunt excipi. Prima, Maleficorum bona confiſcanda eſſe, ſi nullos aſcendentes vel deſcendentes vſque in tertium gradum relinquant, ſiue hæreſis admixta ſit, vel non.

Secunda, non eſſe confiſcanda, ſi relinquant aſcendentes vel deſcendẽtes vſque in tertium gradum, vbi Maleficium hæreſim admixtam non habet.

Tertia, vbi crimen habet hęreſim admixtam, diſtinguendum eſſe, vtrum Malefici pœniteant, & abiurata hæreſi ad fidem Catholicam reuertantur, congruamq́ue ſatisfactionem exhibeant, an verò obſtinati ſint, & non pęniteant, priore caſu pęnam confiſcationis, quæ tanquam hæreticis imponeretur, remittendam eſſe. Poſteriore caſu non item licet aſcendentes vel deſcendentes vſque in tertium gradum extent.

CAPVT LXXXVIII.

Teſtimonium ſocij criminis an faciat indicium ad inquiſitionem, in caſibus non exceptis.

CVm vtroque iure conſtitutum ſit, de ſe confeſſos ne interrogari quidem de aliorũ conſcientia poſſe, l. vlt. C. de accuſ. cap.1. de confeſſis, exiſtimo ego ſi interrogentur, nullum eos facere indicium, ad inquiſitionem, quandoquidẽ nullum ſit hoc teſtimonium cõtra legis præſcripta prolatum, ex reg. l. Non dubium, C. de legib.

Atque ita docuerunt Fulgoſius, conſi.136. & conſi.173. Decius, conſ.189. num.8. Ruinus, conſ.146. num.8.9. & 147. num.2. lib.5. Iaſon, conſ.22. num.1. lib.1. Gozadinus, conſ.2. nu.21. Marſilius, Pract. crim. §. Diligenter, num.67. Boerius, quæſt.319. num.1. Grammaticus, conſ.21. num.1. & conſ.38. num.20 Menochius, de arbitr. Caſu 474. num.24.

Sed contrarium reſponderunt Baldus, in conſi.95. lib.1. Blancus de indicijs, num.389. qui eiuſdem ſententiæ commemorat Hoſtienſ. Ioan. And. Panorm. & Anchar. in c.1. de confeſſ. Clarus, q.21. verſ. Retenta igitur, Boſſius malè pro contraria ſententia citari ſolitus, tit. de indicijs, num.182. nouiſſimè Ludouicus à Peguera, deciſ. Cathaloniæ, 5. poſt num.30.

Fundamentum eſt, quia omnia denunciator, quantumuis infamis ac vilis, indiciũ facit ad inquiſitionẽ.

Adfertur etiam Gloſ. in cap. Interrogatum, 2.q.5. quæ adducit text. in c. Significaſti, de adult.

Sed & Baldus citauit in hanc rem l. Qui vltimo, ff. de pęnis, in fine, & non deſunt qui pro hac ſententia inducunt tex. in d.c.1. de confeſſis.

Hæc omnia ſic expedio. Nego quemlibet teſtem infamẽ ac vilem de iure indicium eſſe legitimum ad inquirendum. Si de facto ita ſeruatur, nil ego id moror.

Aio tex. in cap. Significaſti, de adult. nihil ad rem facere, nec tex. in l. Qui vltimo, Nam vltima verba quibus Baldus nititur hæc ſunt: *Sæpè etiam ideo ſeruari ſolent poſt damnationẽ, vt ex his in alios quæſtio habeatur*. Intellige in caſibus à iure permiſſis, vt exponit ibi Gl.

Nego rectè induci ad hanc rem tex. in c.1. de confeſſis: quia apertè dicit, de ſe confeſſum non poſſe de alijs interrogari: Et licet poſtea ſubijciat, *Si tamen eos infamia huiuſmodi laborare cognoueris ſingulis eis*, &c. *purgationem iniungas*, tñ hinc non rectè colligitur, ſocium criminis iudicium feciſſe ad inquiſitionem. Potuit enim fama aliundè oriri, quàm ex ſocio criminis.

Nam & nos fatemur, ſi alia indicia adſint, iudicem rectè inquiſitionem incepturum.

CAPVT LXXXIX.

Mendacium rei examinati, an ſit indicium ad torturam ſufficiens.

MEndacium rei à Iudice examinati eſſe indicium ad torturam ſufficiens, complures aſſeruerunt, Bartolus in l. De minore, §. Plurimum, num.3. & in l. vlt. num.3. ff. de quæſt. Romanus conſi.8. num.1.2. Angelus de Maleficijs, in ver. Fama publica, numero 105. Marſilius, §. Diligenter, num.74. Socinus ſenior, conſi.54. num.13. lib.3. multos alios citat Menochius de Præſumpt. lib.1. q.89. num.67.

Fundamentum eſt primò in l. De minore, §. Tormenta,

menta,ff.de quæſt.illis verbis; *Nam & ex ſermone, & ex eo qua quis conſtantia qua trepidatione quid diceret, vel cuius æſtimationis quiſque in ciuitate ſua eſt, quædam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt.* A

Secundò in l.Vnius,§.Teſtes,ff.eo.tit. vbi Iureconſultus: *Teſtes torquendi non ſunt conuincendi mendacii, aut veritatis gratia, niſi cum facto interueniſſe dicuntur.*

Tertiò in c.Litteras.de Præſumpt.illis verbis: *Nos verò prædictum G.ſuſpectum de hæreſi vehementer habuimus: tum quia quod antè dixerat, poſtea ſe dixiſſe negauit: tum quia vel mendacium prius dixit in fratrem, aſſerendo illum hæreticum, vel periurium poſtea commiſit in Deum purgando eum de hæreſi,*&c.

Sed contrarium reſponderũt complures alij, Grammaticus,conſi.ciuili,59 nu.8.& Voto 30.nu.16.Ioannes de Amicis,conſi.234.nu.3.alios citat Menochius vbi ſupra.

Fundamentum eſt,quia hoc inditium valde remotum eſt,& poteſt eſſe mendaciũ in re leui,& quæ non pertineat ad ſubſtantiam negocij de quo agitur.Item, quia licet contraria dicere propter ſalutem, arg.l.Nemo, ff.de except. &l.1.ff. de bonis eor. qui ſibi mortem conſci. B

Tertia eſt ſententia Blanci in tract.de inditijs, nu. 269. Aut contrarietas rei ex qua mendacium oritur, eſt circa ea quæ pertinent ad ipſius defenſionem, aut circa alia. Poſteriore caſu mendacium eſt inditium ad torturam, Priore non item.

Quarta eſt ſententia Iulij Clari,q.21.verſi.Mendacium, hanc rem arbitrio prudentis iudicis eſſe committendam, quia legibus definita non eſt.

Et huic poſtremæ ſententiæ magis eſt vt aſſentiar, Prudens ergo Iudex conſiderabit omnes facti & perſonarum circumſtantias, & mendacij qualitatem diligenter expendet:& aliquando reum torturæ ſubijciet, aliquando non ſubijciet, prout ei magis videbitur æquum. C

Nil moror quæ pro ſententia priori adferũtur, Nã l.De minore, §.Tormenta, non dicit ob mendacium torquẽdum eſſe reum; Nec id etiam dicit l.Vnius,§. Teſtes, loquitur enim de teſte contraria dicente, quẽ proculdubio torquendus eſt ad eruẽdam veritatem, de reo principali non loquitur.

Nihil etiam obſtat c.Litteras,de Præſump.quia fateor in ea facti ſpecie reum fuiſſe torturæ ſubijciendum, quia graues erant ſuſpiciones contra eum, ex periurio,& mendacio, & erat mendacium reſpiciens ſubſtãtiam negocij: agebaturque de crimine grauiſſimo. Non ſic eſt ſtatuendum temerè in omnibus caſibus, in quibus reus mendacij conuincitur: ſed totum arbitrio prudentis Iudicis committendum.

Nihil etiam mouet quod pro altera ſentẽtia adfertur, licere cuipiam pro ſalute contraria dicere. Nam l.Nemo,ff.de except.loquitur de reo, cui permiſſum eſt diuerſis vti exceptionibus; non rectè ex hoc infertur licere reo à Iudice examinato mentiri, aut ſi mentiatur, non rectè interdum conijci, mendacem reum delictum commiſiſſe. Nihil etiam obſtat l.1.ff. de bonis eor. qui mortem ſibi cõſciu. quia non ſequitur, licet cuilibet quacunque ratione ſanguinem ſuum redimere, ergò & mentiri, & ex tali mendacio torqueri reus non poteſt. D

CAPVT XC.

Aſſertio vulnerati in articulo mortis, an faciat indicium ad torturam.

Affirmant Indicium eſſe ad torturã ſufficiẽs, vulnerati aſſertionem in mortis articulo, Angelus in l.Si quis in graui,§. ſi quis moriens. ff. ad Syllan. Marſilius Singul. 5.16. Grammaticus conſi.57.nu.13.

A Fundamentum eſt, quia nemo præſumitur eſſe immemor ſalutis æternæ, præſertim mortis tempore, l. vlt.C.ad l.Iul.repetund. Conſequenter non præſumitur mentiri, & alicui velle iniuriam facere; quinimò experientia docet plerũque tempore mortis eos, qui malè vixerunt ad Deum conuerti; & mandare vſuras malè extortas reſtitui,& alia facere, quę ad animę ſalutem pertinent.

Negant Alex.conſi.14.nu.5.lib.3.Iaſon,in l.1.num. 10.Comm.de legatis. Petrus Placa, in epitome Delictor.lib.1.c.13.nu.15.Clarus.q.21.verſ. Aſſertio vulnerati, Menochius de Præſumpt.lib.1.q.89.nu.79.

Fundamentum eſt in d.l.Si quis in graui, §.Si quis moriens,ff.ad Syllan.vbi Vlpianus: *Si quis moriens dixiſſet à ſeruo vim mortis ſibi illatam eſſe, dicendum eſt, non eſſe credendum domino, ſi moriens hoc dixit, niſi potuerit & probari.*

B Huic poſteriori ſententiæ calculum adijcio lubẽs, quia vſu forenſi recepta eſt, & ſatis probabilis nititur argumento. Si enim talis aſſertio morientis præſtaret argumentum ſufficiens ad torquendum, id Vlpianus non reticuiſſet: nec tam latè & abſolutè non eſſe credendum prouinciaſſet.

Ad argumentum reſpondeo, non eſſe quidem præſumendum morientem velle mentiri: Veruntamen nec quempiam eſſe quæſtionibus ſubijciendum, niſi certis argumentis, & indicijs Iudex ducatur, l.Milites,§.Oportet, C.de Quæſt. Non eſt autem ſatis certum ac probabile hoc indicium ex aſſertione morientis, vt patet ex d.§.Si quis moriens.

CAPVT XCI.

Stante ſtatuto quo fur pro tribus furtis ſuſpendi iubetur, an ſi committat vnum tantum furtum, ſed magnum, eadem pœna plectendus ſit?

C Furem laqueo ſuſpẽdi oportere pro trib. furtis ſæpè Conſtitutionib. cauetur prouincialibus: ſed tunc in controuerſiam vocatur, an & furca ſuſpendendus ſit propter vnum maximum furtum?

Affirmant Baldus in Auth.Sed nouo iure,C. de ſeruis fugitiuis. Angelus de Maleficijs, in verſ. *Et veſtem cœleſtem*, nu.13. Panorm. in c.Inter alia, nu.35. de Immun. Eccleſ.& hanc ſententiam in Hiſpania conſuetudine receptã teſtatur Diaz.in Pract.Crim.c.84.& in regno Cathaloniæ Ludouicus a Pegueta, dec.27. nu.8.

Fundamentum eſt in l.Si is qui tres, §.vlt.ff.de excuſatio.tutor.vbi dicitur, ſicut tria onera tutelarum excuſant a tutela, ita & vnam tutelam magnam excuſare, quæ ſcilicet magnum & amplum patrimonium continet. Item, quia in atrocioribus permiſſum ſit iura tranſgredi, arg.l.1.C.de precibus Imp.offer. & l.Si quis filio exhæredato,§.Hi autem omnes, ff.de iniuſto rupto & irr.teſtam. D

Non placet, nec ſententia, nec fundamentum eius. Nam quis non videt hæc eſſe longè diſſimilia? tres tutelæ excuſant,& vna magna fungitur vice trium tutelarum, quia tutor æquè in illa vna occupatur, atq; in tribus tutelis paruis, aut mediocribus. Sed alia ratiò eſt ſtatuti punientis tria furta pœna mortis. Namque illud proculdubio reſpicit ad furandi cõſuetudinem iterationemque delicti: quare in vno licet magno furto talis conſuetudo non apparet, ac delicti iteratio.

Illud verò brocardicum nil moratur, in atrocioribus permiſſum eſſe iura tranſgredi, ſcilicet id verum eſt, concurrentibus ijs facti circumſtantijs, quæ commemorantur in legibus allegatis. Alijs in caſibus ſeruandæ ſunt leges, nec cuiquam permiſſum eſt eas tranſgredi.

Contrariam igitur ſententiam verbis ſtaturi con- A ſeuraneani & rationi magis probo, quàm probarunt Aretinus, Salycetus, Fulgoſius Caſtrenſ. in d.Auth. Sed nouo iure, C.de ſeruis fugitiuis. Antonins Gomeſ.tit.de furtis,num.7.Rolandus à Valle, conſil.51. num.43.lib.1.Farinacius tit.de Delictis & pœnis, qu. 23.num.3.

CAPVT XCII.

Vtrum fures, qui de ſe confeſſi ſunt, poſſint interrogari de ſocijs?

FVres, qui de ſe confeſſi ſunt, interrogari poſſe de ſocijs & receptatoribus, docuit expreſsè Bartolus, in l.Repeti, §.Is qui, ff.de quæſt. quem ſecutus eſt Alexander in conſ.69.num.8.lib.2.Ludouicus à Pe- B guera, deciſ.Carhaloniæ 37.

Fundamentum eſt in l.Diuus, ff.de cuſtodia, & exhib.reor.illis verbis: *Sed & caput mandatorum extat, quod Diuus Pius, cùm Prouincia Aſia praeeſſet, ſub edicto propoſuit, vt Cirenarcha cùm apprehenderint latrones, interrogent eos de ſocijs & receptatoribus*, &c.

Adfertur in eandem ſententiam l. Prouinciarum, C.de ferijs. Sed nō hoc dicit. Item ratio hęc adfertur, quia cōgruit officio Præſidis expurgare Prouinciam malis hominibus, ac proinde īterrogare debet furem de ſocijs, cùm præſertim talia furta ſunt, quæ ſine ſocijs committi non ſoleur, vt ſcilicet alij quoque puniantur.

Contrarium reſpondit Marſilius, conſil.22.nu.17. Rolandus à Valle, conſil.51.num.26.lib.1.& ante eos Salycetus, in l.vlt.C.de accuſation.

Fundamentum eſt in l.Repeti, §.1.ff.de quæſtio.& in l.vlt.C.de accuſatio. quibus legibus apertè cōſtitutum eſt, de ſe confeſſos, interrogari nō poſſe de alijs; C Et idem habetur in cap.1. de confeſſis. Et licet aliqua excipiantur crimina, tamen crimen furti exceptum non eſt.

Ego puto opiniones conciliari poſſe hoc modo, vt prior locum habeat in latronibus: Sic enim apertè loquitur l.Diuus. Poſterior autem in furibus, de quibus id cautum non eſt. Ita Fedéricus Scotus in conſil.1. num.45.lib.3. tomo 2. & Menochius de arbitr. caſu 474.nu.20.quæ ſentētia mihi quoq; placet. Latrones diſtinguuntur à furibus, in l.Cùm duobus, §. Damna, ff.pro ſocio. Sunt latrones graſſatores, raptores, prædones, viarum obſeſſores. Fures autem qui clam abripiunt, vt notum eſt. De latronib.ſcriptum eſt in l.Diui, §.Latrones, ff.de pęn. Latrones famoſos furca ſuſpendi oportere in locis, vbi graſſati ſunt. De furibus extat Iuſtiniani Cōſtitutio, in hæc verba: *Pro furto autem nolumus quodlibet mēbrū abſcindi, aut mori, ſed aliter eum caſtigari*. Nouella 134.circa finem, ſiue ex Iu- D liani translatione in Authen. Vt nulli iudicum, §.vlt. Ex quibus apparet, latum eſſe diſcrimen inter fures, & latrones. Quare id, quod de latronibus cautum eſt, non eſt ad fures producendum. Nec mouet, quod dicitur Præſidis officio congruere, vt malis hominibus prouincia expurgetur; Nam id debet curare & exequi ſecūdùm modos iure permiſſos. Iura autem non permittunt eos, qui de confeſſi ſunt, de aliis interrogari, niſi in criminibus exceptis. Inter crimina verò excepta furtū non continetur, ſed latrocinia: ergo manear hæc diſtinctio inter fures, & latrones.

∴

CAPVT XCIII.

Homicida ex propoſito et animo deliberato, an gaudeat Eccleſiaſtica immunitate, ſi confugiat ad Eccleſiam.

GRauis ſanè ac difficilis diſputatio hęc eſt de homicidis ex propoſito, ſiue vt vocant animo deliberato, an gaudeant Eccleſiaſtica immunitate. Variè.n.iuris interpretes hac de re conſtat & ſenſiſſe & docuiſſe, vt videre licet ex Alex.conſi. 145.li.7.Boer.dec.109.Guid.Pap.dec.121. Couar.variar.reſol.li.2.c.20.Iulio Claro, q.30.ver.Punctus eſt. D.Tiberio Deciano in tract.criminali, lib.6.cap.28. nu.15.tomo 2.

Fundamentum eorum, qui putarunt non gaudere, eſt in Nouella Iuſtiniani de mandatis Principum, §. Neque, vbi Iuſtinianus: *Neq; autem homicidis, neq; adulteris, neq; virginum raptoribus, delinquētibus terminorū cuſtodes cautelam, ſed etiā inde extrahes, & ſupplicium eis inferes. Non enim talia delinquentibus parcere competit*, &c. *Deinde templorum cautela non nocentibus, ſed laſis datur à lege*, &c.

Fundamentum autem eorum, qui putarunt gaudere iſtos immunitate Eccleſiarum, eſt in c.Inter alia, de immun.Eccleſ.vbi S.Pontifex reſpondit: *Si liber quantumcunque grauia maleficia perpetrauerit, non eſt violenter ab Eccleſia extrahendus, niſi publicus latro fuerit, vel nocturnus depopulator agrorum*, &c.

Ad Nouellam Conſtitutionem Iuſtiniani reſpondent illam ſpectandam non eſſe, ſed ius Canonicum, quia immunitas hæc reſpicit Eccleſiarum fauorem & priuilegia de quibus S. Pontifex liberam habet diſponendi facultatem, non autem Imperator.

Et nominatim de homicidis, quod ab Eccleſia non ſint extrahendi, probatur in c.vlt.de immun.Eccleſ. quoniam ibi S.Pontifex reſpondit, eos qui in ipſis Eccleſijs vel alijs Cœmeterijs homicidia cōmittere non verentur ſub ſpe immunitatis Eccleſiarum, non debere gaudere immunitatis priuilegio. Ex hoc enim probatur homicidas alioqui gaudere Eccleſiarū, Immunitate: ſi enim nunquam gauderent Eccleſiarum immunitate, fruſtra ij exciperentur, qui talia committunt, ſperantes ſe per Ecleſiam, ad quam confugerint, defendi.

Sed rurſus qui priorem tuentur ſententiam, quæ negat hos immunitate gaudere, adferunt ex Iure Canonico textum in cap.1.de homicidio, vbi dicitur: *Si quis per induſtriam occiderit proximum ſuum, vel per inſidias, ab altari meo euelles eum, vt moriatur.*

Sic enim textum accipiunt, vt velit eos, qui animo deliberato aliquem interficiunt, non gaudere immunitate Eccleſiarum, hocque indicare illa verba, *per induſtriam.*

Contra verò alij contrariæ ſententiæ propugnatores eundem textum perpendunt; & retorquent, exiſtimantes hoc velle, homicidas extrahendos eſſe ab Eccleſia, quoties proditio interuenerit, quod ſignificari dixerunt inſidiarum nomine: Proditionis autem ſpecies multas Felynus commemorat in Commentarijs d.c.1.

Et dato quod proditionis Qualitas neceſſaria non ſit, inſidias tamē requiri aſſeuerāt: Quare ſi quis abſque inſidijs animo licet pręmeditato, hoc eſt, doloſè, & ex propoſito aliquem occiderit, illis verbis, nequaquam contineri opinantur.

Ego exiſtimo, priorem ſententiam, quæ negat iſtos gaudere immunitate Eccleſiarum, probabiliorem eſſe.

Primò, quia iuri Ciuili conſentanea eſt, quo certū eſt homicidis hanc immunitatem eſſe à Iuſtiniano adem-

ademptam. Licet enim Ius Canonicum ſpectandum ſit, & Iuri Ciuili præferendum, tamen nullibi quicquam expreſsè cõſtitutum apparet Iure Canonico contra Imperatoris legem, & nota eſt omnis iuris Pontificij ac Cęſarei concordia, niſi cõtra ſit expreſsè cautum, vt in c.1. & 2. de noui ope. nunciat.

Secundò, quia tex. in cap. 1. de homicidio, immunitatem hanc ei adimit, qui per induſtriam occidit. Occidere autem per induſtriam is videtur, qui ex propoſito, & animo (vt vocant) deliberato ac præmeditato occidit. Nihil eſt enim aliud, per induſtriã aliquid facere, quàm dedita, & ex propoſito.

Tertiò, quia is qui animo deliberato quempiam vult occidere, & occidit, ſine dubio vitæ illius inſidias parat, tempus ſcilicet & locum expectans, vt eum commodè aggredi & occidere valeat.

Quartò, quia hæc eſt ſententia text. in d. cap. 1. de homicidio, euellendum eſſe ab altari eum, qui ex propoſito hominẽ occiderit. Id ita demonſtro. Sumitur ex c. 21. Exodi, vbi ſic habetur: *Qui percuſſerit hominem volens occidere, morte moriatur. Qui autem non eſt inſidiatus, ſed Deus illum tradidit in manus eius, conſtituam tibi locum, in quem fugere debeat. Si quis per induſtriam occiderit proximum ſuum, & per inſidias, ab altari meo euelles eum, vt moriatur.*

Primò loquitur de eo, qui volens, hoc eſt, ex propoſito, vt nunc loquimur, occidit, & iſte debet mori. Secundò de eo, qui non eſt inſidiatus, id eſt, qui non ex propoſito occidit: & iſte gaudet immunitate. Tertiò, quia poterat dubitari, an primus, qui ſcilicet volẽs occidit proximum ſuum, per induſtriam, & inſidias, immunitate gauderet, ibi reſpondetur, non gaudere.

Id clarius confirmari poteſt ex Deut. c. 19. vbi ſic dicitur: *Qui percuſſerit proximum ſuum neſciens: & qui nullum contra eum odium heri aut nudius tertius habuiſſe comprobatur, ad vnã trium vrbium confugiat & viuat.* Poſtea ſic dicitur: *Si quis autem odio habens proximum ſuum, inſidiatus fuerit vitæ eius, ſurgensq́, percuſſerit illum, & mortuus fuerit, & aufugerit ad Ciuitatem perfugij, mittent ſeniores, & eripient eum de loco effugij.*

Quibus verbis apparet, ignorantiam opponi inſidijs: & quod in Exodo dicitur, qui non eſt inſidiatus, in Deuteronomio dicitur, qui percuſſerit neſciens. Quod in Exodo dicitur: *Qui percuſſerit volens*, in Deuter. dicitur: *Si quis odio habens, inſidiatus fuerit.* Ex quo apparet, nihil aliud eſſe inſidias & induſtriam, quam voluntatem deliberatam occidendi.

Quintò, quia ita hanc rem explicarunt magis communiter Doctores, vt teſtatur Couar. loco ſuperiùs annotato, nu. 7. verſ. *In his profectò caſibus.* licet ipſe contrariam ſententiam fuerit amplexus.

Sextò, quia ſic exponunt locum Exodi Abulenſis, & alij apud Lippomanum in Catena, vbi ſcribit, ſecundum Septuaginta Interpretes, hanc eſſe ſententiam d. cap. 21. Exodi: *Si quis autem proximum ſuum fuerit aggreſſus, vt occidat, & fugiat*, &c.

His nõ obſtat c. Inter alia, de immun. Eccleſ. etſi enim eo in loco non excipiantur homicidæ ex propoſito, de quibus nunc diſputamus, tamen excipiuntur in d. cap. 1. de homicidio, ſecundùm veriorem & communiorem interpretationem.

Similiter, nec obſtat c. vlt. eod. tit. Etſi enim ex eo textu inferri poſſit, homicidas regulariter immunitate Eccleſiaſtica gaudere; tamen id non expreſsè ibi dicitur: ſed colligi poteſt argumentis tantùm & coniecturis; Argumenta verò & coniecturæ, non valent aduerſus claros textus, & alia manifeſta loca. Quinimò decet obſcuriora loca ex clarioribus lumen accipere, ac interpretationem.

Præterea, concedimus, homicidas gaudere Eccleſiaſtica immunitate, ſi non ex propoſito animoque deliberato crimen admiſerint, & hoc inferri poteſt ex d. c. vlt.

Poſſet etiam probabiliter addi; eum qui homicidium commiſit & ſtatim ad Eccleſiam confugit, videri illud commiſiſſe ſpe fretum immunitatis Eccleſiæ, ac proinde eo priuilegio indignum cenſeri, vt in d. c. vlt. Nam quę ita eſſe præſumendum in dubio ſcriptum reliquerunt Alciatus de Præſump. reg. 3. Præſump. 33. Menoch. de præſumpt. lib. 5. Præſumpt. 10. in fine.

CAPVT XCIV.

Quid ſit merum Imperium.

VLpianus: *Merum Imperium eſt, habere gladij poteſtatem, ad animaduertendum in facinoroſos homines, quod etiam poteſtas appellatur*, l. 3. ff. de iuriſd. om. iud.

Controuerſia eſt, an ſit hæc vera Definitio ſiue Deſcriptio meri Imperij, an verò exemplum aliquod ipſius meri Imperij, & quidem antiqui Gloſſatores docuerũt exemplum eſſe, non Definitionem vel Deſcriptionem generalem: Eandem ſententiam ſecutus eſt Bartolus, & reliqui ferè omnes antiquiores, Angelo excepto, quibus videri poteſt aſſentiri Cuiacius, li. 21. Obſer. cap. 30. dum ſcribit, merum Imperium hic per exempla definiri, non autem exactè.

Angelus enim exiſtimauit eſſe Definitionem meri Imperij, & hanc ſententiam ſecutus Longauallius in Commentarijs d. l. 3. necnon Alciatus, lib. 2. Paradoxor. c. 7. Coraſius, lib. 3. Miſcellaneor. cap. 17. Duarenus in Commentarijs eiuſdem legis, Gregorius Tholoſanus in Syntagm. lib. 47. cap. 13.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia ſi Definitio eſſet, deberet conſtare ex Genere, & Differentijs, & conuerti cum ſuo Definito, ſed hæc non conuertitur. Nam multa alia ſunt meri Imperij præter gladij poteſtatem, vt puta, damnare aliquem in metallum, deportare, relegare, alijſque pœnis afficere, puta ſecuri, laqueo, vel fuſtibus. l. Aut damnum, ff. de pœnis, Legem condere, creare tabelliones, ſpurios legitimos facere. Mitto enim ridiculum argumentum Cagnoli, de poteſtate puniendi etiam animalia ex c. Mulier, 15. quæſt. 1.

Fundamentum verò poſterioris ſententiæ eſt; Primò, quia Vlpianus vſus eſt verbis denotantibus Definitionem meri Imperij, non autem exemplum aliquod, ſic enim ait: *Merum Imperium eſt*, &c. Secũdò, quia in hac Definitione nil deſiderari poteſt. Deſcribit enim clarè, quid ſit merum Imperium, niſi quis ſubtiliter nimis eam ſecũdum Dialecticorum regulas velit examinare, quod ſi fieret, vix vlla eſſet Iuriſconſultorum Definitio, quæ conſiſtere ac defendi poſſet.

Hæc poſterior ſententia mihi quoque placet. Cùm enim Vlpianus dixit; Merum Imperium eſſe gladij poteſtatem, deſignare voluit ſummam partem meri Imperij, quia plerunque hæc ſola eripiendę vitæ ratio permittitur ei qui habet merum Imperium, l. Aut damnum. §. 1. ff. de pœnis. Alioqui verò omnem aliam grauiorem facinorum coercitionem complectitur, veluti damnationem in metallum, deportationem, bonorum publicationem, l. Solent, ff. de off. Proconſulis, & Iudicij publici exercitationem, lege delegatam, l. 1. ff. de off. eius, cui mand. eſt iuriſd. Eſt enim in ſumma merum Imperium coercendorum facinorum poteſtas, lege data atq; finita. l. 1. C. qui non poſſunt ad libertatem peruenire.

Quæ omnia ſi rectè perpendantur argumenta, illud facilè dilui poterit, quo dicebatur multas alias pœnas vltra gladij pœnam ad merum Imperium pertinere. Hoc ſciebat optimè Vlpianus, ſed à digniori, & maiori parte voluit Definitionem ſumere. Appellatur enim gladij poteſtas, l. Nemo poteſt, de reg. iur. l. Solet, ff. de off. Proconſ. ſed tamen omnem aliam grauiorem

coercitionem continet, vt patet ex d.l.Solet, ibi: Nemo A enim poteſt gladij poteſtatem tibi datam, vel cuius alterius coercitionis, ad alium transferre,

Multò verò minus obſtat illud argumētum, quod veteres attulerunt, legem condere, creare Notarios, &c, ad merum Imperium pertinere; nec gladij poteſtate contineri. Nam & Alciatus, & Zaſius, & alij recentiores rectè ſummaque ratione negant, hęc pertinere ad merum Imperium. Nec quiſquam hactenus id probare aggreſſus eſt. Pertinent enim ad Principis iura & regalia, vt vocant, quæ Principi ſunt reſeruata, non autem ad merum Imperium, quod Magiſtratibus conceſſum eſt. Nec Senatus, & Præfectus Prætorio legis condendæ poteſtatem habuit, ex eo quod merum Imperium haberet, ſed propter ſummam dignitatem & autoritatem quam habebant; vt egregiè Zaſius explicat in d.l.3.nu.16,

CAPVT XCV.

Quid ſit mixtum Imperium,

B

APparabo hic menſam ex alienis ferculis variarum epularum cupidis lectoribus: non ſine apophoretis ex ære meo quæſitis. Eorum partes erunt, quod magis placuerit accipere, omniaque boni conſulere.

Vlpianus; *Mixtum Imperium eſt, cui etiam Iuriſdictio ineſt, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit,* l.3.ff. de iuriſdictione.

Veteres hanc rem ſic explicarunt communioribus ſuffragijs; Mixto Imperio ineſſe Iuriſdictionem in ſpecie ſumptam, non in genere: Nam in genere ſumpta Iuriſdictio etiam mero Imperio ineſt: Eidem mixto Imperio ineſſe etiam Imperium merum. Imperij naturam participare, quia officio Iudicis nobili exercetur. Iuriſdictionis autem, quia ad priuatam vtilitatem exercetur, C Et ideo mixtum Imperium nil aliud eſſe, quàm Iuriſdictionem, quę officio Iudicis nobili tractatur, & ad priuatam vtilitatem ſpectat.

Poſt hos Alciatus lib.2. Paradox.cap.8. *Diſtinctionem eam nobilis & mercenarij officij apud veteres non obſeruatam fuiſſe, ſed Prætoris officium dici, quod in mixto Imperio verſatur, id eſt, circa coercitionē vel executionem, quæ etiam in bonorum poſſeſſione danda neceſſaria erat, vt Parergon lib.4. oſtend.* (Eſt cap.5. lib.3. Parergon.)

Io.Coraſius lib.3. Miſcellaneor.cap.17. *Definitur mixtum Imperium ab Vlpiano, vt ſit illud, cui Iuriſdictio ineſt. Similiterq́; Papinianus hoc mixtum Imperium cohærere Iuriſdictionis tradidit, in l.1.§.vlt.ff.de off.eius. Vtriuſque autem Iuriſconſulti verba ita me autore explicanda ſunt, In pecuniariis cauſſis, in quibus exercetur Iuriſdictio, mixtum quoque verſatur Imperium, quod non alio ſpectat, quàm vt priuatorum controuerſiæ finem accipiant, pertinaciamq́; & contumaciam ceruicoſitas ac proteruia compeſcatur, coerceaturq́; iure ſuo cuique conſeruato,* l.fin.ff.de off. *eius, & ita adhærere Iuriſdictioni, eidemq́; ſubminiſtrare mixtum Imperium dicitur. Manifeſtum quoque hinc fit, Imperium mixtum aliud eſſe nihil, quàm autoritatem & poteſtatem quandam decernendi, dandi, dicendi, addicendi, coercendi in pecuniariis cauſſis, citra tamen litis controuerſiæ deciſionem. Tunc enim eſſet Iuriſdictio, quæ tamen vt effectum habeat, faciliusq́; explicari poſſit, mixto Imperio ius dicens vtitur, d.l.ſi Conſiſtit autem propriè in danda bonorum poſſeſſione mixtum Imperium, non item Iuriſdictio; Licet enim ciuile ſit negotium, quia tamen non inter duos ius redditur, ſed vni petenti Prætor decernit, Imperio vtitur non Iuriſdictione: quæ tum propriè conſideratur, cùm inter litigatores ius dicitur: Eſt tamen præter dationem bonorum poſſeſſionis alia multa reperire, in quibus licet propriè mixtum Imperium non conſiſtat, eiuſdem tamen Imperij magis quam Iuriſdictionis naturam redolent,* l.Iubere, *de Iuriſdict.om.iud.&c.*

A Franciſcus Duarenus lib.1. Anniuerſ. Diſput. cap.53. *Notandum eſt Prætorem Romæ creatum fuiſſe, vt ius diceret in Vrbe de cauſſis negotiisq́; priuatis, non vt animaduerteret in facinoroſos homines, quod nec Conſuli quidem licuiſſe ſcribit Pomponius, tit.de orig.iuris, lib.1.Pandect. Populus enim cuius ſumma poteſtas erat, quoties animaduerſio neceſſaria videbatur, Quæſitores, ſiue Quæſtores conſtituebat, qui aduerſus facinoroſos inquirerent, idq́; extra ordinē; cùm nullo Magiſtratu fungerentur, vt ego pleriſque refragantibus cenſeo,* l.2. de orig.iur. *Non tamē his finibus vſquequaque circumſcripta fuit poteſtas huius Magiſtratus, vt nihil aliud quam iudicibus à ſe datis, ius æquitatem præſcriberet, quemadmodum diximus; Nam bonorū poſſeſſionem dare poterat ſecundum tabulas, vel contra tabulas, reſtituere in integrum, modicè coercere & alia quædam exequi, quæ in Imperio magis conſiſtere videntur, quàm Iuriſdict.* l.1. l.Iubere, ff.de Iuriſdict. l.2. de in ius vocan. l.Ea quæ, ad Municipalem, B *vt conſtat ex Ciceronis orationibus in Verrem. Et hoc quidem Imperium ideo dicitur mixtum; quia Iuriſdictioni admixtum & coniunctum eſt, pertinetq́; omnino ad officium ius dicentis, adeò, vt quiſquis habet Iuriſdictionem, idem hoc quoque Imperium habeat: & qui hoc Imperio vtitur, ius dicentis officio fungi exiſtimetur, qua ratione transferri dicitur mandata Iuriſdictione.*

Iacobus Cuiacius lib.21. Obſeruat. cap.30. *Mixtum Imperium eſt poteſtas quæ iure proprio Magiſtratus competit,* l.1. de off.eius, *vel cui Iuriſdictio cohæret, adhæret, ineſt. Cuius in* l.3. *duo proponuntur exempla. Vnum quod conſiſtit in danda bonorum poſſeſſione honorariis ſucceſſoribus, namque ii tantum dare poſſint bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, vel contra tabulas: vel Vnde legitimi, vel quam aliam, qui Imperium mixtum habent. Dare bonorum poſſeſſionem eſt imperij mixti, & Iuriſdictionis, igitur vel Hermanopulo autore* 3. Epit. tit.4. *Alterum conſiſtit in dando iudice, &c.*

C Antonius Faber lib.4. Coniecturarum, ca.4. *Mixtum Imperium id eſſe ſcribit Vlpianus, cui etiā Iuriſdictio ineſt, quod in danda bonorum poſſeſſione cōſiſtit, quibus verbis decepti veteres omnes, & quod magis mirum videri debeat, recentiores plerique iuris magiſtri exiſtimarūt, Vlpiani ſententiam illam eſſe, vt dare bonorum poſſeſſionem mixti ſit Imperij, non Iuriſdictionis. Alij qui id Iuriſdictionem eſſe vident, neq́; negare poſſunt, nouam opinionem induxerunt, & mixti Imperij ſeu Iuriſdictionis eſſe ſcripſerunt, in quo errant longè grauius, mixtum Imperium cum Iuriſdictione confundentes; neque fieri poteſt, vt hoc principio poſito quicquam in eo tractatu intelligant: Etſi enim mixtum Imperium eſt, cui Iuriſdictio ineſt, aliud tamen mixtum Imperium eſt, aliud Iuriſdictio, neque mixti Imperij eſſe poteſt, quod Iuriſdictionis eſt, aut contra. Dare igitur bonorum poſſeſſionem Iuriſdictionis tantum eſt, non etiam Imperij mixti. Aut ſi datio bonorum poſſeſſionis Iuriſdictionis non eſt,* D *quid obſecro, Iuriſdictionis eſſe poteſt? Omne ſi quidem ius, quod in danda bonorum poſſeſſione verſatur, ex Prætorio edicto eſt. Et cum dici ſoleat Prætoris Iuriſdictionem in eo potiſſimum conſiſtere, vt ius Ciuile vel corrigat, vel temperet, vel confirmet,* l. Ius autem, 7. §.1. de Iuſt. *& iure, certū eſt, introductas eſſe à Prætore bonorum poſſeſſione iuris veteris, tum corrigendi, tum cōfirmandi gratia, quemadmodum in principio tituli de bonorum poſſeſſionibus Iuſtinianus ſcribit. Vt non malè dici poſſit, Prætoriæ Iuriſdictionis potiſſimam ferè partem in danda bonorum poſſeſſione conſiſtere. At maximum Imperium Iuriſdictio non eſt, ſed modica duntaxat coercitio ſine qua Iuriſdictio nulla eſſe poteſt,* l.vlt.de off.eius. *Propter quam cauſſam dicitur à Paulo Iuriſdictioni cohærere, in* §.vlt.l.1.ff.eo. *Eodē planè ſenſu, quo Vlpianus in d.l.Imperium, ſcribit, Iuriſdictionem mixto Imperio ineſſe. Nec audiendi ſunt, qui Imperium mixtum, cui Iuriſdictio ineſt, ſeparant ab Imperio mixto, quod Iuriſdictioni cohæret, ſeu quod ineſt Iuriſdictioni. Vtrunq́; enim omnino idem eſt, ſicut Imperium mixtum nullum eſt, quod non Iuriſdictioni cohæreat, ob idq́; mixtū appellatur, ita Imperium mixtum*

tum

tium nullum eſt, cui Iuriſdictio non inſit. Idq́, apertè Vlpianus docet in d.l. Imperium; cùm mixti Imperij veram & propriam definitionem illam tradit: Mixtum Imperium eſt, cui Iuriſdictio ineſt, ad differentiam meri Imperij, quod non tuendæ Iuriſdictionis gratia exercetur, ac per ſe ſtat, & in delictis vindicãdis totum conſiſtit. Sed iſtos idẽ error duxit qui cæteros. Cùm n. ex d.l. vl. ff. de off. eius. viderent Imperium non merum, ſeu mixtum aliud non eſſe quàm modicam coercitionẽ, ſine qua Iuriſdictio nulla eſt, nec coercitionem vllam cernerent in datione bonorum poſſeſſionis, in qua tamen Imperium mixtum ab Vlpiano conſtitui putabant, nõ aliter ſe ex ea difficultate euoluere potuerunt, quàm commentitia illa duplicis Imperii mixti diſtinctione. Neque ſanè vnquam quis ſe euoluere poſſit, qui in recepta lectione defendenda pertinax eſſe velit. Nam mixtum Imperium in danda bonorum poſſeſſione conſiſtere Vlpianus apertè ſcribit. Optio nobis relinquitur, an à recepta lectione, an potius à certiſſimis principiis iuris recedere velimus. Ego hoc nolo, illud malo. Nec tamen ſubtiliſſimi viri emendationem probo, qui Vlpianum vult ſic ſcripſiſſe, aut ſcribere debuiſſe. Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, Iuriſdictio eſt: Iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licẽtia. Ferè enim ineptus eſt ille loquendi modus, neque ſic explicari poteſt, vt quod Imperium in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, Iuriſdictio ſit, cùm vel fatente illo in danda bonorum poſſeſſione Imperium nullum cõſiſtat: & ſi Imperium aliquod eſſet; iam mixtum Imperium diceretur, non Iuriſdictio. Probabilius ergò eſt, in illis verbis. Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, erratum eſſe, & legendum, qua pro quod nato errore ex vtriuſq́, ſyllabæ, & notæ ſimilitudine, & affinitate. Atq́, ita Vlpiani ſententia eadẽ erit quæ ſecundum Goueani emẽdationẽ ſcilicet dationẽ bonorum poſſeſſionis Imperij mixti non eſſe ſed Iuriſdictionis &c.

Accipe nũc lector quæ pollicitus ſum apophoreta. Prima concluſio. Mixtum Imperium non conſtituitur ex mero Imperio & Iuriſdictione, ſed ex Imperio & Iuriſdictione, nihil eſt enim aliud mixtũ Imperium, quàm Imperium cum Iuriſdictione coniunctũ: quod propterea dicitur mixtum; quia ſcilicet ei Iuriſdictio admixta eſt; non autem ſimplex eſt, purum, merum, quale eſt ius gladij, & poteſtas animaduertendi in facinoroſos homines: illud enim nullam aliam habet mixtam Iuriſdictionem, ſed in ſola maleficiorum cognitione & punitione conſiſtit.

Secunda Concluſio. Mixtum Imperium non eſt Iuriſdictio; ſed iuriſdictio ei ineſt: quomodo enim idem poteſt eſſe cũ Iuriſdictione, ſi Iuriſconſultus ait, ei Iuriſdictionẽ ineſſe? Nunquid ſibi ipſi aliquid ineſſe poteſt? Qđ ineſt alteri certè differt ab eo, nam accedit ei.

Tertia Concluſio. Mixtum Imperium non eſt ſine Iuriſdictione. Nam Vlpianus dicit ei Iuriſdictionem ineſſe. Nec Iuriſdictio eſt ſine mixto Imperio, vt conſtat ex l. 1. §. vlt. & l. vlt. ff. de off. eius, cui mand. Itaque licet aliquis conſiderare poſſit modicam coercitionẽ per ſe, & abſtrahere illam ab ipſa Iuriſdictione, tamen nunquam eſt mixtum Imperiũ, niſi ſimul adiunctam habeat Iuriſdictionem. Si quis abſtraxerit coercendi poteſtatem, à Iuriſdictione, ille conficiet merum Imperium, nõ mixtum. quia merum Imperium nihil eſt aliud quàm poteſtas coercendi, &c. Mixtum autem habet adiunctam Iuriſdictionem.

Quarta Concluſio. Mixtum Imperium, cui Iuriſdictio ineſt, licet conſiſtat in multis alijs, tamen potiſſimùm dicitur conſiſtere in danda bonorum poſſeſſione, quia iubere cauere, & in poſſeſſionem mittere, Imperij magis eſt, quàm Iuriſdictionis, l. Iubere, ff. de Iuriſd. Eſt enim bonorum poſſeſſio executionis cuiuſdã ſpecies, cum ſit ius perſequendi retinendiq́; patrimonij, l. 3. ff. de bono. poſſeſ. Quapropter, alibi ſic ſcriptũ eſt, vt poſſeſſio bonorũ detur, vel ſi cui damni infecti non caueatur, vt is poſſidere iubeatur, l. pen. §. 1. ff. de officio eius cui mand. Itaque imperio hac in re opus eſt, quia executionem continet.

Quinta Concluſio. Nec propterea negamus in poſſeſſionem mittere Iuriſdictionis eſſe. Nam conſtat id Prætorem ex ſua Iuriſdictione facere, ſed quia executionem habet adiunctam, & Imperio eget, ideo Imperij magis quàm Iuriſdictionis eſſe dicitur, d. l. Iubere, Imperij hoc eſt mixti, cui ſcilicet Iuriſdictio ineſt; qđ miror eruditiſſimum Fabrum non ſatis expendiſſe.

Dices, nonne is qui merum habet Imperium, Iuriſdictionem habere dicitur, cùm ius & ipſe reddat, & dicat de criminibus & pœnis? Reſpondeo latiſſimè accipiendo Iuriſdictionem, id rectè dici, arg. l. 1. ff. de off. eius, ibi. *Iuriſdictionem ſuam mandant*, vt dixi ſupra libro 7. cap. 69. Sed hic Iuriſdictio ſumitur ſtrictè & ꝓpriè, prout eſt ſeparata à mero Imperio: quod in ſola gladij poteſtate conſiſtit. Ita, inquam Vlpianus accipit in d. l. 3. ff. de iuriſd. Quid autem ſit iuriſdictio, ſic accepta, in ſequenti capite dicetur.

Ex his patet, nec textum Vlpiani eſſe corrigẽdum, & quæ ſit Vlpiani ſententia, cùm dixit mixtum Imperium eſſe, cui iuriſdictio ineſt, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit.

CAPVT XCVI.

Quid ſit Iuriſdictio.

VLpianus in d. l. 3. ff. de Iuriſd. om. iud. ſic ait: *Iuriſdictio etiam eſt Iudicis dandi licentia.*

Veteres ita hunc locum exponunt, vt conſtituant iuriſdictionem ſimplicem ſeparatam à mero & mixto Imperio, nõ quia poſſit eſſe ſine modica coercitione, quod eſt mixtum imperium, ſed quia ſit tertia ſpecies à mero & mixto imperio realiter diſtincta. Rectè meo quidem iudicio.

Præclarè Duarenus in hunc tit. *Nam non hic principaliter definit* Vlpianus, *quid ſit Iuriſdictio, ſed eam cui mixtum Imperium adhæret, quaſi dicat, qui Iuriſdictionem habet, poteſt ea quæ ſunt mixti Imperii, ſed etiam dare Iudicem poteſt*, quod confirmare poterat ex l. 1. ff. de iuriſdictione, om. iudic.

Et alibi in Commentarium ad tit. de pactis, l. Iuris gentium, & lib. 1. Anniuerſ. cap. 53. optimè declarat, Prætorẽ ſolitum non fuiſſe priuatas cauſſas iudicare, ſed iudicem dare, qui accepta formula, & præſcripto quodam iuris, de facto tãtum cognoſceret, licet quandoque iudicaret, & cognoſceret ipſe Magiſtratus certarum perſonarum & cauſſarum fauore, l. 1. ff. de extraord. cog. l. 1. ff. de rei vind. & alibi. Eiuſdem ſententiæ mihi fuiſſe videtur eruditiſſimus Briſſonius, in Lexico Iuris, verbo, Iuriſdictio, dum ſcribit: *Iuriſdictionis autẽ exemplum definit Vlpianus eſſe, quod in dandâ bonorum poſſeſſione conſiſtit; item Iudicis dandi licentiam.*

Sed Alciatus contra lib. 2. Paradoxorum, c. 8. Iuriſconſultum in d. l. 3. *Solùm de mero mixtoq́, Imperio loqui, mixtumq́, illud definire, cui etiam Iuriſdictio ineſt, vt in bonorum poſſeſſione, & in Iudicis dandi licentia; nam ea quoque ſicut in bonorum poſſeſſione Iuriſdictio eſt: quocirca mixti Imperii exiſtimatur. Dictio itaque (licentia) in eo contextu, ſextum caſum reſpicit, licet prępoſitio in adiectâ non proponatur*, &c. Sic Alciatus.

Alciatum ſequitur Bellonus, tanquam præceptorem ſuum, lib. 3. Supputationum, cap. 4.

Eiuſdem ſniæ fuit Cuiacius, lib. 21. Obſeru. c. 30. *In l. tertia de Iuriſdict.* inquit duo proponuntur, *Imperii genera, merum & mixtum. Duo ſunt in ea termini tantum, merum Imperium & mixtum Imperium, non tres, vt plerique opinantur, merum & mixtum Imperium & Iuriſdictio ſimplex, quia nulla eſt Iuriſdictio ſimplex vel*

nuda, ſine Imperio, cuius vi ad effectum perducatur, quod ex hac etiam ſocietate, atq; iunctura, qua iuriſdictioni cõnexum eſt mixtũ appellatur. Quamobrem mixtum Imperium & iuriſdictio res vna & eadem eſt: nec quicquã vindicatur Imperio mixto, quod non poſſit & debeat etiã vendicari iuriſdictione. & contra, quæ enim commixta ſunt, & ſimul commeant ſemper.

Mihi magis placet ſententia & expoſitio veterum, ac Duareni tres terminos in dicta l. tertia ab Vlpiano declarari. Merum Imperium, Mixtum, & Iuriſdictionem.

Primò, quia hæc ſententia verbis legis conſentanea eſt, & nullam continet abſurditatem.

Secundò, quia Vlpianus dicit: *Iuriſdictio eſt etiam Iudicis dandi licentia*, quę autem expoſitio hęc eſt, verbum, licentia, eſſe in ſexto caſu in ablatiuo? quaſi dixerit Iuriſdictio eſt in licentia dandi Iudicem; nonne veriſſimum eſt eum qui iuriſdictionem habet, Iudicem dare poſſe?

Tertiò, nam Vlpianus non dicit, mixtum imperiũ eſſe licentiam dandi iudicem, ſed ait, Iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia. Cur ergo volumus detorquere verba, & ſic inuertere, vt quod de iuriſdictione ſcriptum eſt, ad mixtum imperium trahatur?

Fateor mixtum imperium adiunctam habere iuriſdictionem, fateor & nullam eſſe iuriſdictionem ſine imperio, hoc eſt, modica coercitione, quæ ad imperiũ pertinet. Sed nego quod hic infertur, Ergò iuriſdictio & imperium vnum & idem eſt. Nunquam ego didici id, quod alicui ineſt, quod ſimul cum altero iunctum & connexum eſt, idem eſſe realiter cum eo. Anima & corpus in viuente ſimul ſunt coniuncta, nec animal eſſe poteſt, niſi manente illa coniunctione, quia ſeparatio mortem inducit. Nemo tamen dixerit animam & corpus idem eſſe, vel animal eſſe idem quod corpus, vel idem quod anima, eſt enim compoſitum ex anima & corpore. Sic & mixtum imperium compoſitum eſt ex imperio & iuriſdictione. Non igitur eſt idem quod iuriſdictio, nec iuriſdictio eſt idẽ quod imperium.

Sed hoc oſtendam ex iure ipſo. Ait lex: *Ius dicentis officium latiſſimum eſt. Nam & bonorum poſſeſſionẽ dare poteſt, & in poſſeſſionem mittere, pupillis non habentibus tutores conſtituere, Iudices litigantibus dare.* l. 1. ff. de iuriſd. omn. iud.

Hic ſunt duo, iuriſdictio & imperium. Iuriſdictio eſt in iure reddendo, in iudicibus dandis, &c. Imperium verſatur in executione ipſa. Niſi enim is, qui iuriſdictionem exercet, imperium habeat, & coercitionem, qua exequi poſſit ſuam iuriſdictionem, nulla eſt iuriſdictio, & inanis. Quamobrem, in l. 2. ff. eodem, dicit Iabolenus. Cui iuriſdictio conceſſa eſt, ea quoque videri conceſſa, ſine quibus iuriſdictio explicari non poteſt.

Non eſt igitur idem imperium quod iuriſdictio, ſed illi ineſt, & illam iuuat, vt iuriſdictio rectè expediatur. Rurſus nec iuriſdictio idem eſt quod imperium, quia illa conſiſtit in cognoſcendo & iudicando, imperium autem in iis, quę pertinent ad executionem & expeditionem ipſius iuriſdictionis. Si enim nullum Magiſtratus imperium haberet, inanis eſſet iuriſdictio. Et hoc erat diſcrimen inter iudicem olim & Magiſtratum, quod iudex datus erat priuatus, nullam iuriſdictionem habens, ſed notionem tantùm ſine imperio, l. quinta. ff. de re iudica. Iccirco iubentur Magiſtratus exequi ſententias iudicum à ſe datorum, l. A Diuo Pio, ff. de re iudic. ita ſentio, ſi malè, viri docti me admonebunt, vt ſpero.

A

CAPVT XCVII.

Quæ ſit ſententia l. 1. ff. de officio eius, cui mandata eſt iuriſd.

PApinianus: *Quæcunque ſpecialiter Lege, vel Senatuſconſulto, vel Conſtitutione Principũ tribuuntur mandata, ad iuriſdictionem non transferuntur. Quæ verò iure Magiſtratus competunt, mandari poſſunt: Et ideo videntur errare Magiſtratus, qui cùm publici iudicii habeant exercitationem, Lege, vel Senatuſconſulto delegatam (veluti lege Iulia de adulteriis, & ſi quæ ſunt ſimiles) Iuriſdictionem ſuam mandant*, &c. l. 1. ff. de offic. eius, cui manda. eſt iuriſd.

Bartolus quem alij frequentioribus ſuffragiis ſecu-

B ti ſunt in explicatione huius legis, ſic ait: *Cauſæ meri & mixti imperii conceduntur maioribus iudicibus ſpecialiter, & expreſsè & in priuilegium, & ideo non poſſunt delegari niſi in caſu abſentiæ. Cauſæ verò iuriſdictionis infimæ committuntur, & competunt cuilibet Magiſtratui, & delegari poſſunt.*

Sed huic expoſitioni obſtat, *Primò*, quòd Papinianus non loquitur de cauſis meri & mixti imperij, ſed generaliter loquitur de omnibus his, quæ ſpecialiter Lege vel Senatuſconſulto, &c. cõmittuntur. *Secundò*, quia non eſt verum quod aſſeritur, mixti imperij cauſas delegari non poſſe: vt in cap. ſequenti oſtendam. *Tertiò*, quia nullum verbũ facit de maioribus Magiſtratibus, nec de priuilegio eorum. *Quartò*, quia nullam etiam mentionem facit cauſarum, quæ ſunt iuriſdictionis infimæ, ſed de his quę iure Magiſtratus competũt, id eſt, de his quæ eo ipſo quod magiſtratus eſt, more maiorum expedire poteſt; quæ nõ ſunt tantum

C minimæ ſeu infimæ Iuriſdictionis. *Poſtremò*, quoniã ex verbis ipſis manifeſtum eſt, Papinianum diſcrimen conſtituere inter ea quæ ſpecialiter cõmittuntur, & quæ iure Magiſtratus competunt. Quæ ſpecialiter cõceduntur non poſſunt delegari, quæ iure Magiſtratus competunt, delegari poſſunt: & hanc eſſe veram ac germanam ſententiam Papiniani.

Exemplum eſt præter cauſas meri imperij, de quibus mentionem facit Papinianus, primò in l. 2. ff. eod. tit. Vlpian. *Mandata iuriſdictione à Præſide non poteſt conſilium exercere is cui mandatur.* Cur ita, quia ſpecialiter hoc cõſuli in Vrbe & Præſidibus Prouinciarum, extra Vrbem Lege Aelia Sentia mãdatum erat, vt ſcilicet conſilium præberet minori 25. annis manumittere volenti, l. 1. ff. de off. Conſul. §. eadem lege, Inſtitut. quibus manumittere non licet, Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium, ti. 1. vbi Vlpian. ait: *In conſi-*

D *lium autem adhibẽtur Romæ quinque Senatores, & quinque Equites Romani, in Prouincia viginti Recuperatores Ciues Romani.*

Alterum exemplum ſuppeditat eadem l. 2. illis verbis; *Si tutores vel curatores velint prædia vendere: cauſa cognita id Prætor vel Præſes permittat: quod mandauerit iuriſdictionem, nequaquam poterit mandata iuriſdictione eam quæſtionem transferre.* Cur ita, quia ſpecialiter hæc cognitio lege tributa fuit Prætori Romæ, ac Pręſidi in prouinciis, l. 1. ff. de rebus eor. ibi: *Tunc Prætor Vrbanus vir clariſſimus adeatur, qui pro ſua religione æſtimet quæ poſſint alienari.*

Tertium exẽplum eſt ex l. cùm hi, ff. de tranſac. vbi Senatuſconſultũ continetur, quo cauetur tranſactionem de alimentis teſtamento relictis non aliter valere, quã ſi Prætore autore facta ſit. Prætor ergo & prouinciæ Præſes, mandare ex hac cauſa iuriſdictionem non poteſt, d. l. cùm hi, §. Sed nec mandare.

Quartum exemplum eſt ex l. 8. ff. de tutor. & curator. datis ab his, Vlpianus: *Nec mandante Præſide a-*

lius

bus tutorem dare poteſt, quia Præſidi nominatim id à lege commiſſum erat, §. 1. Inſtit. de Attiliano tutore.

Excipitur cognitio de remouendis ſuſpectis tutoribus, quæ ſpecialiter data eſt Romæ Prætori, & in Prouincijs Præſidibus earum, & Legato Proconſulis, vt in Inſtit. de ſuſpectis tutoribus. veruntamen mandari poteſt propter vtilitatem pupillorum, l. Cognitio, 4. ff. de off. eius cui mand. eſt Iuriſd.

Ita hanc legem rectè explicarunt Alciatus lib. 2. Paradoxorum, cap. 1. Vaconius à Vacuna, lib. 6. Declarationum Iuris, c. 75. Io. Longouallius ad l. Imperium, ff. de iuriſd. omn. iud. in §. *Venio ad tertium articulum.* Iacobus Cuiacius in operibus poſtumis ad Papinianum; nec dubito quin alij recentiores eruditi viri idem ſcripſerint, licet ego non alios legerim. Iſti alia adferunt exempla, ſed mihi iam ad finem properanti digitum ad fontes intendiſſe ſat eſt.

CAPVT XCVIII.

An mixtum Imperium delegari poſſit?

MIxtum Imperium delegari poſſe, tam perſpicuè iuris proceres reſponderunt, vt mirandum profectò ſit, tot Interpretes repertos, qui contrariam ſententiam ſuaſerint.

Paulus notat, Imperium quod Iuriſdictioni cohæret, mandata Iuriſdictione tranſire, quod verius eſt. Ita rñdit Papinianus, in l. 1. §. vlt. ff. de off. eius cui mand. eſt iuriſd. Imperium autem quod Iuriſdictioni cohæret, mixtum eſt, teſte Vlpiano, l. 3. ff. de iuriſd. omn. iudic.

Idem Paulus in l. vlt. ff. eod. tit. ſic ſcribit: *Mandata Iuriſdictione, priuato etiam Imperium, quod non eſt merum, videtur mandari.* Quid eſt Imperium quod non eſt merum, niſi mixtum?

Sed præter hęc duo iuris teſtimonia, aliud extat magis luculentum, in l. 4. ff. eod. tit. vbi Macer: *Vt poſſeſſio bonorum detur, vel ſi cui damni infecti non caueatur, vt is poſſidere iubeatur, aut ventris nomine in poſſeſſionem mulier, vel is cui legatum eſt, legatorum ſeruandorum cauſa in poſſeſſionem mittatur, mandari poteſt.*

Si mixtum Imperium in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit Vlpiani teſtimonio, in l. 3. ff. de Iuriſdict. omn. iud. Et mandari poteſt cauſa bonorum poſſeſſionis, vt Macer reſpondit, quid vlterius deliberandum eſt, an cauſæ mixti Imperij demandari poſſint?

Nec valet illa reſpõſio, delegari poſſe cognitionem cauſæ, bonorum poſſeſſionis, non ipſam miſſionem & executionem: Nam quis hoc dicit? Quid eſt mandari poſſe, *vt poſſidere iubeatur, vt in poſſeſſionem mittatur*. niſi ipſam cognitionem, & actualem immiſſionem? Atque ita rectè docuerũt Alciatus lib. 2. Parad. cap. 1. Longouallius ad l. Imperium, de iuriſd. omn. iud. Fulgoſius & multi alij: Bartolus & alij magis communiter contra, ſed ijs condonandus eſt error iſte, & gratiæ ſunt propter alia quam plurima habendæ, quæ ſcriptis reliquerunt, præclara, & iuri, & æquitati, & moribus noſtris conſentanea? Duo ſunt præcipua eorum argumenta. Nam leuiora miſſa facio.

Primum eſt in l. 2. ff. de off. eius. Exiſtimatur enim hoc ibi velle Papinianum, cauſas meri & mixti Imperij delegari nõ poſſe, propterea quòd maioribus Magiſtratibus in priuilegium & expreſsè ſint conceſſæ.

Et vt dixi in cap. præcedente, non hoc vult ibi Papinianus: ſed cauſas quæ ſpecialiter Legibus, vel Senatuſconſultis, vel Conſtitutionibus Principum tribuuntur, delegari non poſſe, quæ verò iure Magiſtratus competunt, delegari poſſe. Hæc interpretatio verbis conſentanea eſt ipſius Papiniani, & alijs Iuriſconſultorum Reſponſis, vt latiùs expoſui.

Alterum argumentum eſt, quia omnia quæcunque

A plenam cauſæ cognitionem requirunt, delegari non poſſunt, l. Nec quicquam, §. Vbi decretum, ff. de off. Proconſulis & Leg. l. Omnia quæcunque, de reg. iuris. Sed cauſæ mixti Imperij requirunt plenam cognitionem, Ergo delegari non poſſunt.

Reſpondeo, hic eſt alius error, pace antiquorum de Iuriſprudentiæ ſtudio optimè meritorum. Nam ſententia dictarum legum eſt, vbi decretum neceſſarium eſt, quia ſolebant partes per ſupplices libellos petere, vt illud interponeretur, & Magiſtratus libello ſubſcriberet, dicit lex non id poſſe fieri, quia *vbi decretum neceſſarium eſt per libellum id Proconſul expedire nõ poteſt.* Exemplum eſt in l. 6. C. de prædijs & alijs reb. minor. vbi Imppp. Carus, Carinus, & Numerianus. *Minorum poſſeſſionis venditio per procuratorem delato ad Prætorem, vel Præſidem Prouinciæ, libello fieri non potuit: Cum ea res rectè confici aliter non poſſit, niſi apud acta*
B *cauſis probatis, quæ venditionis neceſſitatem inferant, decretum ſolenniter interponatur.*

CAPVT XCIX.

An merum Imperium Iure Canonico delegari poſſit?

CVm Iure Ciuili apertè conſtitutum ſit, neminem poſſe gladij poteſtatem, quam ipſe habet, alij demandare, l. ſolet, ff. de off. Proconſ. l. Nemo poteſt gladij. de reg. iur. l. 1. ff. de off. eius, nec contrarium palam Iure Canonico ſtatutum ſit, nõ video cur exiſtimare debeamus, Iure Canonico merum Imperium poſſe delegari. Sed argumenta contrariæ ſententiæ diluenda ſunt.

Primum eſt ex cap. In Archiepiſcopatu, de raptoribus, ibi. *Cum autem exceſſus huiuſmodi Rex Siciliæ tibi & aliis Epiſcopis cum in ſerie puniendos.*

C Reſpondeo, Regem ibi delegare, nõ Magiſtratum, & cui dubium quin Rex delegare poſſit gladij poteſtatem? Deberetne ipſe tot negotijs & curis implicitus, cauſas meri Imperij audire ac definire?

Secundum eſt ex cap. Aqua, de Conſecratione Eccleſ. vel Altaris. Reſpondeo, nihil ibi dici de mero Imperio.

Tertium eſt in c. vlt. Ne Clerici, vel Monachi, lib. 6. vbi clarè dicitur, Epiſcopos delegare poſſe cauſas ſanguinis, quæ proculdubio ad merum Imperium Pertinent.

Reſpondeo, rationem hanc eſſe, quia Epiſcopis eas agitare non licet, vt ibi dicitur. Et inter omnes conſtat, Magiſtratum quoque ſæcularem eiuſmodi cauſas delegare poſſe, cùm ipſe impedimento aliquo abſentiæ, puta, vel infirmitatis eas expedire non poteſt, l. 1. ff. de off. eius.

D Quartum eſt ex Clem. 1. §. 1. de hæreticis. Reſpondeo, de crimine hæreſis ita ibi conſtitutum eſſe, ac non facilè trahendum ad alias cauſas, nec dicitur etiam abſolutè ac generaliter tales cauſas delegari poſſe, ſed loquitur textus de delegato Epiſcopi Sede vacante.

Quintum eſt ex c. licet, de officio Vicarij, lib. 6. & c. Si Epiſcopus, de off. ordin. eod. lib. vbi patet Epiſcopum delegare poſſe cauſas criminales.

Sed hoc ius locum obtinet in Vicarijs Epiſcoporum, qui & Ordinarij vocantur. Neque enim Epiſcopi poſſent eiuſmodi cauſas expedire. Datur illis Iure Canonico facultas Vicarium conſtituendi, & Locum tenentem; non tamen licet ex hoc inferre, Iure Canonico permiſſum eſſe generaliter meri Imperij cauſas delegare.

Sextum argumentum eſt ex cap. vlt. de off. Iudicis ordin. illis verbis: *His quibus ex officio in certis caſibus competit illos abſoluere, qui pro violenta manuũ iniectione inciderunt in Canonem ſententia promulgata, licet aliis huiuſmodi abſolutionem committere, cum viderit expedire.*

dire. Et hoc argumentum eo fortiùs eſt, quoniam hæc poteſtas ſpecialiter quandoque Epiſcopis tributa eſt, cap. Mulieres, c. De Monialibus, c. Perueniat, c. Quod de his, c. vlt, de ſent. excommunic.

Reſponderi poteſt, id ex cauſſa iuſta permiſſum eſſe, propter fauorem animæ: quod verba illa indicant, *Cum viderint expedire*. Noſtra diſputatio & queſtio eſt, an liceat abſque cauſſa vlla, cauſſas meri Imperij delegare ſecundùm Ius Canonicum: quod certè meritò negari poteſt,

CAPVT C.

Quæ ſit pœna abacti partus.

CVm quæritur, quæ pęna ſit abacti partus, in promptu eſt diſtinctio veterum; Aut partus animatus, aut inanimatus eſt. Priore caſu pęna eſt capitalis, Poſteriore non item. Accurſ. Bartolus, & alij, ad l. Diuus, ff. de extraord. cog. Gomeſ. Variar. reſolu. lib. 3. cap. 3. nu. 32. Placa in Epitome delictorum, lib. 1. c. 20, nu. 5. Oſaſcus deciſ. 60. Clarus q. 68. poſt principium. Cuiacius nouiſſimè, lib. 19. cap. 9. Obſeruat.

Contrariam ſententiam nimirum indiſtinctè pœnam extraordinariam arbitrio Iudicis imponendam, docuit Menochius de arbitr. Caſu 357. & nouiſſimè Anton. Theſſaurus, deciſ. Pedemont. 12.

Diſtinctionis fundamentum eſt in c. Moyſes, 32. q. 2. & in c. Sicut ex litterarum, de homicid.

Mitioris autem ſententiæ firmamentum eſt in l. Cicero, ff. de pœnis, & in l. Diuus, ff. de extraord. crim. & in l. Si mulierem, ff. ad l. Corn. de Sicar. quibus legibus pœnam exilij conſtitutam eſſe conſtat, niſi mulier corrupta pecunia ab hæredibus ſecūdis, partum ſibi medicamentis abegerit, tunc enim pœna capitalis eſt, vt habetur in d. l. Cicero.

Et ratio eſt, quia *partus nondum editus, homo non rectè fuiſſe dicitur*, l. 9. ff. ad l. Falcid.

Et ſanè, hæc poſterior ſententia iuri Cæſareo valde conſentanea videtur. Prior iure Canonico defendi poteſt, quo iure is, qui partum abijcit, homicida dicitur, c. Conſuluiſti, 2. q. 5. & tradit Tertullianus in Apologetico: *Homicidij feſtinatio eſt*, inquit, *prohibere naſci, nec refert, natam quis eripiat animam, an naſcentium diſturbet. Homo eſt, & qui eſt futurus, & fructus hominis iam in ſemine eſt.*

Notandum autem eſt, ſanctum Auguſtinum in d. c, Moyſes, 32. quæſt. 2. qui illam diſtinctionem inuexit, ex c. 21. Exodi, ſecutum fuiſſe ſeptuaginta Interpretū tranſlationem, quæ ſatis fauet ſupradictæ diſtinctioni, quod & Cuiacius annotauit loco proximè citato. Quare laborant gratis D. Menochius & Theſſaurus, vt oſtendant, in Exodo eam diſtinctionem non haberi. Verum eſt ſecundùm alias tranſlationes, non ſecundùm ſeptuaginta interpretum verſionem;

CAPVT CI.

Quæ ſit pœna ſtupri violenti.

NOn aſſentior Claro, §. Stuprum, verſ. Sed quarto, aſſerenti pœnam mortis eſſe conſtitutam in ſtuprum violēter cōmiſſum. Nec Boſſio idem dicēti tit. de coitu damnato, num. 19. nec alijs, ſi qui ſunt. Nam ſecundùm ius noſtrum commune (ſcio enim Caroli V. Conſtitutione ſancitam eſſe pœnam capitis) non eſt pœna capitalis. Pœna ſtupri violenti eſt legis Iuliæ de vi publica, l. 3. ff. ad legem Iuliam, de vi publ. Pœna legis Iuliæ de vi publica eſt aquæ & ignis interdictio; l. Qui dolo, §. vltimo, ff. eodem, In cuius locum A deportatio ſucceſſit. l. 3. ff. ad l. Iul. pecul. Noſtris moribus pœna arbitraria eſt, vt tradit Menoch. de arbitr. Caſu 394.

Fundamentum ſententiæ, quam cenſeo repudiandam, eſt in §. Item lex Iulia, in Inſtit. de publ. iud. ibi: *Sed eadem lege etiam ſtupri flagitium punitur, cùm quis ſine vi vel virginem, vel viduam.*

Non licet argumentari, ergo ſi cum vi, pœna mortis eſt, niſi raptus interuenerit, vt eodem tit. §. Si autem per vim, & in l. Vnica, C. de raptu virgin.

Non etiam iuuat dictam ſententiam l. 1. ff. de extraord. crim. quia accipiēda eſt de ſtupro commiſſo cum raptu. Eſt enim raptus, ſiue quis inuitam mulierem abduxerit, ſiue eam artibus malis ſolicitauerit & corruperit, vt docet Imperator in l. Vnica, C. de raptu virg. ibi; *Siue volentibus, ſiue nolentibus, &c.* Et rurſus ibi: *Niſi etenim eam ſolicitauerit, &c.* De his malis arB tibus loquitur d. l. 2. ff. de extraord. crim. ibi, *aut mulierem puellamve interpellauerit, &c.*

CAPVT CII.

Sitne vis publica cùm quis alium armatus aggreditur.

EXiſtimo lege Iuliæ de vi publica eum teneri, qui armatus in loco publico aliquē aggreditur. Authoribus vtor Thoma Grammat. conſ. 43. & 55. Claro queſt. 85. verſ. *Vim publicam.* & argumento l. 3. ff. ad l. Iul. de vi publ. *Eadem lege tenetur* (ait textus) *qui pubes cum telo in publico fuerit*:

Ratio eſt, quia omni armorum metu offenditur ac perturbatur publica ſecuritas.

Aliam videtur ſententiam habuiſſe Bartolus in l. Si C criminis. C. eod. tit. dum ſcribit: *Iniuriam factam perſona, ita demum cadere in crimen publicum legis Iuliæ de vi, ſi fiat coadunatis hominibus.*

Eandem ſententiam defendit latè Anton. Theſſaurus deciſ. 35. Motus ex l. 3. in fine. & l. Qui cœtu, ff. ad l. Iul. de vi publ. & l. qui dolo, ff. eod.

Præterea, argumentatur ab etymologia. Vocatur enim publicum, quaſi populicum, ergo, vt is dicatur publica, coadunatis hominibus eſt opus.

Præſertim verò cùm hodie, inquit, non ita telorum portatio prohibita ſit, imò ad ſolos ſeruos Imperator Leo & Anthemius eam prohibitionem reſtrinxerint, l. vlt. C. ad legem Iul. de vi publ.

Sed iſta nihil mouent. Nam quod attinet ad l. Si criminis, illa loquitur de eo, qui conuocatis hominib. vim facit, quo quis verberetur, & pulſetur, vt patet ex illis verbis: *Sed quoniam à Faſciculo etiam te verberi-* D *bus affectum aſſeueras, ſi hominibus coactis hoc fecerit, ſi legis Iuliæ de vi priuata reum deferendum putaueris, apud Præſidem age, &c.*

Is autem, qui talia facit, incidit tam in legem Iuliam de vi publica, quàm de vi priuata. Nam in l. Qui dolo, ff. ad l. Iul. De vi pub. ſic ait Vlpianus: *Hac lege tenetur & qui conuocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur & pulſetur.*

Incidit & in legem Iuliam de vi priuata, ſicut patet ex l. 2. ff. ad l. Iul. de vi priuata, vbi eadem verba repetuntur à Scæuola, dicente, *ea lege* (Iulia de vi priuata) *tenetur. qui conuocatis hominibus, &c.*

Malè igitur Bartolus ex eo textu colligit, ad vim publicam coadunationem hominum requiri, quia etſi coadunati ſunt homines, vt quis pulſetur & verberetur, tamen locus eſt legi Iuliæ tam de vi publica, quàm priuata.

De vi publica, quia publica pax turbatur ob vim ita coadunatis hominib. illatam. De priuata, quia à perſona priuata & non publica vis facta eſt.

Non

Non obſtant aliæ leges quæ coadunationem exigunt, quia non negant vim publicam committi ſine hominũ coactione, & coadunatione.

Argum. ab etymologia nil eſt, quia ſpectatur hic turbatio publicæ pacis, quæ ſequitur ex armorum motu, etiam non coadunatis hominibus.

Non eſt reſtricta armorũ prohibitio ad ſolos ſeruos, nec hoc vult l. vlt. immò priuatis hominibus prohibitũ eſſe armorum vſum, conſtat ex l. Vn. C. Vt armor. vſus, lib. 11. lateq; reſpondit Rolan. conſ. 3. lib. 2.

Illud notatu dignum eſt, ſi vtriuſq; legis crimina obiecta ſunt, mitiorem legem, hoc eſt, priuatorũ eſſe ſequendam, l. ſi præſes, 32. ff. de pœn.

Amplius, hæc ita eſſe iuri conſona arbitror cum exceptione, niſi abſurdum illud ſequeretur, cuius meminit Grammat. conſ. 43 Puta ſi maiori pœna is afficeretur ex lege Iulia, de vi publica, qui armatus hominẽ aggreſſus eſſet, quàm qui vulneraſſet, ex lege municipali vel conſuetudine loci. Nam ex hoc tacitè colligi poſſet, aggreſſionem cum armis, ad leg. Iuliam de vi publica, nequaquam pertinere voluiſſe eos qui ciuitati præſunt, & in qua talis conſuetudo vel ſtatutum vigeret.

CAPVT CIII.

De methodo ſeruanda in iure Ciuili perdiſcendo; de Interpretum & Doctorum delectu, & de alijs quæ in eo ſtudio vtilia ſunt & neceſſaria.

COtonidis loco cõtrouerſiam hic tractabo, nec ab inſtituto meo alienam, &, vt ſpero, vtilem, & gratam omnibus futuram, qui Iuriſprudentiæ ſtudio nauant operam, de ſtudendi methodo; de Interpretibus legẽdis, deq; ijs omnibus, quæ ad hæc ſtudia promouenda, & adiuuanda pertinent, maximeq; conducunt.

Vt autem in hac diſputatione de methodo, conuenientem & ipſe methodum adhibeam, tractabo tria capita. Primum continebit, quid ipſe de tota hac diſputatione ſentiam. Secundum occurret omnibus argumentis, & obiectionibus, quæ contra ſententiam meã adferri poſſunt. Tertium complectetur peculiaria quædam præcepta, quibus, & quæ vitia præcauenda ſint, facilè cognoſci poterit, & quæ maximè obſeruanda & ſequẽda ſint.

Exiſtimo ego, quod attinet ad primum caput. Si quis veram ac ſolidam iuris cognitionem aſſequi velit, poſt benè percepta iuris elementa, quæ præclara illa Iuſtiniani Oeconomia in Inſtitutionibus traduntur, eum & iuris textum diligenter, & vtriuſq; factionis & claſſis Interpretes, & Doctores legere, tractare oportere, nocturnaq; verſare manu, verſate diurna. In altera factione & claſſe conſtituo Accurſium, Bartolum, Baldum, Salycetum, Paulum Caſtrenſem, Angelum, Fulgoſium, Alexandrum, Iaſonem, Decium, Ruinum, Ripam, Frãciſcũ Aretinum, Socinos, Cornæum, & ſi qui ſunt alij. Non tamen omnes (quia id vix fieri poteſt) legi volo, ſed præcipuos ſaltem. Nec enim ignoro eruditiſſimi Alciati iudicium hac de re lib. 2. Parergon, cap. 42.

In iure primas comparatus cæteris
Partes habebit Bartolus.
Deciſiones ob frequentes Actio
Baldum forenſis ſuſtinet.
Non negligenda maximè eſt tyronibus
Caſtrenſis explanatio.
Opinionum tutius ſymplegadas.
Superabis Alexandro duce.
Ordinis Iaſon, atq; lucis nomine
Videndus eſt properantibus.
His ſi quis alios addiderit interpretes.
Onerat, quam honorat verius.

A In altera claſſe pono Budæum, Alciatum, Duarenum, Cuiacium, Coraſium, Connanum, & ſi qui ſunt eiuſdem farinæ alij.

Hanc meam ſententiam teſtimonio Illuſtriſſ. & Reuerendiſſ. Card. Bologneti, qui in vtroq; Interpretum genere proculdubio verſatus fuit, & ſumma cũ laude Iuriſprudentiã docuit, & illuſtrauit, in primis cõfirmo. Sic n. ille in diſputationibus de lege, iure, & æquitate, cap. 1. *Quapropter ego ſemper hac in re quoddam quaſi temperamentum adhibendum eſſe duxi, vt qui ad veram & ſolidã eruditionis gloriam contendat, neq; (quod aiunt) in vllius verba ſibi iurandum exiſtimet, vlliusve autoritati tãtùm tribuat, quin ab eius erratis liberè recedat; neq; contra vſque adeò quemquam contemnat, ex his præſertim qui aliquo in honore habentur, vt eo fructu ſeipſum fraudet, qui ſæpe etiam ex librorum non optimorum lectione referri ſolet.* B *Cùm n. nõ omnia omnibus data ſint, ſed alia in re aliũ præſtare liquidò videamus, perfectius id eſſe neceſſe eſt, quod quis non duorum tantùm aut trium, ſed multorum imitatione conſecutus fuerit. Multi multorum libri ſententia mea ſunt euoluendi, ſed in his, vt non dãnanda omnia, ſic non omnia imitanda. Damnantur eo nomine Accurſiani, q perſæpe ob bonarũ literarum ignorationem ijs in rebus hæſitent, ac diutiſſimè perſiſtant, quæ nõ modò infructuoſæ ſunt, ſed planè pueriles atq; irridendæ. Eſto, ſint hac in re, (vt verè ſunt) maximè reprehendendi. At eruntne propterea cætera omnia, quæ ab ipſis traduntur, aſpernanda, atq; omittenda quæſtiones omnes copioſiſſimè ab his diſputatæ, quarum pleræq; eiuſmodi ſunt, vt ſingularum explicatio integros ipſos titulos facilè illuſtrare poſſit?*

Et paulò antè: *Non is certè ego ſum, qui contendere velim, Bartolum et eiuſdem farinæ alios, quib. paſſim iudices* C *tantum tribuunt, vt vix ab eorum ſententijs audeant recedere; perfectos homines fuiſſe, aut eũ, quam penè ſuo iure ſibi vindicare videntur veræ eruditionis laudẽ promeruiſſe. Neq; enim inficiari poſſum, inſcitè illos multa tractaſſe; ac permultis in locis (quanquam non tam ingenij culpa, q̃ ob ſæculi illius imperitiam) errore lapſos eſſe. Veruntamen illud ſemper affirmauero, iniquiorem iudicem eſſe, qui eos nulla in re prorſus laudandos exiſtimat. Videntur n. mihi cum alijs de cauſſis, tum eo nomine præſertim meritò condemnari debere, q in legibus explicandis non ſimplici ac nuda verborũ interpretatione contenti, reſponſo illi quodcunque ſibi proponunt explicandum) totam plerumq; materiam accõmodant, variaq; diſperſa in hac Iuſtiniani quaſi farragine colligunt in vnum, atq; ordine ſemper aliquo, quicunque tandem is ſit, in certa capita diſtribuunt. Huc* D *accedit, quod ſi qua offendunt, obſcuriora, ea propoſitis ab vtraq; parte argumentis fuſius proſequuntur, & quantum in ipſis eſt, moribus noſtris accommodant. Quæ res iudicio meo ad fori diſceptationes momenti plurimum habet, ad quas proculdubio multò is inſtructior accedet, qui aſſiduis diſputationibus aſſuetus, ex ijs aurea didicerit, quo pacto tenebris obducta eruatur veritas, & ab aduerſariorum calumnijs defendatur.*

Et paulò pòſt: *Ab hac verò laude longè abeſſe video, oẽs ferè alterius (vt ita dixerim) factionis interpretes: nã vel ſi politius leges explanent, ac plerumq; etiã (vt negari non põt) multò & ſolidius & eruditius, quippe qui in bonarũ artium ſtudiis magis verſati, ad hanc legum diſciplinam ſolent inſtructiores accedere; tamẽ adeo ieiunè id faciũt, vt qui oẽs illorum omnium, ad certam aliquam legem percurrerint interpretationes, præter ſolum illius legis ſenſum nihil aliud videntur aſſecuti. Cùm n. alienis forſan libris, plus quàm deberent, operæ ponant, non eum quem neceſſe*

eſſet

eſſet in legum interpretatione laborem ſuſcipiunt. Itaque materias anguſte atq; exiliter tractant, Quæſtiones verò omnes planè contemnunt, non eas modò quæ verè inanes ac futiles ſunt (nam eiuſmodi multas eſſe fateor) ſed inſigniores etiam illas, quæ rebus obſcuriſſimis ſplendorem maximum afferre poſſunt, publicisq; ferè in omnibus gymnaſiis, ac quotidianis diſputantium cœtibus non immeritò celebrantur. A

Sed præter Illuſtriſſimi & Reuerendiſſimi huius Cardinalis & Alciati teſtimonia alia ſanè non deſunt idonea, omniq́ue exceptione maiora. Etenim eandem in hoc iuris ſtudio rationem iniuiſſe conſtat complures alios, qui doctiſſimis ſcriptis editis, maximam ſibi laudem quæſierunt. Inter alios Didacum Couarruuiam, Martinum Nauarrum, Andream Tiraquellum, Iacobum Menochium adnumerare placet. Hi & veterum, quos Accurſianos vocant, & recentiorum reconditæ literaturæ commentaria & ſcripta viſitarunt, B tam ſedulò, tamq́ue ſeriò, vt eorum ſuccum non deglutiſſe modò, verùm etiam in carnem & ſanguinem conuertiſſe videantur.

Sed quid teſtibus vtor ſingularibus, cum in promptu ſint totius ferè Europæ præiudicia ac teſtimonia. Academiarum dico totius Italiæ, Hiſpaniæ, Germaniæ? in quibus Accurſianos Doctores primum ſibi locum vindicaſſe omnibus conſtat? Quid Academiarum? immò & omnium Supremorum iudiciorum Tribunalia idem ſentiunt, atque ipſius Imperialis iudicij, & Pontificis Maximi auditorium? Cuius rei fidem faciũt Rotæ Romanæ deciſiones, & Imperialis Cameræ obſeruationes, Andreæ Geyll. & Mynſinger. ſi vt Philoſophi & Rhetores docent, id probabile exiſtimandum eſt, quod videtur pleriſque viris ſapientibus ac prudentibus: noſtra hæc ſententia, quam tot ſapientiſſimi viri ac Principes ſequuntur, probabilis proculdubio exiſtimari debet. C

Si conſuetudinis vſusq; longæui non vilis eſt autoritas, ſi inueterata conſuetudo pro lege cuſtoditur, ſi minimè ſunt mutanda, quæ interpretationem certam ſemper habuerunt, vt non ſemel Iuriſconſulti noſtri reſponderunt, non video cur alia ſit nunc ingrediendum via, vt ad Iuriſprudentiæ cognitionem perueniamus, quàm ea, in qua tot præſtantiſſimorum virorum, tamdiu impreſſa veſtigia conſpiciuntur.

Sed age non ſemper autoritatibus certemus, rationẽ quoque in conſilium aducemus. Quis leges prima fronte contrarias conciliare; Priores ex poſterioribus interpretari. Rationes cuiuſq; intelligere. Eas ad vſum, ad mores noſtros accommodare, quæſtiones difficiles explicare, doctrinam vberrimam ac ſolidiſſimã conſequi ſine iſtis interpretibus, tam breui, tam facilè poterit?

Hinc deciſiones ex iis conflatæ. Hinc conſilia edita. Hinc communes opiniones. Hinc tractatus multi emanarunt, quibus nunc Iuriſprudentia maximè floret, ratioq; facillima reperta eſt iuſtum ab iniuſto ſegregandi, & ius ſuum vnicuique tribuendi. D

Quamobrem ſi iis acceſſerint alterius claſſis interpretes docti, eruditiq;, & verborum iuris, & hiſtoriarum, & antiquitatis periti, nihil certè amplius deſiderari poterit. Non ſunt iſti tanti æſtimandi, propter verborum elegantiam & eruditionem, vt cæteros vetuſtiores abijciamus. Nec rurſus tanti ſunt antiquiores faciendi, vt iſtos negligamus, in vtroq; extremo (in quo ſanè multos peccare video) vitium eſt, periculum eſt. Medio tutiſſimus ibis.

Sed iam ſecundum caput aggredior, argumenta ſoluturus, quæ aduerſus hanc ſententiam adferri poſſunt.

Primũ ſumi poteſt ex tribus maximis vitiis, quæ Franciſcus Duarenus obiecit; Accurſianis Doctoribus. Primum eſt, Latini ſermonis ignorantia & barbaries: Alterum, quòd nullam artem, nullamq; methodum docẽdi obſeruent. Tertium, q̃ diſputationibus ſuis Sophiſticen perpetuò admiſceant.

Quod attinet ad primum, negari certè nõ poteſt, eos barbarè plerunq; & minus congruè locutos eſſe, verum tamen illud vitium erat ſeculi illius, & non tam ſpectandum eſt, quàm benè quis loquatur, quàm verum benè ſentiat. Magis enim amare decet indiſertam prudentiã, quàm imperitam loquacitatem.

Carpit Pomponius noſter Celium Antipatrum, quòd plus eloquentiæ, quam iuris ſcientiæ operam dediſſet: Quo nomine reprehenſus etiã fuit à Scæuola Sulpitius cùm ei dixit: *Turpe eſſe viro nobili ac patritio, ius in quo verſaretur ignorare.*

Hincq; etiam proditum eſt, Trebatium in iure Caſellio fuiſſe peritiorem, Caſellium contra Trebatio eloquẽtiorem: Cæterum Caſellij ſcripta non reperiri. Trebatij autem plura, quòd ſcilicet digniora ſint reſponſa illa, quæ profundam redolent iuris peritiam, quàm quæ fucatum quendam verborum ornatum continent.

Quod verò dicitur, eos nulla arte, nulla methodo in docendo vti, vereor ne non ita ſit. Sunt quidem aliqua quandoque ab eis loco minus congruo tractata & explicata: ſed quis eſt ex omni parte perfectus?

Tertium quod obiicitur planè inſulſum eſt, & in veteres illos interpretes minimè conuenit, ſed fortaſſis in aliquos recentiores ambitioſos nimis, qui ſummam ingenij laudem eſſe iudicant, omnium ſententias petulanter euertere, quod certè Bart. & reliqui eiuſdem farinæ Doctores non fecerunt.

Secundum argumentum ſumi poteſt ex his, quæ tradit Bartholomæus Faius, in præfatione ad Connanum, cùm dixit, confuſaneum, ineruditum; ac redundans cùm ſcribendi, tum profitendi iuris genus, ſcilicet antiquorum, à recentioribus Iureconſultis repudiari, neque iniuria, cum in eo aſſequendo laborantes, haud multum ab his differre videantur, qui metalla veſtigant, quibus immenſos montes perforare, ingentem terræ vim eruere magnis impenſis ac laboribus neceſſe eſt, priuſquàm vel ad plumbum veniant, qui argentum quærunt, ac plerumque ſpe deluſi, impenſas atque operam ſe perdidiſſe, per quàm grauiter ferunt, indignanturque.

Reſpondeo, hæc gratis obiici, eandemq; facilitatem qua affirmantur, negari meritò poſſe. Non ſic alij viri docti & eruditi cenſuerunt. Non ita iudicat orbis. Non ita eſt verè, ſed ſi quis in iſtorum ſcriptis, qui ſunt alterius claſſis, ætatem ſuam conſumpſerit, ille nec aurum inueniet, nec argentum, quia cùm quæſtiones omittant, ad vſum accommodatas, rarò in litibus agendis ac diiudicandis eis vti poterit, & vt quidam lepide dixit. Non lucrabitur vnum obolum: quanquam ſanctiſſima eſt iuris ſcientia, quæ precio nummario æſtimari non debet.

Tertium arg. eſt nonnullorum, qui ad pauca reſpiciẽtes aiunt, Doctores iſtos veteres non text. explicare, ſed gloſſas, ac proinde abiiciendos eſſe.

Reſpondeo, rem non ita ſe habere. Accurſius, & veteres gloſſographi, textum diligenter explicarunt, leges contrarias oppoſuerunt, eaſque conciliare conati ſunt. Rationes attulerunt. Quæſtiones propoſuerunt. Multa annotarunt & tractarunt, ſicut ex gloſſis ipſis conſtat, præſertim Accurſij, quem Iacobus Cuiacius omnibus tam Græcis, quàm Latinis Interpretibus anteponit, lib. 3. cap. 11.

Bartolus autem, Caſtrenſis, Alexander, Iaſon, Salyce. & reliqui, qui commentaria ſcripſerunt, expeditis iis, quæ pertinent ad textus explicationem, ſtatim aggrediuntur Gloſſas: & diſputant accuratè de his quæ Gloſſæ adduxerunt, & tractarunt, modò approbantes, modò reprobantes ſententiam earum, modo aliqua addentes, & de nouo quærentes, & diſputantes, quæ ad legis materiam ſpectant.

Quod

Quod cùm ita ſit, non video cur repudiandi ſint. Tractant enim ea quæ ad textum pertinent, examinantque Gloſſarum ſententias & placita. Non mihi credas, ſed ipſe legas, & videas, eaſque vt dicitur in rem præſentem.

Vis vt addam doctiſſimi Ciſneri teſtimoniũ in præfatione ad Duarenum. Audi, Appingam verba eius: *Primus igitur Accurſius admirabili diligentia, incredibili labore, excellenti ingenio, quæ ſuperiores ad diuerſa loca, quibus interpretatione opus eſſe putabant, Gloſſemata paſſim, & ſeorſim compoſuerunt, collegit, iiſq; ſua addidit, & cùm ad vniuerſum ius congeſſit, tum ad ſingulas fere leges applicuit. Nec ipſas modò leges, & quæ inter ſe, vel ſimilia, vel pugnantia ſibi eſſe viderentur annotauit; ſed & diſſentientes priorum interpretum opiniones ſuis locis retulit, & collatione earundem facta, ſuã quoq; ſubiecit; Ac cùm ne ſic quidem ſatisfieret iuris ſtudioſis, qui eũ inſecuti ſunt, veluti ducem & autorem inuenientes, non tã ipſas leges ſibi explicandas, quàm ſcholia ſeparatim ab illis edita, tum ab Accurſio in vnum quaſi corpus cõ racta perpendenda propoſuerunt. Itaq; luculẽtiores expoſitiones & enarrationes ediderunt, in quibus mediam viam inter eos, qui ætate maiores, quiq; minores erant ſunt ſecuti, cũ & Gloſſarum modum excederent, & ſibi à Commentariorum magnitudine temperarent*, &c.

Sed iam præcepta ſunt notanda, quæ mihi hoc ſaxum viginti iam annis voluenti in mentem veniunt, longoque vſu & experientia didici.

Primum omnium vitanda eſt barbaries antiquorũ. Neque enim in tanto iſti honore haberi debent, ſicut olim ſuos Reges habuiſſe Aetiopes ſeruntur (quod & Illuſtriſſimus Cardinalis Bolognetus monuit) apud quos vſu id ſeruatum ſuit, vt ſi fortè Rex vel crure, vel oculo, vel quo alio membro caperetur, tunc ſtatim domeſtici omnes eandem ſibi partem certatim frangerent, atque præciderent, turpè ſcilicet exiſtimantes, quo vitio Regem deformatum ac mancum viderent, eo ſe carere. Nam cùm felix hoc noſtrum ſęculum, excuſſa veterum barbariæ, linguarum peritia mirificè excultum ſit, danda eſt opera, vt noſtra hæc iuriſprudentia priſtino (quod fieri poteſt) nitori reſtituatur.

Secundò, fugiendum eſt nimium philologiæ ſtudium, & aliarum ſcientiarum, quo plerique recentiores maximè flagrarunt, quibus iuris ſtudium veluti quoddam parergõ eſt. Licet enim variæ lectionis ſtudium damnandum non ſit, quoniam ſicut campi vario florum herbarumque genere veſtiti, pulchrius arrident, ita & ingenia varijs exculta diſciplinis, pulchriores fructus, & ſuauiores edere ſolent, modus tamen in ea re ſeruandus eſt, quod opportunè ſignificauit mirificus ille artifex, qui in opere ſuo moneri ſe à ſutore de crepida paſſus eſt, cæterùm eundem etiam de crure diſputare volentem, ſuprà crepidam aſcendere prohibuit.

Indicauit etiam hoc Plato, dum conductores cuiuſdam arcis, qui ſecum de forma & modo ipſius conſtruendæ ſermonem habere volebant, ad Euclidem geometram ire iuſſit. Propius autem ad rem noſtram Scæuola: nam quoties de iure prædatorio conſulebatur, ad Furium & Caſellium, qui huic ſcientiæ dediti erant, conſultores reijcere ſolitus erat, ab iis negocium aptius explicari poſſe fatendo, qui quotidiano eius vſu callebant.

Tertiò, labore opus eſt non paruo. Namque pulchra difficilia ſunt. Imò vt ait Satyricus: *Nil ſine magno vita labore mortalibus dedit* Et Poetæ. Ne Herculi quidem Ioue nato, niſi maximis exantlatis laboribus cęlum dederunt. Magni nominis inter Iuriſconſultos Bartolus periculum ſubijt honoris & vitæ amittẽdæ, dum negligenter cauſæ cuiuſdam rei dans operam, eum capite plecti iubet. Nemo ignorat qualis & quã- A tus inter medicos fuerit Galenus, ille verò de ſeipſo ſic ſcribit: *Felicitatem meã, quam beneficio paterno habueram, quamuis ego maiorem adhuc redderem, quod citius meliusq; reliquis omnibus quæcunque docebar ediſcerem, niſi tamen per vniuerſam adeò vitam in medicina philoſophiaq; theorematibus me diligenter exercuiſſem, nihil præclarum conſecuturus eram*. Tanta verò animi paulatim acquirenda cognitione ſeſe paſcentes delectatione perfrnũtnr vt iucundi labores omnes, ſuauiſſimæque ſint vigiliæ. Malè cum ijs ſtudioſis agitur, qui rebus aliis animi intentione occupata, ad ſcholas tamen accedunt. Auſim dicere, eos oleum & operam amittere, grauiſſimi authoris Senecæ teſtimonio: *Magna*, inquit, *pars vitæ elabitur malè agentibus. Maxima nihil agentib. Tota aliud agentibus*. Qui enim auribus ſolis præſentes, mentem aliò intendunt, ij aliud agere Latinis dicuntur.

B Quartò, aſſiduitate opus eſt. Ars enim longa, vita breuis, vt ſapientiſſimus dicebat Hippocrates. Quanquam, vt dicebat Cicero, ſatis temporis ad comparãdas artes natura nobis ſuppeditauit, ſed breue nos ipſi facimus, in delitiis, iocis, voluptatibus, ſodalitatib., bonam eius partem abſumentes. Solebant veteres fortunã ita effingere, vt mulier eſſet, quæ pilæ inſiſteret. Mercurium autem ſtudioſorum numen cùm deſignabant, baſem quadratam ſeu vndique qnatuor angulis nitentem teſſeram efficiebant; hoc modo ſtudiorum firmitatem ſignificantes. Et extat Heſiodi carmen, quo iubet in ſummo vaſis, itemque in imo, quantumlibet potare, dum in medio ſimus parci, quo interpretes indicari allegoricè putarunt, temporis in pueritia & ſenectute rationem reddendam non eſſe quo ad ſtudia, ſed mediæ ętatis, quæ ſtudiis aptiſſima eſt, nos debere eſſe parciſſimos.

Quintò, neceſſaria eſt exercitatio. Omne artificium C inquit Marcellus, exercitatione recipit incrementũ, & Arcadius dixit, Herenniũ Modeſtinum notando, & diſputãdo multa optima ratione decreuiſſe. Heſiodus autor grauiſſimus & antiquiſſimus, duas ſcribit eſſe Eridas; hoc eſt, contentiones. Alteram hominib. noxiam, alteram verò vtilem. In priore contentione, inquit, is qui victor eſt diſcedit ex certamine peior, in altera verò is qui victor eſt, diſcedit glorioſior, victus verò melior: Illa, vt dicebat Alciatus, ad ſtudioſorum rixas & tumultus pertinet, hæc ad literarias contentiones, diſputationeſque.

Sextò, neceſſaria eſt perſeuerantia. Nec enim ſi quid difficillimum inueniatur ſtatim abiiciendus eſt liber, ſed perſeuerandum.

Gutta cauat lapidem non vi, ſed ſæpe cadendo.

Scribit Galenus lib. 3. Methodi, cap. 2. cum ſibi perſuaſiſſet Hippocratem nihil abſque magna ratione dicere, & tamẽ Aphoriſmum illum (*Dolores oculorum vel* D *potio, vel balneum, vel fomentum, vel phlebotomia, vel purgatio tollit*) nõ intelligeret, indefeſſa ac planè obſtinata cogitatione ſe tandem veritatem ac mentẽ Hippocratis aſſecutum eſſe.

Summus labor, pertinaxque ſtudium ac induſtria Demoſthenis nota eſt. Is cum ſibi actionem deeſſe videret, domunculam ædificaſſe dicitur ſubterraneam, in qua lucubraret. Huc ſe quotidie contuliſſe ad formandam actionem, & effingendam vocem, ſæpeque menſes ipſos ibi manſiſſe, & capitis alteram partem raſiſſe, ne licet maximè vellet, prodire poſſet verecundiæ cauſa. Illudque etiam memoriæ proditum eſt, eũdem Thucididis libros octies deſcripſiſſe, vt eius phraſim memoriæ mãdaret. Scribit Fabius Quintilianus, Heraclidem Sophiſtam Licium, hebeti ingenio, & ad politiorem cultum ineptiſſimum, fuiſſe, partinaci tamẽ ſtudio id demum aſſecutum fuiſſe, vt à magnis autoribus elegantiſſimus appellaretur, atque eloquentiſſimus. Is poſtea re ipſa edoctus, nihil eſſe quod perti-

nax

nax ſtudium non vincat encomium laboris ſcripſit.

Septimò, illud meminiſſe oportet quod Alciatus monet lib. 6. Parergon, cap. 8. ſtudiis plus conferre oculos, quàm aures. Proponit Homericum griphum, cuius carmina ex 19. Odiſſeæ Vigilius lib. 6. Aeneid. ſic Latinè reddidit.

Sunt geminæ ſomni portæ quarum altera fertur.
Cornea, qua veris facilis datur exitus vmbris.
Altera candenti perfecta nitens Elephanto;
Hac falſa ad terras mittunt inſomnia manes.

Ait Alciatus ebore dentes repræſentari, cornu verò oculos. Quæ proprijs luminibus à nobis conſpiciuntur, ea & certiſſima eſſe, & memoria faciliùs teneri: Quæ verò auditu duntaxat de ore aliorum percipimus, incerta eſſe, & quaſi per nebulam nobis inſpecta celeriùs euaneſcere. Studiis igitur & diſciplinis plus corneam pupillam conferre, quàm eburneos dentes.

Poſtremò & illud obſeruandum eſt, quod idem Alciatus alibi monet, in hac arte addiſcēda, præceptore ac duce, vt & in aliis omnibus, opus eſſe. Damnat S. Hieronymus arrogantiæ eos, qui ſine magiſtro ſe didiciſſe gloriantur. Nam ſi ſatis eſſet ex ſolo commentario ſapere, haud quaquam opus fuiſſet tot Philoſophis, vt per exteras nationes peregrinentur, eos audituri, quorum libros iam in cubiculo legiſſent. Viua vox magis afficit, plenius quaſi paſcit & alit, altiuſque deſcendunt in animum, in eoque tenacius hærent, quæ pronunciatio, vultus, habitus, geſtus docentis affixerit. Non ſe liber explicat, vt præceptores facere cōſueuerunt, qui multis exemplis, ſententiis, argumentis vtuntur, eaque omnia quæ docent vocis moderatione illuſtrant.

Sed iam receptui canendum eſt. Tibi Deus fons & largitor oīum ſcientiarum, per quem Reges regnant, & legum conditores iuſta decernūt, gratias ago, quod me hoc opus ad finem perducere volueris. Quęcunq; ſcripſi, ſanctæ Catholicæ & Apoſtolicæ Romanæ Eccleſiæ, eiuſque Sanctiſſimi & ſummi Sacerdotis Domini noſtri Ieſu Chriſti Vicarij, Pontificis Maximi cenſuræ ſubiicio.

Tu verò, benignè lector, omnia æquo animo accipe, ſi quid rectè monui, Deo acceptum referas, ſi qua in re erraui, memor ſis Iuſtiniani ſententiæ: *Omnium meminiſſe, & in nullo penitus errare, diuinitatis eſt potius quàm mortalitatis.*

ANDREÆ

ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER DECIMVS.

CAPVT PRIMVM.

Vtrum Eccleſia in integrum reſtituatur aduerſus præſcriptionem quadraginta annorum.

IN controuerſia poſitum eſt, vtrum Eccleſia in integrum reſtitutionem petere aduerſus præſcriptionem quadraginta annorum poſſit. Et multis placuit non poſſe, quos refert & ſequitur Soc.ſen. in conſ. 266. num.23. lib.2.

Fundamentum eſt, quia nullus eſt in iure Canonico locus, quo probetur huiuſmodi reſtitutionem competere. Contra verò, plurima ſunt teſtimonia, quibus diſertè cautum eſt quadraginta annorum præſcriptionem Eccleſiæ nocere. cap. De quarta. cap. Vigilanti. cap. quia indicante. de præſcript.

Hoc accedit quod ſi daretur reſtitutio, nunquam Eccleſiæ noceret præſcriptio: nam ſemper in integrum reſtitueretur, quod non accidit in minoribus; quia illi fiunt maiores, & poſt quadriennium excluduntur. l.vlt. C.de temp. in integrum reſtit.

Sed contraria ſententia & communior eſt & probabilior, ex traditis per Oddum, de reſtit. in integr. par.2. quæſt.90. artic.3.

Fundamentum eſt hoc, ſolidum vt mihi videtur. Eccleſia vtitur iure minoris, c.1. de reſtit. in integrum. Sed minor reſtituitur aduerſus præſcriptionem quadraginta annorum. Ergo & Eccleſia. Minor probatur. Nam minor olim reſtituebatur aduerſus præſcriptionem longi temporis. l. Vnic. C. ſi aduerſus vſucap. Iuſtinianus autem ſtatuit eam non currere contra minorem, l.vlt. C. in quibus cauſis in integrum reſtitu. non eſt neceſſaria: Ergo aduerſus pręſcriptionem longiſſimi temporis 40. ſcilicet annorum hodie reſtituendus eſt. Hęc enim præſcriptio currit contra minorem, l. Sicut. C. de præſcrip. 30. vel 40. annorum. Ergo minori danda eſt reſtitutio, eadem ratione, qua olim dabatur aduerſus pręſcrip. longi temporis, ne ſcilicet minor propter ſuam negligentiam, vel imprudentiam damno afficiatur.

Confirmatur hæc ſententia ex regula generali, quæ

A ponitur in Clem.1. de in integr. reſtit. vbi ſummus Pontifex dicit. *Ab Eccleſia aduerſus lapſum temporis, in quo ſe læſam affirmat, reſtitutio peti poteſt.* Intra quadriennium tamen: vt ibi dicitur, & in c.1. eod. tit. lib.6. Ex quo tollitur argumentum, quo dicebatur, nunquam Eccleſiæ nocituram eſſe præſcriptionem, ſi ei reſtitutio concedatur; Nocebit enim poſt quadriennium, vt patet.

Alterum verò argumentum facilius diluitur, quia ſatis videtur expreſſum iure Canonico, Eccleſiam eſſe reſtituendam aduerſus iſtam præſcriptionem, & iuris ratio ſatis id ſuadere videtur, vt ex dictis patet.

CAPVT II.

B *Vtrum minor vigintiquinque annis aduerſus contumaciam iudicialem reſtitutus, expenſas aduerſario reſtituere teneatur?*

MInor etiamſi quaſi cõtumax condemnatus ſit, in integrum reſtitutionis auxilium implorabit, inquit Hermogenianus in l.9. ff. de minor. Sed an ſumptus aduerſario reddere teneatur, iuxta l. Sancimus. C. de iudi. non eſt eadem omnium ſententia.

Nam Bart. in l. Si finita, §. Si forte. ff. de dam. infec. videtur velle ſumptus reſtituendos eſſe; quem refert & ſequitur Iaſ. in d. l. Sancimus, nu.7. Idem docet Hoſtienſis C in Summa, de in integr. reſtit. §. vlt. ad finem, & ita decidit Capella Tholoſana, deciſ. 329. & ſeruari hanc opinionem in Parlamento, teſtatur Boerius deciſ. 65. nu.6.

Contrarium docet Alex. in l. Si finita, §. Iulianus, nu. 84. de dam. inf. Natta cõſ. 17. nu.6. Odd. de reſt. in integr. par.2. q.67. art.2. nu.330. Anton. Theſaur. deciſ.9. num.6.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia contumax in dolo eſſe videtur. l. Non videtur dolo carere. de reg. iur. Minori autem non ſuccurritur in delictis. l. Si ex cauſa. §. Nunc videndum. ff. de minoribus.

Sed reſponderi poteſt, eſſe dolum præſumptum, quo in caſu minoribus ſuccurritur. l.1. §. vlt. ff. de eden. & in d. l. Si ex cauſa. §. Nunc videndum. de minoribus.

Secundò, quia reſtitutio minoris non debet alteri frau A
di eſſe. l. Neeauus. C. de emanciparione liberornm. l. 1.
C. de his qui ven. ætat. impetr. Eſſet autem fraudi ſi mi-
nor expenſas litis non refunderet.
Tertiò. Nam in l, Intra vtile, §. vlt. ff. de minor. & in c.
1. de in integr. reſt. probatur, ſumptus in rem factos, re-
ſtituendos eſſe à minore in integrum reſtituto.
Sed reſponderi poteſt hæc eſſe diſſimilia, quia ſum-
ptus iudiciales non ſunt in rem facti, & ſic in vtilitatem
minoris, ſicut ſumptus vtiles, vel neceſſarij, quibus res
minoris precioſior, & melior efficitur.
Poſterioris ſententiæ fundamentum eſt. Primò, quia
reſtitutio, eſt in priſtinum ſtatum repoſitio, l. Quod ſi
minor. §. Reſtitutio. ff. de minor.
Si minor ſumptus refundat, non videtur eſſe in pri-
ſtino ſtatu.
Sed reſponderi poteſt, ſatis eſſe, ſi ſit in priſtino ſtatu
quantum ad rem principalem; hoc eſt, vt audiatur, con- B
tumacia non obſtante; & aduerſus ſententiam reſtitua-
tur; alioquin hoc argumentum militaret etiam in ſum-
ptibus in rem factis.
Secundò, quia ſi minor deberet ſumptus reſtituere,
nihil plus haberet, quàm quiuis alius maior qui auditur
refectis expenſis, d. l. Sancimus, C. de iud.
Reſpondet Hoſtienſis, hoc amplius minori conceſ-
ſum, vt aduerſus primum decretum reſtituatur, etiam
poſt annum: quod alijs non conceditur.
Replicat D. Oddus poſt annum non agi de primo de-
creto, ſed de ſecundo, & ideo hoc nihil eſſe.
Sed bona doctiſſimi Iuriſconſulti venia, multum eſt
hoc: Facit enim in integrum reſtituto, vt minore poſt
annum elapſum in integrum reſtituto ad ſecundum de-
cretum perueniri non poſſit. Et conſequenter in hoc
aliquid ſpecialiter tribuitur minori, quod maioribus
non datur.
Tertiò, quia expenſæ ſunt acceſſoriæ rei principalis, C
l. Terminato, C. de fruct. & lit. expenſ. Ergo ſi minor re-
ſtituitur quoad rem principalem, videtur etiam in con-
ſequentiam reſtitutus quoad expenſas.
Sed certè quod attinet ad l. Terminato, nihil facit.
Hoc enim dicit, *Terminato per ſententiam principali ne-
gocio, non poſſe ſuſcitari quoad expenſas, niſi ſtatim eodem
die partibus præſentibus Iudex condemnet in expenſis.*
Et in terminis noſtris aliam eſſe naturam cauſæ prin-
cipalis, aliam expenſarum patet: quia contumax audi-
tur quoad rem principalem, ſed refectis expenſis, d. l.
Sancimus.
Quartò. Nam ſecundùm Nattam ſi minor tenere-
tur ſumptus reſtituere, eſſet in damno, & ſæpius deſi-
ſteret à petitione in integrum reſtitutionis. Reſpon-
deri poteſt, non videri hoc probabile; quia cauſa prin-
cipalis plerunque eſt maioris momenti, quàm ipſa quan
titas expenſarum. Et licet damnum ſentiat minor, id D
tamen æquius eſt, quàm vt aduerſarius ferat, qui fuit
diligens.
Atque hæc ſententia quæ minorem hoc in caſu con-
demnat ad impenſarum refectionem mihi videtur pro-
babilior. Videtur enim abſurdum, vt qui minorem in
iudicio rectè conuenit, ex contumacia ipſius iacturam
patiatur expenſarum. Daretur etiam minoribus occa-
ſio iudicia eludendi, & abutendi hoc beneficio in inte-
grum reſtitutionis.
Mouet me præterea illud argumentum. Beneficium
vni conceſſum, non debet alteri nocere, l. 2. §. Meritò,
ff. ne quid in loco publico. Hic autem noceret, quia alter
iacturam faceret impenſarum. Reſpondet Natta, ali-
quando id contingere vt minor reſtituatur cum alte-
rius iactura, ex trad. per Abb. in cap. primo, de in integ.
reſt. Si quis fecerit impenſam in rem minoris, non eam
recuperat niſi quatenus res eſt effecta precioſior, licet
plus impenderit.
Reſpondeo, id regulare eſſe in omnibus, ex l. In
fundo, de rei vend. & ideo non eſſe ſpeciale fauore mi-
noris.
Concludo igitur, minorem refundere debere im-
penſas ſi vult in integrum reſtitui, nec hanc ob cau-
ſam lædi, quia iure communi vtitur, l. vlt. C. de in in-
tegr. reſtit.

CAPVT III.

*Ius accreſcendi, an tranſeat in emptorem
hæreditatis.*

INſignis hæc controuerſia eſt. Titius hæres
eſt à Caio inſtitutus ex ſemiſſe. Vendidit
ſuam portionem hæreditatis. Poſt factam
venditionem portio cohæredis defecit.
Quæritur vtrum ei accreſcat, an emptori?
Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ, Vna docet
emptori accreſcere, Altera venditori. Priores authores
ſunt Bart. in l. Re coniuncti. de legat. 3. Curt. iun. in l.
Vnica, C. quando non peten. part. Duaren. de iure accre
ſcen. lib. 2. cap. 6.
Poſterioris Iaſon, Ripa, & Crot. in d. l. Re coniuncti.
Salicet. in d. l. Vnica. Vaſq. tit. de tacitis ſubſtit. ſeu de iu-
re accreſcen. libro tertio, §. 21. num. 65. verſic. Illud au-
tem dubium eſt. Anton. Gomez. Variarum reſolution.
tit. De iure accreſcen. cap. decimo, numero quadrageſi-
moquarto, nouiſſimè Cuiacius libro duodecimo Obſer-
uationum. cap. 13.
Prioris hæc ſunt argumenta. In emptorem hæredi-
tatis tranſeunt omnia iura vtilia, & habetur per omnia
loco hæredis, l. 2. §. Cum quis. ff. de hæred. vel act. vend.
ibi: *Emptorem hæreditatis vicem emptoris obtinere.*
Secundò, quia ad emptorem hæreditatis omnia ſpe-
ctant, quæ ad hæredem peruenerunt, vel quandocũque
peruentura ſunt, d. l. 2. ibi: *vt nec amplius, nec minus iu-
ris emptor habeat, quàm apud hæredem futurum eſſet.* & in
§. Non tantum, ead. l. illis verbis: *Et non ſolum quod iam
peruenit, ſed etiam quod quandocunque peruenerit, reſtituen-
dum eſt.*
Tertium argumentum ſumitur ex l. Papinianus. ff. ad
Trebellian. vbi portio deficiens accreſcit fideicommiſ-
ſario, quia in eum tranſeunt omnia iura hæreditaria.
Quartum, ſumitur ex l. Si totam. ff. de acquir. hæred.
Vlpianus: *Si totam hæreditatem, aut partem ex qua quis
hæres inſtitutus eſt, tacitè rogatus ſit reſtituere, apparet ni-
hil ei debere accreſcere, quia non videtur habere.* Sic in ca-
ſu iſto non debet accreſcere venditori, quia rem non vi-
detur habere, ergo accreſcit emptori.
Quintum argumentum eſt, quia ius accreſcendi ſequi-
tur rem ſeu portionem, non autem perſonam, l. Si Ti-
tio. ff. de vſufruct. ibi: *Quoniam portio fundi portioni,
vſuſfructus perſonæ accederet.* Ergo accreſcet emptori
apud quem eſt portio, non autem venditori, qui nihil
habet.
Poſterioris ſententiæ fundamentum eſt. Primò, quia
venditor hæreditatis retinet iura directa: licet enim ven
diderit, tamen videtur eam poſſidere. l. 4. §. vlt. ff. ſi quis
omiſſa cauſa, ibi: *Si quis vendiderit hæreditatem, poſſidere
videtur.* Ergo ei competit ius accreſcendi; quia hoc ius
ad hæredem ſpectat, non autem ad extraneum. Secun-
dò, quia inter ſuccedentes diuerſo iure, non habet locum
ius accreſcendi, l. ſed cum patrono. ff. de bonorum poſſeſ.
Sed hic ſucceditur diuerſo iure; Hæres enim ex teſtamen
to ſuccedit, Emptor autem ex contractu. Igitur inter
eos ceſſat ius accreſcendi. Tertiò, ex eo quod habetur in
l. Ex facto, §. Iulius Longinus, ff. de vulg. vbi ad eum, cui
portio hæreditatis aufertur, & fiſco applicatur, perti-
net portio deficiens; nõ autem ad fiſcum, qui aliam por-
tionem habet. Sed nihil eſt, quia ibi fuit ſubſtitutio ex-
preſſa cohæredis, non autem fiſci: & cohæres ſatis fuit in
eo punitus, in quo fecit contra legem, vt inquit ibi I.C.
nimirum,

nimirum, vt ſuam portionem amitteret, propter fidem accommodaram, de reſtituendo incapaci.

Qoartò, quia vendita hæreditate habenda eſt ratio quãtitatis bonorum, quæ fuit tempore venditionis, l. a. §. 1. de hæred. vel act. vend. Sed portio deficiẽs poſt venditionem non eſt in hæreditate tempore factæ venditionis, Ergo non pertinet ad emptorem.

Hæc poſterior ſententia magis placet. Ad primum, & ſecundum argumentum contrariæ ſententiæ reſpõdeo, omnia iura tranſire ad emptorem portionis ei venditæ; & ſi quid poſtea peruenit, ſcilicet ad eam portionem, quę vẽdita eſt, pertinens. Sed iſtud ius reſpectu alterius portionis eſt, quæ non fuit vendita: ergo non pertinet ad emptorem: Pertinet autem ad venditorem quia ipſe venditor eſt hæres iure directo; & portio deficiens accreſcit hæredi, non autem ei qui hæres non eſt, qualis eſt emptor.

Ad legẽ Papinianus placet reſponſio Cuiacij lib. 12. obſeru. cap. 12. & 13. loqui de hærede, qui coactus adiuit, ac proinde priuatus fuit ſuo iure. Amittit enim Falcidiæ beneficium, & præceptiones, & ſubſtitutionem factam ſub conditione, ſi patri hæres eſſet, & mortis cauſa capionem, & alia: leg. Ita tamen. §. qui ſuſpectam, & §. ſi pręceptis. leg. Si patroni. §. Adeo. ff. ad Trebellian. l. Is cui, de cond. indeb.

Ad id quod dicitur portionem accreſcere portioni, reſpondeo ſic eſſe accipiendum, vt is qui nullam portionem habet, nihil conſequi poſſit ex iure accreſcendi: Quomodo enim is qui ſua portione indignus eſt, alterius portionem vellet lucrari? ita loquuntur leges allegatæ, ideoque noſtram concluſionem non offendunt.

CAPVT IV.

Quæ ſit pœna abacti partus?

CVm quæritur quæ pœna ſit abacti partus, in promptu eſt diſtinctio veterum Doctorum. Aut partus animatus eſt, aut in animatus. Priore caſu pœna eſt capitalis: poſteriore non item. Glo. Bartolus, & alij in l. Diuus. ff. de extraord. crim. Gomez. reſolut. libro tertio, cap. 3. num. 32. Placca in epito. delict. libro primo, cap. 20. num. 5. Oſaſc. deciſ. 60. Clarus quæſt. 68. Cuiacius nouiſſimè obſer. libro 19. cap. 9.

Sed indiſtinctè pœnam extraordinariam imponendum arbitratus eſt, Menochius de arbitr. caſu 35. & poſt eum Theſaurus deciſione 12. Veritas igitur ex ipſis fontibus eſt haurienda.

Diſtinctionis fundamentum inter factum animatum. & inanimatum eſt in cap. 21. Exodi, vbi ſic apertè diſtinguitur, ſecundum interpretationem Sãcti Auguſtini relatam, in cap. Moyſes 32. quæſtione ſecunda, quæ fuit interpretatio ſeptuaginta interpretum, vt declarat Cuiac. loco annotato, Nam ſecundum vulgarem interpretationem illa diſtinctio non habetur ſicuti perpendunt Menochius, & Theſaurus locis annotatis. His accedit cap. ſicut ex literis, de homic. vbi S. Pontifex diſtinguitur inter fętum viuificatum, & non viuificatum, iubens clericos ab altari abſtinere, ſi viuificatum abiecerint, ſecus autem ſi non viuificatum.

Adde homicidam appellari eum qui partum abiecit, cap. conſuluiſti, ſecunda quæſtione quinta, & Tertullianus in Apologetico. *Homicidij feſtinatio*, inquit, *eſt prohibere naſci, nec refert natam quis eripiat animam, an naſcentem diſturbet. Homo eſt, & qui eſt futurus, & fructus hominis iam in ſemine eſt.*

Contrariæ autem ſententiæ fundamentum eſt in lege Cicero, in ſecundo caſu. ff. de pœnis, in lege Diuus, de extraordin. & in lege, ſi mulierem, ad legẽ Corn. de Sicar. quibus in locis pęna exilij conſtituta eſt, excepto eo caſu, quo mulier pecunia accepta ab hæredibus ſecundis partum ſibi medicamentis abegit, vt in dicta l. Cicero. in principio.

His accedit l. 9. ff. ad l. falcid. ibi. *Partus nondum editus homo fuiſſe non recte dicitur*, quod maxime ſpectandum videtur in pœnalibus, l. interpretatione, de pœnis.

Dicebam ego aliter hãc rem iure Canonico, aliter iure Ciuili accipiendam. Licet enim non ſit inducenda diſcordia inter hæc iura, cap. primo, & ſecundo, de oper. non. nunc. Tamen id vnum eſt in dubio. At hic apertè videmus iure Ciuili pœnam eſſe extraordinariam, excepto illo caſu, quo pecunia interuenit, nec fieri diſtinctionem inter ſętum animatum, & inanimatum.

Iure autem Canonico conſideratur hæc diſtinctio, & clarè adhibetur: vt patet ex textibus iam citatis.

Et ratio adferri poteſt, quia cum ſętus animatus eſt, impeditur baptiſmus: & ſic impeditur anima illa à regno Dei, quare iſte homicida ſubiacebit meritò pœnis iuris Canonici, non autem iuris Ciuilis, quia iſtud non conſiderat dictam rationem, & loquitur de homine occiſo, conſequenter de iam in lucem edito, non de eo, qui eſt in vtero, quia ille nondum natus eſt, nondum homo eſt. Sic igitur ſentio ſalua meliori deliberatione.

CAPVT V.

Sitne vis publica cum quis armatus alium aggreditur?

EXiſtimo vim publicam committi, quoties quis alium armatus in loco publico inuadit, vti reſpondit Thomas Gramm. conſi. 43. & 55. Clarus q. 83. verſ. Vim publicam, & alij quos iſti commemorant.

Moueor authoritate tex. in l. 3. ad l. Iul. de vi pub. *Eadem lege tenentur* (ait tex.) *qui pubes cum telo in publico fuerit.* Eſt enim vis publica cum armis, vis priuata ſine armis. §. Item lex Iulia, inſt. de pub. iud. Ratio eſt quia omni armorum metu offenditur, ac perturbatur publica ſecuritas.

Aliam diuerſam ſententiam Bart. videtur habuiſſe in. l. ſi criminis. C. eod. tit. dum ſcribit. *Inuaſam factam perſona, ita demum cadere in crimen publicum legis Iul. ade. vi: ſi fiat coadunatis hominibus*, idq; deducit ex illa lege.

Eandem ſentẽtiam late defendit Theſaurus deciſ. 35. Morus ex l. 3. in fi. & l. qui cætu. ff. ad l. Iul. de vi pub. vbi dicitur quis facere vim publicam, qui hominibus armatis, qui cętu, concurſu, turba &c. inuadit, & ex l. qui dolo. ff. eod. vbi ait tex. *Hac lege tenetur qui conuocatis hominibus vim fecerit.*

Deinde argumentum ſumit ab etymologia. Dicitur enim publicum, quaſi populicum. Ideo vt vis ſit publica, requiritur, vt ſit populica, quod ſit armatis, & coadunatis hominibus.

Præſertim cum hodie inquit, non ita telorum portatio prohibita ſit, imò ad ſolos ſeruos Imperator Leo, & Anthemius prohibitionem reſtrinxit, in l. vlt. C. ad legẽ Iul. de vi pub. & hodie eſt arbitraria. lege ſi præſes. ff. de pœnis.

Verùm iſta nihil mouent. Nam quod attinet ad dictam legem, ſi criminis. C. ad legem Iul. de vi pub. illa loquitur de eo qui conuocatis hominibus vim facit, quò quis verberetur & pulſetur, vt patet ex illis verbis. *Sed quoniã à Faſciculo etiam te verberibus affectum aſſeueras, ſi hominibus coactis hoc fecerit, ſi legis Iuliæ de vi priuata*, &c.

Hoc enim caſu incidit quis tam in legem Iuliam de vi publica, quã de vi priuata, vt patet ex lege, qui dolo. ff. ad legem Iul. de vi pub. & lege ſecunda. ff. ad legẽ Iul. de vi priua. cuius rei cauſam attulit Cuiacius ad ſenten. Pauli tit. 26. quem ſecutus eſt Menochius, de arbitr. caſu 394. num. 8.

Malè igitur Battelns colligit ex illo textu, ad vim pu A
blicam requiri coadunationem hominum. quia etiam coadunatis hominibus locus eſt legi Iuliæ tam de vi publica, quàm de vi priuata.

De vi publica, quia publica pax turbatur coadunatis hominibus. De priuata, quia vis facta eſt à perſona priuata.

Non obſtant aliæ leges quæ coadunationẽ hominum exigere videntur; quia fateor tunc quoque eſſe vim publicam: ſed non negant dictæ leges etiam aliter, quàm coadunatis hominibus poſſe committi vim publicam, nam poſſe committi probatur, in l.3.ff.eod.tit.

Argumentum ab etymologia nihil eſt, quia iam clarum eſt poſſe committi aliter, quã coadunatis hominibus. & in hoc caſu etiam locum habet etymologia, quia publica pax turbatur ex armorum metu, vt ſupra dixi.

Illud improbo, quod armorũ prohibitio reſtricta ſit ad ſernos, quoniã priuatis hominibus prohibitum eſſe armorum vſum patet ex l.Vni.C.vt armor.vſus, lib.11, B
Rolan.à Valle conſi.3.lib.2.

Illud probo, ſi vtriuſq; legis crimina obiecta ſint, mitiorem legem, hoc eſt priuatorum, eſſe ſequendam.l.ſi præſes, de Pœnis.

Puto etiam ceſſare pœnam legis Iuliæ. de vi publica, quæ deportationis eſt. Lege, Qui dolo, in fine.ff.eo. cum armorum vſus eſt alicui conceſſus: quia tunc ceſſat ratio, quam adduxi.

Ceſſat etiam dicta pœna quoties illud abſurdum oritur, de quo per Grammaticum conſi.43.

CAPVT VI.

Quæ ſit pœna ſtupri violenti.

NOn aſſentior Claro in §.ſtuprum, ver. Sed quæro: aſſerenti pœnam mortis eſſe, neq; C
Boſſio idem docẽti tit. de coitu damnato, & punibili, num.19. etenim fundamentum nullum eſt quod conſtituunt, in §.Item lex Iulia, inſtit. de pub.iud. illis verbis. *Sed eadem lege etiam ſtupri flagitium punitur, cum quis ſine vi vel virginem. vel viduam &c. Pœnam autem lex irrogat ſtupratoribus, ſi honeſti ſunt, publicationem mediæ partis bonorum, &c.*

Non licet argumentari, ergo ſi cum vi pœna mortis eſt; niſi raptus interuenerit, vt inſtit.eod.tit.§.ſi autem per vim.

Nec etiam iuuat hanc ſententiam. l.1.de extraord.cri. Illa enim eſt accipienda de ſtupro commiſſo raptu interueniente. Eſt enim raptus, ſiue quis inuitam mulierem abduxerit, ſiue eam malis artibus ſollicitauerit, & corruperit, atque ei perſuaſerit, vt conſentiat. l.Vni. C. de raptu virg.

Pœna ſtupri violenti eſt legis Iuliæ. de vi publica, l.3. ad l.Iul.de vi pub. vbi ſunt verba expreſſa. D

Pœna legis Iuliæ, de vi publica eſt aquæ et ignis interdictio, l.qui dolo, §.vlt.in fi.ff.eod.

In locum eius ſucceſſit deportatio. l. 3.ff.ad legem Iul.pecula.

Quandoque tamen etiam mortis pœna eſt impoſita, vt ſi cædes interuenerit. l.6.C.ad l.Iul. de vi pub. Vel ſi ſeruus violentiam fecerit l.ſeruos.C.eod. vel ſi raptus interuenerit. l.qui cœtu.§.1.ff.eod.

Ergo pœna deportationis regulariter erit conſtituenda in ſtupratorem virginis violentum cuius loco ſucceſſit, ex communi vſu pœna arbitraria.

CAPVT VII.

Vtrum vidua poſſit petere vſuras dotis mora commiſſas, ab hæredibus viri?

EXiſtimo viduam rectè petere vſuras dotis ab hæredibus viri ſui moram committentibus in reſtituenda dote.

Primò, quia in bonæ fidei iudicijs vſuræ poſt moram veniũt, lege. Mora. §. In bonæ fidei, de vſur. Actio autem de dote, eſt bonæ fidei. l.Vni. §. ſed & ſi. de rei vxo. act.

Secundò ex dicta lege Vnica. §. exactio, ibi. *Sin autem ſuperſederit res mobiles, &c. reſtituere, etiã vſuras æſtimationis omnium rerum, &c. maritus præſtet.* Eadem ratio eſt in hærede mariti.

Tertiò, quia dos datur, vt interueniat oneribus matrimonij Lege: Pro oneribus. C. de iur.dot. ergo hæc tacita conditio ineſſe videtur obligationi dotis, vt ex ea ſuſtineri poſſint onera matrimonij. Quare ſicut vſuræ debentur marito ſi dos non ei detur. c. ſalubriter, de vſur. ita & mulieri ſi nõ ei dos reſtituatur, quod eſt argumentum Nauarri, in cap. ſi fœneraueris, 14.q.13.nu.67.

Qnartò, quia pleriſque in locis vel ſtatuto vel conſuetudine cautum eſt, vt vſuræ præſtentur mulieri viduæ, ſi dos ei non reddatur.

Quintò, quia pleriſque in locis non deſunt lucrandi occaſiones ijs qui pecuniam habent in promptu, vel emptione rerum immobilium, vel annuorum redditum, vel aliter. Quare videtur peti poſſe vſuras quaſi lucri ceſſantis nomine, & vice.

Atq; ita docuerũt Cyn. & Dyn. in d. §. exactio. Grammat. deciſ.103.nu.93. Iaſon conſi.92.lib.1. Panor. conſi. 39.lib.2. Nauarrus, vbi ſupra. Anton Theſaur. deciſ.42. alios citat Lupus, in l.Curabit, Commen.1.§.4.num.48. quibus & ipſe aſſentior.

Contrarium docuerũt Bart. in l. At qui natura, §.Nõ tantum, de neg.geſt. in l.in inſulam, §.vſuras, ſolu.matr. Alexan. in l.Diuortio, num.23. eod.tit. & conſi.27.lib.4. Affl.dec.284. Caguol. in l.Curabit, nu.15. C.de act.emp. Crauetta conſi.89.nu.3.& 189.num.7. Couar.lib.3.variar.cap.1.verſ. Sextò hinc. Lupus loco proximè annotatu. Menoch. conſi.703.nu.15.lib.8.

Primum argumentum eſt, quia vſuræ iure canonico ſunt prohibitæ, etiam pro redemptione captiuorum, c. ſuper eo, de vſur.

Reſpondeo iſtud eſſe intelligendum, de vſuris lucratiuis; noſtra quæſtio eſt de vſuris compenſatiuis. Nam cũ dos detur vt ſuſtineãtur onera matrimonij, hæc tacita cõditio ineſt doti; & ſic mulier debet vſuras conſequi in cõpẽſationẽ fructuũ ex quibus ali & ſuſtẽtari poſſet.

Secũdum. In vidua ceſſat ratio c. ſalubriter, de vſuris. quia non ſuſtinet onera matrimonij, ſicut maritus, ergo non debentur ei vſuræ dotis.

Reſpondeo eandem rationem in vidua militare, vt poſſit ſe ex dote ſua alere, & ſuſtentare. Et cum vir & vxor ſint correlatiua, diſpoſitum in vno videtur porrigendum ad alterum, vt dicebat in propoſito Nauarrus. l.1.C.de Cupreſſis, lib.11.

Tertium argum. In poteſtate eſt viduæ dotem ſuam conſequi; ergo vſuræ ei non debentur. l.1 ff.de vſur. ibi. *Cum in poteſtate ſit actoris iudicatum exigere*, quæ ſunt verba Papiniani.

Reſpondeo rationem illam Papiniani à Paulo reprehenſam fuiſſe, vt ex ſequẽtibus verbis apparet, ſic enim ait text. *Paulus notat, quid enim pertinet ad officium iudicis, poſt condemnationem futuri temporis tractus?*

Præterea argumentũ procedit cum debitum offertur creditori; tunc ſi non accipiat, non poteſt vſuras petere: ſed aliter dicendum cum debitor interpellatus non ſoluit; tunc enim vſuræ debentur in recompenſationem damni, vel lucri ceſſantis.

Denique

Denique non poteſt debitor, qui fuit in mora, debitori culpam adſcribere cur non petierit. l. pen. ff. de vi & vi arm.

Et certè ſi valeret hæc ratio, nec maritus nec vllus alius poſſet vſuras petere poſt moram, quia ſemper culpa ei imputaretur, cur nó coegiſſet debitorem iudicialiter ad ſoluendum: quod cum minimè dicendum ſit, ſequitur, nec iſtud poſſe viduis obijci dum hæredes ſunt, in mora dotis reſtituendæ.

CAPVT VIII.

An vſuræ donationis propter nuptias viduæ poſt moram debeantur?

NOn deberi ter deciſum fuit in conſilio Neapolitano teſte Afflicto deciſ. 291. Sed contrarium ſuo tempore deciſum fuiſſe in eodem conſilio teſtatur Grammaticus deciſ. 103. num. 96. Et hanc ſententiam poſteriorem Senatus Pedemontanus ſecutus eſt apud Theſaurū deciſ. 45. quæ mihi etiam placet.

Probatur in §. Si autem. in Auth. de non elig. ſecun. nub. ibi. *Sin autem omnis forte conſiſtat in pecunijs, aut alijs mobilibus rebus antenuptialis donatio, tertiam vſurarum partem percipientem matrem cum cautione iam definita, nō exigere à filijs aurum, niſi forte idonea ſit viri ſubſtantia, &c.*

Idem probatur in l. hac edictali, §. His illud. C. de ſecund. nupt.

Fundamentum contrariæ ſententiæ eſt, quia donatio propter nuptias dicitur lucrū, quod facit mulier ex dote. l. Aſſiduis, C. qui potio. in pig. habean. Conſequenter mulier haberet vſuras ex lucro, & ſic vſuras vſurarum, quod iure prohibitum eſt. l. Improbum, C. ex quib. cau. in fam. irrog.

Reſponderi poteſt nō hic agi de vſuris vſurarum, ſed de vſuris percipiendis ex ſorte, hoc eſt, ex quātitate debita donationis propter nuptias. Licet enim ea lucro cedere vxoris dicatur, nō cedit tamen lucro tanquam vſura, ſed tanquam ſors debita ex parte vel ſtatuto.

CAPVT IX.

An vſuræ dotis longo tempore non exactæ præſumantur remiſſæ?

TRes ſunt doctorum ſentētiæ hac de re. Vna, remiſſas videri: ita Dionyſius Peruſinus inter conſilia Baldi conſi. 474. lib. 3. Alexander conſi. 74. num. 8. lib. 5. Corneus conſi. 206. lib. 2. Alciatus de Præſump. reg. 1. Præſumpt. 32. num. 4. Tiraquell. de Præſcript. §. 1. Gloſ. 4. verſ. Octauò iſtis. Menochius de Præſumpt. lib. 3. Præſumpt. 125.

Fundamentum eſt in l. Cum quidam. §. Diuus. ff. de vſuris. *Diuus Pius reſcripſit, parum iuſtè præteritas vſuras petis, quas omiſiſſe te, longi temporis interuallum indicet, &c.*

Et in l. Vir vſuras. ff. de donat. inter vir. & vxor. Papinianus *Vir vſuras promiſſæ dotis in ſtipulatum deduxerat, eaſq́; non petierat; Cum per omne tempus matrimonij ſumptibus ſuis vxorē & eius familiam vir exhiberet dote prælegata, ſed & donationibus verbis fideicommiſſi confirmatis, legato quidem dotis vſuras non contineri videbatur, ſed titulo donationis remiſſas.*

Altera eſt ſententia remiſſas non videri. Ita Roman. conſ. 517. nu. 14. Iaſon in l. Quæ dotis, num. 19. ſol. marr. Alex. conſ. 56. nu. 6. & 63. nu. 16. lib. 4. & 208. nu. 10. lib. 7. Corneus conſ. vlt. lib. 2. & conſ. 164. lib. 3. & 53. num. 3. lib. 4. Dec. conſ. 571. num 4. Balb. de Præſcript. in 1. parte 3. partis princ. q. 10. nu. 4. Grammat. deciſ. 70.

A Fundamentum eſt in l. Libertis. §. 1. ff. de alim. & cib. leg. vbi alimēta præteriti temporis peti poſſunt, licet longo tempore petita non fuerint.

Et quia actio non tollitur minori ſpatio 30. annorum l. Sicut. C. de præſcript. longiſſ. temp.

Tertia eſt ſententia Oſaſchi deciſ. Pedem. 132. diſtinguentis vtrum maritus adhuc viuat, & vſuras petat temporis præteriti, & tunc non videri remiſſas; an vero ſit mortuus & nunquam petierit, & tunc remiſſas videri.

Mihi prior ſententia magis arridet, cum nitatur textu ſatis euidenti in d. §. Diuus: reliquæ verò ſententiæ nullum firmum fundamentum.

Nam quod attinet ad d. l. Libertis. §. 1. nō loquitur de vſuris, ſed de alimentis, quæ ſunt longè fauorabiliora.

Regula verò d. l. Sicut, ad rem non facit; quia iſta non eſt præſcriptio temporis, ſed coniectura quædam remiſſionis factæ ex longi temporis interuallo, quo quis vſuras non petijt. Fateor eſſe hanc coniecturam fortiorem
B ſi maritus nulla petitione vſurarum facta deceſſerit; ſed tamen etſi non deceſſerit, non puto.

CAPVT X.

Excuſſio principalis debitoris, an requiratur cum quis agit hypothecaria contra poſſeſſorem rei ſpecialiter obligatæ.

COnſtat ex Nouella 4. de fideiuſſ. hypothecariam exerceri non poſſe cōtra poſſeſſores, niſi prius excuſſo principali debitore. Sed obijcitur qđ Iuſtinianus ſcribit Nouella 112. de litigioſis. in hæc verba. *Ab hoc autem litigioſi vocabulo hypothecas ſeparari decernimus, & in his hanc diſtinctionem tenere; vt ſiquidem ſpeciales res mobiles, vel immobiles aut ſe mouentes, nominatim fuerint hypothecæ ſuppoſitæ, liceat quidem*
C *debitori eas quando & cui voluerit vendere; ſic tamen vt ex precio earum vſque ad debiti quantitatem ſatisfaciat creditori. Si autem hoc debitor non fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam ſuppoſitam habet, eandem rem vendicare, donec ei ſatis pro debito fiat.*

His verbis Imperator videtur dare poteſtatem creditori rectè vendicandi res specialiter hypothecæ ſuppoſitas: ergo, nulla requiritur excuſſio principalis debitoris. Atque ita ſentit Accurſ. d. Nouell. 4. de fideiuſſ. §. Sed neque. & hanc ſententiam latè defendit Antonius Theſaur. deciſ. 51.

Sed mihi non placet. Primò, quia generalis eſt conſtitutio illa quæ requirit excuſſionem principalis debitoris, & conſequenter omnem hypothecam complectitur ſiue generalem ſiue ſpecialem.

Secundò, quia eadem eſt ratio in ſpeciali quæ in generali hypotheca.

D Tertiò, quia ſi hoc erat diſcrimē adhibendū inter ſpecialem & gňalem hypothecā, æquum erat id exprimere.

Quartò, quia nō ille eſt ſenſus dictæ Nouellæ 112. tit. de litigioſis, ſed hæc eſt ſnīa Imperatoris: ſi creditor conuenerit debitorem, qui ei res obligauerat, & is pendente lite res nominatim obligatas alienauerit, nō incidere in pœnā alienantis res litigioſas, imò licere ei res vendere, ita tamē, vt ex precio earum creditori ſuo ſatisfaciat. Niſi ex dicto precio creditori ſuo ſatisfecerit, dat Imperator licentiam creditori res alienatas vendicandi.

In hāc rem, & rectè, explicauit Cuiac. in expoſitione Nouellæ 4. de fideiuſſ. cum dixit nō aduerſari Nouellam 112. quia in ſpecie d. Nouellæ, creditor egit prius perſonali, lite aūt pendente pignus à debitore venditum fuiſſe, quare ei licere cum emptore experiri hypothecaria.

Non explicauit Cuiacius, cur dicta Nouella 112. loquatur de hac facti ſpecie, quādo ſcilicet creditor prius egit cum debitore, & lis lite pendente rem vendidit; ſed tamen id veriſſimum eſt. Nam Imperator ibi dicit hypothecas ſeparare à vitio litigioſi; quod nil eſt

aliud, quam rem litigioſam non eſſe, quæ hypothecæ ſuppoſita eſt, licet lis ſuper ea pendeat inter debitorem & creditorem. Conſequenter debitor etiam lite pendẽte poteſt alienare rem ſpeciali hypothecæ ſuppoſitam. Ratio eſt quia lis debet eſſe de dominio rei, non autem de hypotheca, vt res dicatur litigioſa & alienatio prohibita, quare debitori licet alienare, ſed vult Iuſtinianus vt ex precio redacto eo, ipſa re alienata creditori ſatiſfaciat, alioqnin creditori dat facultatem eam vendicandi; Et hoc eſt quod Imperator ait, *damus licentiam creditori qui rem venditam ſuppoſitam habet, eam vendicare* ſcilicet in caſu iſto ſpeciali; vt patet ex verbis præcedentibus. Ex quo non rectè infertur ad generalem concluſionem, quod poſſeſſor rei ſpecialiter obligatæ poſſit hypothecaria conueniri, non facta excuſſione debitoris principalis,

CAPVT XI.

Ad l. Cum quis. C. de iuris & facti ignorantia.

Diocletianus: *Cum quis ius ignorãs indebitam pecuniam ſoluerit, ceſſat repetitio*. l. 10. C. de iuris, & fa. ignor.

Monet dubitationem quod Papinianus ſcribit in l. 7. ff. eod. tit. iuris ignorantiam, non nocere ſuum petẽtibus; & rurſus in l. 8. eod. iuris errorem in damno amiſſionis rei ſuæ, non nocere. Nam ſi non nocet iuris ignorantia ijs, qui de damno euitando certant, videtur dicendũ ei, qui indebitum ſoluerit iuris ignorantia, repetitionem competere; ne damnum incurrat amiſſionis rei ſuæ, hoc eſt pecuniæ indebitè ſolutæ.

Veteres omnes poſt Accurſ. exploſa Vltramontanorum ſententia, ita rem hanc explicant, vt concludunt, hanc couſtitutionem non eſſe accipiendam de omni indebito ſoluto ex iuris ignorantia, ſed de eo quod ciuiliter indebitum eſt, verum debitũ naturaliter; exemplum eſt in l. pen. ff. de iur. & fa. ignor. & in l. 1. & l. error. C. ad l. falcid. Ceterum ſi aliquod ſit indebitum, tam ciuiliter, quam naturaliter repeti poſſe, ne quis ſentiat damnum pecuniæ ſuæ.

Hæc ſententia mihi non placet. Exiſtimo enim repeti non poſſe quod iuris ignorantia ſolutum eſt indebitũ, licet ciuiliter & naturaliter ſit indebitum; excepta muliere, cui datur repetitio. l. Quamuis. C. ad Vell.

Moueor. Primò quia d. conſtitutio. l. Cum quis non diſtinguit vtrum ciuiliter tantum ſit indebitum vel etiam naturaliter, nec vlla eſt alia lex quæ hanc diſtinctionem adhibeat.

Secundò. Cum quis per facti ignorantiam ſoluit indebitum ciuiliter, ſed naturaliter debitum, non habet repetitionem. l. Naturaliter. de cond. indeb. Ergo nullum eſſet diſcrimen inter ignorantiam iuris & facti; quod apertè repugnat d. l. Cum quis, vbi fit diſtinctio inter ignorantiam facti, & iuris.

Tertiò moueor ex l. Cum pater. §. Meuio, de leg. 2. vbi nullo iure debitũ fuit quod ex cauſa donationis ibi fuit ſolutum, & tamen repeti non poteſt, & ibi Gloſ. & Doct. dicunt ob ſtultitiam debitoris donatarium lucrari: id eſt, ob ignorantiam iuris.

Quartò, quia fideiuſſor inutiliter obligatus ſi ſoluat ex iuris ignorantia, non repetit. l. ſi fideiuſſor. §. Non male. ff. mand. & vbi inutilis eſt obligatio, fieri poteſt, vt nec naturalis oriatur obligatio.

Quintò moueor ex l. 2. de confeſſis, vbi dicitur non eſſe confeſſum eum qui errauit, niſi ius ignorauit. Ergo confeſſio per errorem iuris facta nocet confitenti, quare ſi quis per errorem iuris confiteatur ſe debitorem, pro iudicato habetur l. 1. ff. eod.

Sextò ex l. 1. ff. Vt in poſſeſſ. leg. ibi *benignè ſatiſdationem condici poſſe*. Hæres enim ibi nec ciuiliter nec naturaliter obligatus erat ad ſatiſdandum: ſatiſdedit ex

A iuris ignorantia? Dicit tex. condictionem dari ex benignitate, in illo caſu ſpeciali. Sed ſi vera eſſet diſtinctio Doctorum, ipſo iure non autem ex benignitate competeret illa condictio.

Septimò quia quod ſcriptum eſt in l. 7. & 8. de iuris & fa. ign. non pertinet ad ſolutionem indebiti, ſed ad amiſſionem rei propriæ. Exemplum eſt in l. Qui fideicommiſſum, 8 t. de leg. 1.

Quod attinet ad l. 1. l. error. C. ad l. falcid. ratio eſt, quia hæres agnouit defuncti voluntatem. l. Non dubiũ. C. de teſta. l. 2. C. de fideicomm. l. ſi fideicommiſſum, de cond. indeb.

Nec ſolus ſum in hac ſententia. Socios habeo Duarenum cap. 3. in tit. de cond. indeb. & Cuiac. lib. 19. ad Papinianum in explicatione l. 7. de iur. & fa. ignor.

CAPVT XII.

B

Iuris ignorantia an ſit lata culpa:

Iuris ignorãtiam latam culpam eſſe docuit Bartolus in lege. Quod Nerua, nu. 19. ff. depo. & idem docuerunt antiqui Doct. vt videre licet ex Menochio de Præſumptio. lib. 6. Præſumpt. 23. nu. 11.

Primũ ex l. Regula. §. pen. ff. de iu. & fa. ign. ibi: *Sciant ignorantiam facti, non iuris, prodeſſe; nec ſtultis ſolere ſuccurri, ſed errantibus*.

Secundum argum. ex l. liberorum. §. Notantur. ff. de his qui not. infa. ibi. *Ignorantia enim excuſat, non iuris, ſed facti*.

Tertium quia leges debẽt ab omnibus ſciri l. Leges ſacratiſſimæ. C. de legib. Nec permiſſum eſt eas ignorare. l. conſtitutiones. C. de iu. & fa. ignor.

Quartũ quia lata culpa eſt, non intelligere quod omC nes intelligunt. l. latæ, de ver. ſign. ſed leges ab omnibus ſciuntur, aut ſciri debent: ergo earum ignorantia latæ culpæ annumerabitur.

Contrarium docet Coraſius lib. 4. Miſcellaneor. c. 17. Primò quia lata culpa dolum repræſentat. l. 1. §. Non autem. ff. ſi is qui teſta. lib. eſſe iuſſ. fuer.

Sed hoc eſt falſum in iuris ignorantia, quia nemini nocet in amiſſione rei ſuę. l. 8. ff. de iu. & fa. igno. ergo nõ eſt lata culpa, quia tunc noceret, ſicuti conſtat dolum nocere.

Secundò, quia pauciſſimi leges intelligunt; ergo earũ ignorantia non eſt lata culpa, quia illa eſt, non intelligere, quod omnes intelligunt. l. latæ, de verb. ſign.

Tertiò lata culpa requirit ſummam negligentiam. l. cedere diem. §. vltimo, de verborum ſignificatione, vbi appellatur nimia intelligẽtia. l. Si fideiuſſor. ff. mand. Ergo non video, inquit Coraſius, quo pacto clericus, D mercator, artifex, & alij id genus homines, qui non ciuilibus ſtudijs operam dederunt, ſed honeſtam aliam artem ſecuti ſunt, legum peritiam non habentes, in lata culpa dici debeant.

Excipiẽdos autem putat Doctores, & Aſſeſſores quia iſti tenentur ſcire iura, Lege ſecunda. ff. quod quiſque. in lege vltima. ff. de varijs, & extraord. cog. quibus meritò obijci poteſt quod Seruio Sulpicio fuit obiectum. l. 2. §. Seruius, de ori. iu.

Non obſtat, quod dicitur leges ab omnibus ſciri debere, quia id accipiendum videtur de legibus, quæ diuino præcepto vel non naturali ratione confirmantur, & ad morum inſtructionem, cohibendamque hominum inſolentium vitam pertinent. Sic ferè Coraſius.

Tertia eſt ſententia Zaſij libro primo, ſing. reſp. cap. 2. numero 19. iuris naturalis, & diuinorum præceptorum ignorantiam, eſſe latam culpam, lege Venia. C. de in ius vocando.

Præterea in culpa eſt, qui ignorat legibus prohibita & illicita. l. extat. ff. quod met. cau.

Rurſus

Rurſus ſi quis doctorem ſe profiteatur, & ius ignoret A in culpa eſt, l. 2. §. Seruius. de ori. iu.

Nec excuſari qui negocia habẽt iudicialia ſi ius ignorauerint, l. ſicut. C. de præſcript. 30. annor.

Extra dictos caſus negat Zaſius iuris ignorantiam eſſe latam culpam, quia ſi lata culpa eſt ignorare quod omnes intelligunt, econtrario non erit lata culpa, ignorare quod pauci intelligunt. Sed iura pauci intelligunt. ergo.

Ego verò conſtituo ſex concluſiones. Prima. Non eſt lata culpa iuris ignorantia ad hunc effectum, vt qui iura neſciant reprehenſione digni ſint, aut vllam pœnam notamve infamiæ incurrant, quia vt dicebat Zaſius, maxima pars mortalium hoc morbo laboraret, cũ pauci ſint iuris periti.

Secunda concluſio. Iuris ignorantia non eſt lata culpa ad effectum, vt amittat quis rem ſuam. Pulchrum exemplum in l. qui fideicommiſſum. 8 t. de legat. 2.

Tertia concluſio. Iudices, Doctores, & Aſſeſſores ſunt B in lata culpa ſi ius ignorent, l. 2. §. Seruius, de ori. iu. l. 2. quod quiſque iu. l. vlt. de varijs & extraord. cog.

Quarta concluſio. Iuris ignorantia culpę non adſcribitur minoribus 25. annis, nec mulieribus in certis caſibus, nec militibus. l. Regula in pari. ff. de iu. & fa. ign. l. 1. C. eod. l. vlt. C. eodem.

Quinta. Iuris ignorantia culpæ adſcribitur cum quis facit rem iure prohibitam. l. Liberorum. §. Notatur. ff. de his qui not. inf. l. Venia. C. de in ius voc. Et ſic loquitur l. leges ſacratiſſ. C. de legibus. l. Conſtitutiones. C. de iu. & fa. ign. l. 1. de legibus ibi. *Delictorum quæ ſponte vel ignorantia, &c.*

Sexta. Iuris ignorantia eſt culpa ad effectum, vt commodum auferatur ei qui potuit conſulere peritiores. l. Regula. ff. de iu. & fa. ig. l. in bonorum. ff. de bon. poſſeſſ. l. 2. §. vlt. ff. quis ordo in bono. poſſeſſ. ſer.

CAPVT XIII.

Ad l. Petens, C. de Pactis.

Multa de pactis iã diximus libris ſuperioribus, ſed nunquã explicauimus l. Petens. C. de Pactis circa quã ingẽs ſemper fuit cõtrouerſia.

Verba legis hæc ſunt. *Petens ex ſtipulatione quæ placiti ſeruandi cauſa ſecuta eſt, ſeu anteceſſit pactum, ſeu poſt ſecutum ſtatim interpoſitum ſit; rectè ſecundum ſe ferri ſententiam poſtulat.*

Prima interpretatio. Pacto conueniſti mecum, vt aliquid dares, vel faceres. Huius pacti ſeruandi gratia ſtipulatio ſubiecta eſt, ſicut olim moris erat. l. Titia. §. vlt. de verbor. oblig. deciditur, peti poſſe ex ſtipulatione quod continetur in pacto, & petentem rectè ſecundum ſe ſententiam ferri poſtulare. Atque idem iuris eſſe ſiue anteceſſit pactum, ſiue poſt ſecutum eſt. D

Non placuit Accurſio neq; Bartolo, Alexandro, Iacobino, Aretino, Corneo nec alijs antiquiorib. propter verbum *ſtatim* poſitum in textu. Nam ex ſtipulatione, quæ placiti ſeruandi cauſa interpoſita eſt, agi poteſt; licet pactum non ſtatim ſecutum ſit, ſed longo interuallo poſt. l. Si ita fuero ſtipulatus, § 1. cum l. ſeq. ff. de nou. l. quidam cum filium, §. vlt. de verb. obl. l. qui pecuniã. ff. ſi cer. pet.

Secunda interpretatio eſt legem loqui de ſtipulatione interpoſita gratia declarandi id quod in pacto continetur, quod ſtipulationem præceſſit, vel ſtatim ſubſecutum eſt.

Reijcitur, quia lex apertè loquitur de ſtipulatione interpoſita placiti ſeruandi gratia, non autem declarandi.

Tertia interpretatio eſt Bart. & aliorum communiter, loqui de pacto incontinenti adiecto, vt aliquid detur, vel fiat ſtipulatori, verbi gratia: Tecum conueni vt fundum meum cum tuo permutarem, & vtrinq; ſtipulati ſumus. Poſtea pactus ſum incontinenti, vt tibi domũ ædificem; ait lex, poſſe ex ſtipulatione agi, vt fiat id, quod continetur in pacto: Hoc in caſu neceſſe eſt, vt pactum ſtatim ſequatur poſt ſtipulationem, alioqui actionem ex ſtipulatu non informaret.

Si dicatur legem loqui de ſtipulatione interpoſita placiti ſeruandi gratia, hæc autem interpretatio vult, eam loqui de pacto longè diuerſo à ſtipulatione.

Reſpondetur interpoſitam fuiſſe ſtipulationem placiti ſeruandi gratia, hoc eſt, illius primi pacti, de re permutanda. Sufficit enim ſtipulationem adiectam fuiſſe alicuius pacti ſeruandi cauſa.

Adde quod cum incontinenti pactum ſecutum eſt, ſtipulatio videtur interpoſita placiti ſeruandi gratia: quia de tali pacto cogitatum fuiſſe videtur tempore ſtipulationis.

Non placuit Vltramontanis, & meritò: Nimis enim dura eſt. Nam lex loquitur de ſtipulatione interpoſita placiti ſeruandi gratia, non autem alicuius placiti.

Quartam interpretationem ipſi attulerunt, pactum præceſſiſſe, & ſtipulationem interpoſitam fuiſſe, placiti ſeruandi cauſa hoc modo: Conuenimus de permutando meum Codicem cum tuo, pacto adiecto, vt tuum mihi compactum traderes; & ſtipulatio hincinde fuit interpoſita placiti ſeruandi gratia. Dicit lex agi poſſe ad id quod in pacto continetur quod pactum debet eſſe incontinenti adiectum.

Hæc ſententia cæteris diſplicuit, quia in propoſita ſpecie agi poteſt, etiamſi pactum non ſtatim ſecutum eſſet, ſicut ſupra dictum eſt, circa primam interpretationem.

Quinta expoſitio eſt Salic. hanc legem loqui de ſtipulatione incipiente à præcedenti conditione hoc modo. Si Stichum non dedero, promitto tibi decem nomine pœnæ: & incontinenti nudo pacto promiſi tibi eundem Stichum. Dicit lex agi poſſe ex hac ſtipulatione.

Refellunt hanc ſententiam Alex. Fulgoſ. Iacob. & alij, C quia nulla in tex. fit mentio pęnalis ſtipulationis, & ſiue incontinenti, ſiue ex interuallo pactum ſit adiectum pęnalis ſtipulatio committitur, l. Si pacto quo pœnam. C. de Pactis.

Sextam interpretationem attulit Angelus, hãc legem loqui de ſtipulatione idem cõtinente quod pactum continet, ſe habens ad ſtipulationem per modum cauſæ, v. g. Promittis mihi ſtipulanti decem quia eadem mihi promiſiſti nudo pacto? Dubitandi ratio eſt, quia in ſtipulatione ſine cauſa obſtat exceptio doli, l. 2. §. circa. ff. de doli mali excep. Contrarium deciditur, quia duo vincula magis ligant: Interuenit enim pactum, & ſtipulatio.

Reijcitur, quia agi poteſt, ſiue incontinenti, ſiue ex interuallo pactum ſequatur. Nam ſi nudo pacto mihi aliquid promiſeris; deinde nudo pacto idem promiſeris, Oritur actio de conſtituta pecunia. l. 1. §. Debitum. de conſt. pecu. Multò igitur magis ſi ſtipulatio interponatur.

D Nouiſſimè Alciatus lib. 5. Paradox. c. 2. & in commentarijs huius legis & Cuiacius lib. ſex. Obſer. cap. 24. priorem interpretationem ſuperius à nobis allatam approbarunt, quos ego ſequor. Nam cõuenit verbis d. legis & nullam habet difficultatem, præterquam in verbo *ſtatim* quod videtur eſſe ſuperfluum, vt ſupra dictum fuit.

Sed reſpondetur non eſſe ſuperfluum, quia vbi ex interuallo pactum ſequitur, nullã parit actionem. l. Iuriſg. §. Vt puta, de pact. In continenti autem adiectum parit actionem, l. In bonæ fidei. C. eod. Vbi ergo pactum ex interuallo ſequitur, nulla eſt ratio dubitandi quin agi poſſit ex ſtipulatione: non enim ex pacto poteſt agi. At vbi pactum incontinenti adiectum eſt, ratio dubitandi eſſe poteſt, quia pactum incontinenti adiectum parit actionem: ergo ex ipſo agendum videbatur, non ex ſtipulatione.

Contrarium deciditur, quia ſtipulatio adijcitur pro maiori firmitate ac robore pacti: cõſequenter actionem producit, §. 1. Inſtit. de verbor. oblig.

CAPVT

CAPVT XIV.

Ad l. Si ſuperſtite, C. de dolo.

NOn parui momenti controuerſia eſt, an in l. Si ſuperſtite, C. de dolo, patris dolus cum filia tranſigentis interuenerit. Affirmant Glo. Alex. Alberic. & Salicet. quia ſi nullus patris dolus interueniſſet, male reſcripſiſſent Impp. filiæ tribuendam eſſe actionem in factum, loco actionis de dolo, quæ alioqui tribuenda fuerat, niſi paterna reuerentia obſtitiſſet.

Nec poteſt dici dolum reſultare ex immodica læſione, quia non ex quantitate læſionis colligitur, ſed ex qualitate facti, l. Dolus. C. de reſcind. vend.

Contrarium voluerunt Fulgoſ. ibi Pinell. ad l. 2. C. de reſcind. vend. parte 1. cap. 4. nu. 23. quia text. dicit tranſactionem bona fide factam fuiſſe.

Et quòd attinet ad actionem in factum propter paternam reuerentiam loco actionis de dolo, iſtud eſt ob immodicam læſionem, vt patet ibi. *Sanè ſi immodicè læſa es.* Nihil enim refert an dolus ex propoſito interueniat, vel reipſa, l. ſi quis cum aliter. de verb. oblig.

Ad l. Dolus. C. de reſcin. vend. reſpondent, locum habere in emptione ac venditione in qua licitum eſt contrahentibus ſe inuicem decipere circa precium, l. In cauſæ, §. Idem Pomponius. ff. de minor. Ideo non poteſt argui dolus ex leſione circa precium.

Secus in cæteris contractibus. Nam dolus ex læſione probatur l. Maioribus, C. comm. vtriuſque iud.

Ego puto patris dolum ex propoſito nõ interueniſſe, quia nulla fit mentio doli patris in tex. imò dicit tranſactionem bona fide interpoſitam.

Et quia tex. facit vim in immodica læſione. Sed cur dicit actionem in factum competere propter paternam reuerentiam, non de dolo? Quia immodica læſione detecta, ipſius filiæ pater dolo facere videbatur non reſtituendo filiæ quod erat iuſtũ. l. 2. §. ſi quis ſine cauſa. & §. Item quæritur, verſ. *Nam etſi inter initia.* ff. de doli mali excep. l. ſi quis mancipijs. §. vlt. ff. de inſtit. act. l. ſi quis cum aliter. de verb. oblig.

CAPVT XV.

Teſtamentum metu factum, an ipſo iure valeat?

COmmunis & vera ſententia eſt teſtamẽtum metu factum ipſo iure valere. Vide Menochium de arbitr. caſu 395. num. 7. Peregrinum de iure fiſci, tit. 6. nu. 4. Duaren. ad l. 1. de teſtam. Fundamentum eſt, quoniam ea quæ metu fiunt, valent, licet reſcindantur. Nam voluntas coacta, voluntas eſt, l. ſi mulier. §. penult. ff. quod met. cau. l. ſi patre cogente. de ritu nupt.

Contrarium docuit Imola in l. 1. de teſta. Iaſon in l. 1. C. ſi quis aliquem teſta. prohib.

Primum argumentum eſt ex d. l. 1. de teſtam. vbi teſtamentum eſt iuſta ſententia. Non enim videtur iuſta ſententia teſtamentum metu factum.

Reſpondeo iuſtam ſententiam accipi pro ſolenni & perfecta; quod poteſt conuenire etiam teſtamento metu facto; ſed reſcindi debet.

Secundum argumentum. Promiſſio facta de inſtituendo aliquem hæredem non valet, lege, ſtipulatio hoc modo, de verborum oblig. ergo multò minus valet hæredis inſtitutio metu facta.

Reſpondeo, negando conſequentiam: quia hæreditas pactis non datur. l. Hæreditas. C. de Pactis conuen. ſed teſtamentum metu factum non eſt pactum, nec fit per modum pacti.

Tertium: Hæredis inſtitutio non debet ex alieno arbi- A trio pendere, l. Illa inſtitutio, de hæred. inſtit. Sed inſtitutio metu facta pendet ex alieno arbitrio, igitur nõ valet.

Reſpondeo, non pendere abſolutè ex arbitrio alieno, quia voluntas coacta, eſt voluntas, vt dixi.

Quartum. Teſtes in teſtamento debent eſſe rogati, l. Hæredes palam, §. In teſtamentis, de teſtam. Si inuiti detineantur, non valet teſtamentum, l. qui in teſtamento. §. vlt. ff. eod. ergo multò minus valebit, quando teſtator inuitus facit teſtamentum.

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia; quia teſtium rogitus eſt de ſolennibus teſtamenti, Voluntas autem teſtatoris eſt de ſubſtantia, quæ etiam coacta voluntas dicitur.

Vltimum ſi valeret teſtamentum, auferretur hæreditas hæredi tanquam indigno, & fiſco applicaretur. arg. l. 1. C. ſi quis aliq. teſta. prohib. vel cog. Ergo fieret præiudicium legitimis hæredibus, quod videtur iniquum.

Reſpondeo, fiſco applicari, d. l. 1. dum ait, *Ciuilis diſceptationis crimen adiungitur.* B Sed clarius in l. 1. 2. 3. ff. eod.

Nec iſtud eſt abſurdum, quia legitimi hæredes actionem habent ad intereſſe, aduerſus eum qui vim intulit, argum. l. Lucius. §. Sempronia, de leg. 2. l. Si quis affirmauerit, §. 1. de dolo. l. pen. C. eodem tit.

CAPVT XVI.

Ad l. 2. C. de his quæ vi metus ve cauſa fiunt.

ALexander Imperator Alexãdro, *Cùm te non ſolum cauiſſe. verùm etiam ſoluiſſe pecuniam confitearis: qua ratione, vt vim paſſus reſtitui quod illatum eſt poſtules, perſpici non poteſt: quando veriſimile non ſit ad ſolutionem te properaſſe omiſſa querela de chirographo, vtpote per vim extorto; niſi & in ſoluendo vim te paſſum dicas.* l. 2. C. de his quæ vi metusve cau. fiunt.

C Obſtare videtur l. 7. ff. de cond. ob turp. cau. vbi Pomponius. *Ex ea ſtipulatione quæ per vim extorta eſt, ſi exacta eſſet pecunia, repetitionem eſſe conſtat.*

Dicebat olim Imerius hoc Alexandrum velle; non eſſe veriſimile chirographum obligationis per vim extortum fuiſſe; quando debitor poſtea ſponte, & nulla querela propoſita ſoluit: ſi tamen probari poſſet vi extortum fuiſſe chirographum, pecuniam repeti poſſe.

Non placet, quia etiam ſi conſtaret chirographum vi extortum fuiſſe, ſi tamen ſponte & nulla querela propoſita pecunia fuiſſet ſoluta, negat Imperator pecuniã poſſe repeti; ſic enim ait, *qua ratione vt vim paſſus reſtitui quod illatum eſt poſtules, perſpici non poteſt.* Reſponderi enim poſſet, facile id perſpici poſſe, probata ſcilicet vi & metu in extorquendo chirographo.

Veteres communiter ſumunt rationem huius legis ex l. 8. de cond. ob turp. cau. vbi probatur quoties turpi- D tudo eſt ex parte recipientis pecuniam, tunc ſi ſoluatur ab eò qui promiſit, nulla exceptione oppoſita, repeti non poteſt.

Sed in d. l. 2. turpitudo eſt ex parte recipientis pecuniam, qui chirographum per vim extorſit & debitor ſoluit nulla querela propoſita: ergo repeti non poteſt: & hæc eſt ratio reſcripti.

Non placet; quia l. 8. loquitur quando turpitudo eſt ex parte dantis & recipientis. Cum enim eſt ex parte recipientis tantùm, datur repetitio l. 2. ff. de condit. ob turp. cau. l. pen. & vlt. C. eod.

Secus vbi eſt ex parte vtriuſq; quia repetitio non datur l. 3. ff. eod. & ita eſt in caſu d. l. 8. vt patet ex illis verbis. *Porrò autem ſi & dantis & recipientis turpis cauſa ſit, poſſeſſionem potiorem eſſe, & ideo repetitionem ceſſare, tametſi ex ſtipulatione ſolutum ſit.*

Sublata enim cauſa proxima ſtipulationis, priſtina cauſa ſupereſſet, hoc eſt, turpitudo ex vtraque parte, vt tex. indicat verbis ſequentibus.

Cõfirmatur; quia ſi in illa ſpecie de qua loquitur d. l. 8.

effet

eſſet turpitudo ex parte recipiẽtis tantùm, ſicut eſt in ca A ſu d.l.2. nulla cauſa adferri poſſet, cur ceſſatet repetitio. Nam pecunia eſſet apud eum cui ſoluta fuit, ſine cauſa: *Perpetuò autem Sabinus exiſtimauit veram opinionem exiſtimantium, id quod ex iniuſta cauſa apud aliquem ſit, poſſe condici.* l.6. de cond. ob turp. cau.

Sic puto dicendum in l.2. non competere repetitionẽ ex edicto quod metus cauſa, quia pecunia fuit ſponte ſoluta, nulla propoſita querela, vt ait tex. Poterat enim cõdici liberatio ſtipulationis, l.9. §. ſed etſi per vim. ff. quod met. cau.

Volo autem hic verba illa expendi. *Qua ratione vt vim paſſus, reſtitui quod illatum eſt poſtules.* Indicat enim tex. non dari repetitionẽ ex illo edicto quod metus cauſa, quia ſcilicet ſponte ſoluit, non condixit liberationẽ, nec vllam querelam propoſuit.

Verum iſti competere poteſt repetitio pecunię ſolutę alio remedio, videlicet cõdictione ob turpem cauſam; B quia turpitudo eſt ex parte recipientis tantùm, hoc eſt, illius qui extorſit per vim chirographum; Et hæc eſt ſententia l.7. de cond. ob turp. cau. quæ ita conciliari poteſt cum d.l.2. Quod paucis verbis indicat Cuiacius in l.9. §. ſed quod Prætor, ff. quod met. cau. ſic dicens: *Competit quidem condictio ob iniuſtam cauſam. l. ex ea. (quæ eſt l.7.) de cond. ob turp. cau non tamen actio quod metus cauſa, l.2. C. de his quæ vi vel met. cau. geſta ſunt.*

CAPVT XVII.

De teſtamento, facto ad alterius interrogationem.

SCripſi de hac quæſtione aliàs; ſed iuuat repetere quoniam poſteriores cogitationes ſunt meliores, quicquid ergo alibi dixerim, iſtis quæ nunc dicam ſtari volo.

Inter omnes conſtat teſtatorem debere no C minare hæredem ore proprio. l. Hæredes palam, de teſt. l. Iubemus, C. eod. Sed tamen recepta eſt ſententia Gloſ. ibi valere teſtamentum factum ad alterius interrogationem.

Sed controuerſia eſt, an iſtud indiſtinctè procedat, an verò cum quadam diſtinctione, ſi videlicet conſtiterit, & probatum fuerit, contenta in teſtamento facto ad alterius interrogationem, ſcripta fuiſſe de voluntate teſtatoris, eo ſcilicet dictante & exponente ſuam voluntatẽ notario, vel alteri qui eum poſtea interrogauit.

Et quidem abſque diſtinctione iſta procedere ſententiam Gloſ. & locum habere, etiamſi non conſtiterit voluiſſe teſtari, quoniam in poteſtate eius erat recuſare vel approbare hæredis nominationem, reſpondit Alex. cõſ. 33. nu. 11. li. 3. vbi dicit opinionem eorum qui aliter ſentiunt carere ratione & æquitate, D. Menoch alios citans de Præſump. lib. 4. Præſump. 8. nu. 16. & ſeq.

Sed contrariam ſententiam & communiorem & veriorem eſſe iudico. Nam quod ſit illa diſtinctio adhiben D da, vt ſententia Gloſ. in d.l. Iubemus, locum habeat, quãdo conſtat de voluntate teſtatoris, quod voluerit ita teſtari, & ſuam illam voluntatem prius expoſuerit ſeu dictauerit notario antequã interrogatus fuerit, docuerunt Caſtr. in l. Hac conſultiſſima. §. At cum humana, num. 2. C. de teſtam. & in conſ. 155. nu. 2. lib. 1. verſ. Tunc ergo. Corn. in d.l. Iubemus, nu. 31. & in conſ. 232. nu. 4. lib. 1. & 319. nu. 2. verſ. Et gloſ. illa eodem lib. Iaſ. in d.l. Iubemus, in fi. Crauet. conſ. 117. nu. 1. & 143. nu. 13. & 670. nume. 7. Soc. iunior conſ. 183. nu. 31. lib. 2. Ioan. Crot. in l. 1. §. ſi quis ita, nu. 21. de verb. obl; Anto. Gabr. tit. de teſta, concluſ. 2. nu. 10.

D. Tiberius Decian. conſ. 65. nu. 13. lib. 2. vbi citat Io. And. Rom. Corne. Butr. & Matiil. ſing. 449. nu. 2. Addo ego Ruin. conſ. 8. nu. 9. lib. 3. Petr. Anguſ. conſ. 73. nu. 16. Plot. conſil. 17. nu. 13. Collegium Patauinum conſ. 1. inter conſ. vlt. volunt. lib. 4. Becium conſ. 86. nu. 31. Couar. A in c. cum tibi, nu. 4. verſ. eſt tamen intelligenda. de teſta. D. Mantic. de coniect. lib. 2. tit. 6. nu. 9. Craſſ. de ſucceſ. §. Inſtitutio. q. 17. nu. 9. Surd. conſ. 414. nu. 54. lib. 3.

Ex quibus patet hanc eſſe communem ſententiam ſicut multi ex præallegatis teſtantur.

Et mihi veriſſima videtur, quia cum iura tam apertè requirant expreſſionem hæredis ore proprio teſtatoris, & Gloſ. in d.l. Iubemus, teſtamentum ipſum ſuſtineat factum ad interrogationem, per tex. in l. Hac cõſultiſſima, §. At cum humana, C. de teſtam. neceſſe eſt intelligere illam ſecundum legem quam allegat; & ideò ſecundum dictum tex. eſt intelligenda, qui loquitur quãdo teſtator prius notario ſuam voluntatem expoſuit, deinde interrogatus an ita vellet diſponere, reſpõdit, quod ſic. Alioqui non ex matura & deliberata voluntate teſtamenta procederent, & non deeſſet locus falſitatibus & malis ſuggeſtionibus.

B Non obſtat quod fuerit in poteſtate teſtatoris reſpondere, vel non reſpondere, conſentire vel non cõſentire, approbare vel reprobare hæredis nominationem; quia requiritur deliberata hæc voluntas, aut obſeruatio formæ à lege præſcriptæ, per expreſſionem factam nominis hęredis, vel per ęquipollentem modũ ſuprà dictum. Atque ita aliàs reſpondi Piſis, & verum puto.

CAPVT XVIII.

Ad l. Centurio, de vulg. & pupill.

QVæritur quis ſit ſenſus illorum verborum l. Centurio, de vulg. & pupil. *cum fructibus inuentis in hæreditate*. Vna eſt ſententia; illa verba intelligenda de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij. Barto. in d.l. Centurio, in vlt. opp. Baldus in 4. oppoſ. & 6. no. Imola num. 5. Aretin. col. 1. vbi dicit hanc eſſe commu C nem ſententiam Socinus ſenior nu. 13. & num. 28. Ripa num. 38. Alciatus num. 53. Socin. iun. nu. 164. Aquilinus num. 126.

Primum arg. eſt Bart. quoniam ſubſtitutio eſt directa militaris, quæ ſuſtinetur ex militari priuilegio; ideo veniunt etiã fructus ab hærede percepti, licet in fideicommiſſaria non veniant, l. In fideicommiſſaria, ff. ad Treb.

Reſpondet Socin. iun. nu. 169. nullibi apparere in toto iure, quod fructus percepti ab hærede pertineant ad ſubſtitutum militarem. Priuilegia enim militum ſtrictè ſunt accipienda, vt minus derogent iuri cõmuni, l. quod verò, de legibus.

Secundum argu. eſt Aretini col. 1. verſ. & tamen quoniam, illa verba tex. *cum fructibus*, &c. eſſent ſuperflua, ſi intelligerentur de fructibus inuentis tempore mortis teſtatoris, quia fructus ſunt pars hæreditatis, l. Item veniunt, §. Item non ſolum, de pet. hære. conſequenter cũ tex. dixerit ſubſtitutum capere bona patris, etiã fructus D huiuſmodi comprehendit. Itaque non erat opus addere *cum fructibus*. Ergo neceſſe eſt intelligere de fructib. inuentis tempore mortis filij.

Reſpondet Decius in l. In teſtamento, nu. 16. verſ. Mihi tamen placet, C. de teſta. mil. illa verba non eſſe ſuperflua, licet intelligantur de fructibus inuentis tempore mortis teſtatoris; licet enim tales fructus ſint vniti cum hæreditate, tamen petuntur ſub nomine fructuum, d.l. Item veniunt, §. Fructus, de pet. hæred. & ſic textus non ſine cauſa fecit mentionem fructuum.

Sed replicat Soc. ſenior in l. Centurio, nu. 13. fructus perceptos ex hæreditate peti ſub nomine fructuum, quando percipiuntur poſt mortem teſtatoris. Ita enim loquitur text. in d. §. Fructus, ſed tex. noſter loquitur de fructibus inuentis in hæreditate, & ſic perceptis in vita teſtatoris; qui non dicuntur fructus, ſed bona defuncti; & idem in effectu replicat Ripa nu. 39.

At Socin. iun. num. 169. reſpondet etiam fructus perceptos

ceptos tempore mortis, dici poſſe fructus, ſi contingat A de illis diſputari. Pro qua reſpõſione nihil adfertur; ego adfero. l. 1. C. de his quib. vt indig. vbi fructus dicuntur tam percepti, quàm inuenti in prædiis hæreditariis, & ſic etiam percepti in vita teſtatoris.

Tertium argumentum pro hac communi ſentẽtia eſt Socini ſenioris, vbi ſupra dicit text. ſubſtitutum capere fructus inuentos in hæreditate, ergo à contrario ſenſu, conſumptos non capit, quia iſti non inueniuntur in hæreditate; quod tamẽ eſſet falſum ſi intelligeretur de fructibus inuentis in hæreditate teſtatoris, tempore mortis eius: quoniam ſi filius eos cõſumpſiſſet, teneretur reſtituere, ſicut cętera patris bona, l. Marcellus, §. res quę. ad Trebell.

Reſpondet Socin. iun. nu. 169. argumentum à contrario ſenſu locũ habere hoc modo; Subſtitutus habet fructus inuentos in hæreditate: ergo non poteſt petere cõſumptos, ſcilicet à teſtatore. Et licet iſtud ſit indubitatũ, tamen argumẽtum à contrario ſenſu toleratur, licet ſit B indubitatum id, quod ex eo infertur.

Quartum argumentũ colligitur ex Iaſone in d. l. Centurio, nu. 14. Fructus non conſeruantur vltra triennium, Gloſ. in l. Vn. C. ſi aduer. vſuca. Ergo tex. noſter intelligi non poteſt de fructibus qui erant in hæreditate tempore mortis patris; quia iſti præſumuntur conſumpti, & nõ extare amplius cum filius moritur, & ſubſtitutus ſuccedit; niſi velimus filium vixiſſe tantum triennio; quod eſt diuinare.

Reſp. Socin. iun. nu. 169 cum de aliqua re diſputatur cætera præſupponi habilia, l. Qui teſtamento, de teſtam. & ſic præſupponendum eſſe, fructus extare tẽpore mortis filij.

Addit Ripa, num. 40. filium videri fuiſſe in culpa non diſtrahendo tales fructus, qui ſeruari non poterant, l. lex quæ, C. de admi. tuto. Et conſequenter ſi perierint, tenetur ad eorum æſtimationem, l. mulier, § ſed enim, ff. ad Trebell. C

Vltimum argumentum eſt Socini iun. nu. 170. qualitas adiecta verbo, debet intelligi ſecũdum tempus verbi, l. In delictis, §. Si extraneus, de noxal. declarat Bart. in l. Ex facto, de vulg.

Sed iſta qualitas quod fructus inuenti in hæreditate pertineant ad ſubſtitutũ, eſt adiecta verbo capiet: ergo debet intelligi ſecundum tempus verbi, & conſequenter ſecundum tempus quo dicti fructus percipiuntur, id eſt, tempus mortis filij, & ſic de inuẽtis tempore mortis filij.

Reſponderi poteſt inſpiciendum eſſe tempus mortis filij, vt ſubſtitutus fructus capiat, ſed non capit fructus à filio perceptos, verùm eos fructus quos teſtator in hæreditate reliquit, & nunc extant tempore mortis filij: Nam ſicut verbum *capiet*, determinat qualitatem illam bonorum patris ſecundum tempus mortis filij, ſic determinare debet quoad fructus inuentos in hæreditate, ſcilicet vt intelligatur de fructibus, qui erant in hæreditate D patris, & illos vnà cũ bonis patris, ſubſtitutus habeat tempore mortis filij.

Contrariam ſententiam, videlicet tex. intelligendum eſſe de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis patris ſecuti ſunt Ang. in l. Centurio: Caſtren. num. 6. Alex. nu. 39. Dec. in l. In teſtamento, nu. 16. C. de teſtam. mil. & ibidem Iaſon, nu. 13.

Primum argumentum Ang. & Alex. Hæres grauatus alteri reſtituere hæreditatem, non tenetur reſtituere. fructus quos percepit, niſi fuerit in mora, l. In fideicommiſſaria, l. Ita tamen, §. 1. l. Poſtulante, §. vlt. ad Treb.

Ergo filius qui eſt hæres teſtatoris in d. l. Centurio, non tenetur fructus quos percepit reſtituere ſubſtituto, cũ nõ fuerit in mora. Si enim qui grauatus eſt non tenetur reſtituere huiuſmodi fructus, multò minus qui grauatus non eſt. Filius autem iſte non eſt grauatus, quia datus eſt illi ſubſtitutus directò, vt in textu.

A Reſpondet Ripa, nu. 40. & Soci. iun. nu. 166. eum cui datus eſt ſubſtitutus verbis directis deterioris eſſe conditionis, quàm is, qui grauatus eſt per fideicommiſſum. Nam grauatus per fideicommiſſum deducit quartã ex Trebelliano, l. Iubemus, C. ad Treb. Is verò cui datus eſt directò ſubſtitutus, non deducit. Iſte definit eſſe hæres, ille non item. Nil igitur mirum, ſi & hoc in caſu eſt deterioris conditionis.

Secundum argumentum eſt Alex. nu. 39. Tex. loquitur de fructibus inuentis in hæreditate: ergo non loquitur de inuentis tempore mortis filij, quia illa nõ eſt hæreditas, ſed patrimonium ipſius filij, l. Sed etſi plures, §. Filio, de vulg.

Reſp. Socin. iun. nu. 167. hæreditatem aditam retinere ſuum nomen cum alteri reſtituenda eſt. l. 1. ad Trebellian. Sed hic filius tenetur eam reſtituere ſubſtituto, ergo, &c.

Tertium argumentum ſumitur ex Decio in d. l. In te- B ſtamento, nu. 16. Verba in dubio debent referri ad teſtatorem, non autem ad hęredem. l. Cùm in teſtamento. & ibi Bart. de auro & arg. leg. Ergo verba illa tex. *cum fructibus inuentis in hæreditate*, debent referri ad hæreditatem teſtatoris, non autem hæredis.

Reſpon. Socin. iun. nu. 168. doctr. Bart. in l. Cum in teſtamẽto, locum habere in verbis teſtatoris, ſed hæc verba ſunt legis, non autem teſtatoris.

Replica: Ripa, nu. 40. etiam verba legis referẽda eſſe in dubio ad teſtatorem, arg. l. Filiusfa. §. Diui, de lega. 1. vbi illud verbum *creditoribus*, refertur ad creditores teſtatoris. Sed reſponderi poteſt illud ibi contingere propter ſubiectam materiam, nec poſſe inferri regulam generalem, vt infertur.

Vltimum argumentum (omiſſis leuibus) ſumi poteſt ex Aretino in d. l. Cẽturio, col. 2. Miles directò ſubſtituere poteſt poſt pubertatem in bonis, quæ ex teſtamento ad hæredem ſuum peruenerunt. l. 5. ff. de mil. teſta. Sed C fructus ab hærede percepti, in caſu d. l. Centurio, non peruenerunt ad ipſum hæredem ex teſtamento, ſaltem imediatè ſicut illa dictio, ex, requirit, vt per Bart. in l. Ex placito, C. de rerum permu. & in l. Non dubium, C. de legibus, & eſt tex. in l. Socium qui, ff. pro ſocio. Ergo nõ pertinent ad ſubſtitutum.

Hæc ſunt ab aliis dicta & conſiderata. Mihi magis placet eorum ſententia, qui dixerunt illa verba intelligenda de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis patris teſtatoris.

Primò, quia tex. dicit ſubſtitutum capere bona patris tantum, vnà cum fructibus inuentis in hæreditate: ſi enim tales fructus non eſſent teſtatoris, ſed filij, textus cõtineret repugnantiam, quia caperet bona patris, & etiã filij; iſti enim fructus ſunt filij, quos ipſe filius percepit; tanquam hæres patris.

Secundò, quia fructus ab hærede percepti, diſtinguũ- D tur à fructibus inuentis in hæreditate, l. 1. C. de his, quibus vt indig.

Tertiò, quia grauatus per fideicõmiſſum fructus perceptos ante moram facit ſuos, nec veniunt in reſtitutionem fideicommiſſi, l. in fideicommiſſaria, ad Trebel. ergo nec iſte.

Non obſtat quod dicebatur deterioris eſſe conditionis iſtum cui datus eſt directò ſubſtitutus. Hoc enim procedere poteſt in certis caſibus, ſed non reſpectu dominij, quod habet antequam eueniat caſus ſubſtitutionis. Eſt enim dominus pleno iure non minùs quàm hæres grauatus per fideicommiſſum, ergo fructus ſuos facit; & non tenetur reſtituere. Etſi in eo grauatur vt non detrahat quartam, ex Trebelliano, non eſt etiam in hoc grauandus, vt fructus reſtituat, qui, cum moritur, reperiuntur in eius hæreditate: imò potius reuelandus, arg. l. Eum qui, de iureiur.

CAPVT.

A

CAPVT XIX.

Fideicommiſſum reſultans ex probibitione alienationis, iuncta cauſa, quia volo bona conſeruari in agnatione; *an reſtringatur ad terminos ſubſtitutionis precedentis.*

IN cauſa nobiliũ Varnienſium Piſanorum Teſtator inſtituerat filios ſuos, & deſcendentes eorum ſubſtituerat; prohibens ipſis alienationem bonorũ extra familiam: quod ſi aliquis alienaret, ſubſtituit Bartholomeum fratrem ſuum, cui ſimiliter alienationẽ prohibuit, & in caſu alienationis, ſubſtituit eius deſcendentes, quia voluit bona ſua cõſeruari in familia. Filij & deſcendentes non alienarunt, & ideo nunquam fuit locus fideicommiſſo in fauorem Bartholomei, quia fuit vocatus in caſum alienationis, qui non euenit. Succeſſit tamen dictus Bartholomeus iure ſanguinis in dictis bonis, nec alienauit: Cùm autem ad fœminas proximiores bona perueniſſent, proximiores agnati de familia inſtituerunt aduerſus mulieres iudicium ex fideicommiſſo reſultante propter illa verba, quia voluit bona conſeruari in familia.

Pro quibus adducta fuit authoritas atque ſententia eorum, qui ex dicta clauſula voluerunt generale fideicommiſſum induci, non reſtrictum ad precedẽtem ſubſtitutionem. Riminal. Iun. conſilio 20. numer. 13. & 456. nume. 28. Surdus conſ. 67. numero 20. Bitetta conſi. 116. nu. 20. Macabrunus conſ. 61. nu. 240. D. Petra de Fideic. quæſt. 11. num. 568.

Sed contrarium deciſum fuit: quam ſententiam ego cum Clariſſimis atq; Excellentiſſimis duobus Collegis meis amplexus fui; Motus, quia non potuit fundari hoc fideicommiſſum in perſona Bartholomei, quia non fuit vocatus niſi in caſu alienationis factæ à deſcendentibus teſtatoris, quæ nõ fuit facta; ergo nec grauari potuit niſi eo in caſu, quo fuit vocatus. l. Ab eo. C. de fideicomm. Et cum ipſe Bartholomeus frater teſtatoris nõ fuerit vocatus niſi in caſu alienationis, non eſt mihi viſum veriſimile alios agnatos remotiores & nondum natos, qui ex dicto Bartholomeo deſcendere debebant, vocatos fuiſſe aliter, quàm in caſu alienationis. Et cum teſtator non vocauerit Bartholomeum in caſu quo ipſius teſtatoris deſcendentes deficerent; ſed tantummodo in caſu alienationis, non eſt credendum voluiſſe vocare dictos naſcituros remotiores, niſi in caſu alienationis. Viſum eſt igitur fideicommiſſum reſultans ex illis verbis *quia volo* reſtringendum eſſe ad terminos præcedentis ſubſtitutionis, in perſona Bartholomei: quod ſi in perſona eius locum habuiſſet ſubſtitutio ex alienatione, quæ fuiſſet ſecuta, non erat qui dubitaret, quin poſtea locus fuiſſet generali & abſoluto fideicommiſſo in caſu mortis, in fauorem familiæ totius, & ita Doctores ſuperius allegati accipiendi viſi ſunt. Et quod fiat reſtrictio ad terminos præcedentis ſubſtitutionis, eaque deficiente deficiat fideicommiſſum in terminis noſtris, communior eſt ſententia Alexander conſilio 24. num. 6. & 59. numero 21. libro 3. Decius cõſilio 291. numero 6. & 636. numero 8. Ruinus conſi. 134. numero decimoquinto, libro tertio, Gozadinus conſilio 30. numero decimoſexto. Robeus conſilio 120. numero 9. Alciatus cõſilio 31. numero 22. libro 9. D. Ceſalus conſilio decimoſeptimo, numero 24. & 153. numero 56. & 477. numero 13. & 16. & 544. numero 12. & 16. Roland. conſilio 34. numero 65. libro 4. Hiero. Gab conſilio 132. Burſatus conſilio 195. numero 9. Oſaſchus deciſ. 50. numero 12. Pedroca conſilio 19. numero 56. Hippo. Rimi. conſilio 80. numero 32. Albanus conſilio primo, numero octauo, & conſilio vigeſimoprimo, numero 8.

CAPVT XX.

Fideicommiſſum conditionale, an tranſmittatur ad filios præmoriente patre ante euentum conditionis, quando filiorum teſtator rationem habuit, ponendo eos in conditione.

NOn patiar pro virili mea vires aſſumere maiores eorum ſentẽtiam qui dixerunt, conditionale fideicommiſſum tranſmitti ad filios præmoriente patre ante conditionis euentum, quando filiorum viſus eſt teſtator rationem habere, ponendo eos in conditione. Sic enim voluerunt multi à D. Ceſalo citati conſi. 16. nu. 42. & ab Oddo de compendioſa

B parte 6. art. 2. num. 21. Latiſſimè Hondedeus conſi. 70. Menoch. conſ. 452. num. 56.

Nullo enim ſatis firmo nituntur fundamẽto, niſi imaginaria quadam teſtatoris voluntate, quã non videmus; repugnantibus iuris regulis, quę conditionalis fideicommiſſi tranſmiſſionem impediunt. l. Vn. §. Sin autem, C. de cadu. toll. D. Mantica, latè lib. 11. tit. 20. Repugnante tex. expreſſo in l. Hæredes mei. §. Cum ita. ad Trebell.

Contrariam igitur ſententiam amplector quam amplexi fuere Curtius iunior conſ. 69. Ruin. cõſi. 181. lib. 2. Pariſius conſ. 63. lib. 3. Natta conſ. 551. num. 15. Ripa in d. §. Cum ita, nu. 64. Torniellus, nu. 67. Socin. iun. nu. 37. & 47. & iſtos citat & ſequitur Peregrinus de fideicommiſ. art. 31. nu. 16. Adde D. Manticam de coniect. lib. 11. tit. 20. ſub nu. 28. & quibus me lubens ſocium adiungo. Fundamẽtum enim habet in regula iuris generali, quod fideicommiſſum conditionale non transfertur, & in ſpeciali deciſione d. §. Cum ita.

C

CAPVT XXI.

De fideicommiſſo conditionali vnito cum iure accreſcendi, an tranſmittatur.

NEc permittam firmiores agere radices eorum ſententiam, qui dixerunt fideicommiſſum conditionale tranſmitti ante conditionis euẽtum, ſi fuerit vnitum cum iure accreſcendi. Ita D. Ceſalus conſ. 16. nu. 45. & 283. nu. 26. Crauetta conſ. 567. nu. 3. Hondedeus latè conſ. 70.

Quibus ſeſe oppoſuere D. Mantica de coniect. lib. 11. tit. 20. nu. 13. Menoch. conſ. 200. nu. 116. Peregrin. de fideicommiſ. artic. 31. num. 16. in fine, qui multos alios citant; quos ego ſequor, ſecutus Iureconſultum in l. Heredes mei. §. Cum ita. ad Trebell. & communem regulam,

D quod fideicommiſſa conditionalia non tranſmittuntur, l. Vn. §. Sin autem. C. de cad. tollen. Quibus nihil obſtat, l. Qui patri, de acq. hæred. vbi contraria ſententia fundamentum habet; quia loquitur in ſpeciali caſu, & de pupillari ſubſtitutione, & diuerſam habet rationem, quę in fideicommiſſo non militat: Vis videre: Neratius. *Qui Patri heres extitit, ſi idem filio impuberi ſubſtitutus eſt; non poteſt hereditatem eius prætermittere: quod ſic recipiendum eſt; etiamſi viuo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes deceſſerit. Nam is qui heres extiterit, pupillo quoque heres neceſſariò erit. Nam ſi ipſum inuitum obligat, coniungi eum paterna hereditati, & accreſcendi iure acquiri ei cuiuſque patri hered. exiſtimandum eſt.* Illa ratio. *Nam is qui heres extiterit, &c.* rurſus illa. *Nam ſi ipſum inuitum obligat, &c.* non habent locum in fideicommiſſo. Quid igitur commune habet fideicommiſſaria ſubſtitutio cum pupillari, longè diuerſa & diuerſam rationem habente?

CAPVT

CAPVT XXII.

Vtrum pupillaris tacita contineatur in vulgari expreſſa, matre viuente, licet non habeat effectum contra matrem.

A VAriæ ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Prima eſt contineri, Bar. in l. Centurio, in 4. oppo. de vulg. & eſt comm. vt teſtatur ibi Socin. iun. nu. 123. Menoch. de Præſump. lib. 4. Præſumpt. 40. Mantica de coniect. lib. 5. tit. 13. num. 18.

Fundamentum eſt in l. vlt. C. de inſtit. & ſubſt. vbi dicitur tacitam pupillarem locum habere, ſi mater moriatur ante pupillum, ergo ab initio continetur in expreſſa, quia ſi non contineretur, non poſſet effectũ habere mortua matre ante pupillum; propter iuris regulam, quę ab initio inutilis eſt inſtitutio, tractu temporis non conualeſcit. l. quæ ab initio, de reg. iur.

B Et quia pupillaris tacita, venit ex voluntate teſtatoris tacita. l. Iam hoc iure, eod. tit. Non poteſt autem teſtatoris voluntas conſiderari, niſi ſecũdum tempus teſtamenti. l. Si ita, de auro & arg. leg. Nam vt dicebat Aretin. in d. l. Centurio, col. 5. voluntas teſtatoris morte eius expirat. l. 4 ff. locati.

Huic argumento reſpõſio colligitur ex mente Decij in l. Precibus, num. 11. C. de impub. & Socin. Iun. in d. l. Centurio, nu. 127. locum habere in inſtitutione facta ab homine, tunc ſi non valet initio, nec tractu temporis cõualeſcit; ſecus in inſtitutione inducta à lege, quia illa poteſt inducere ex poſt facto; non enim ad certum tempus reſtricta eſt, vt homo. Itaq; in propoſito noſtro lex inducit tacitam ſubſtitutionem poſt mortem matris.

Sic videmus teſtamentum in quo filius eſt prçteritus, non valere ab initio, & tamen tractu temporis conualeſcere. l. 2. §. Expectandi, de bonor. poſſeſſ. contra tab. Sic in l. Titius. §. Lucius, de lib. & poſthum. inſtitutio facta de nepote naſcituro tempore teſtamenti, non valet cum iam natus eſſet, & tamen lex voluit eam valere ex præſumpta mente teſtatoris.

C Confirmatur iſta reſponſio, quia regula legis, Quæ ab initio. locum habet, quando ab initio non valet inſtitutio ex defectu ſubſtantialium; ſecus ſi non valeat ex defectu accidentalium; tunc enim tractu temporis poteſt conualeſcere. l. qui ſoluendo, de hæred. inſtit. Dec. in d. l. quæ ab initio.

Sed in quæſtione noſtra hæc ſubſtitutio non continetur ab initio ex accidenti, quia mater viuit; ergo matre mortua poteſt conualeſcere.

Contrariam ſententiam habuerunt Doctores Vltramontani, vt refert Bar. in d. l. Centurio. Ruinus ibi, nu. 8. Ripa, num. 34.

D Fundamentum eſt, quia actus defunctorum non poſſunt ſtare in ſuſpenſo. l. vlt. ff. comm. præd. ſed ſi hæc tacita pupillaris contineretur in expreſſa, actus defuncti maneret in ſuſpenſo, Penderet enim ex vita vel morte matris.

Reſponderi poteſt, iſtud nõ eſſe abſurdum. l. ſi nemo, de teſta. tut. quia non vltima voluntas, ſed illius effectus manet in ſuſpenſo, Menoch. vbi ſuprà, num. 6.

Secũdò pro hac ſentẽtia adfertur. l. 2. ff. de vulg. verſ. ſed etſi extraneũ, vbi ſubſtitutio pupillaris facta de perſona extranea non valet in principio, & tamen conualidatur, ſi poſtea extraneum teſtator adoptauerit in locum filij.

Reſpon. Socin. Iun. in d. l. Centurio, nu. 127. eo in caſu impedimentũ ceſſare viuẽte teſtatore, ſecus in quæſtione noſtra, quia mater moritur poſt teſtatorem.

Tertiò pro hac ſententia adfertur regula, taciti & expreſſi eadem eſt virtus. l. Cum res, de leg. 1. l. cum quid. ſi cer. pet. Ergo ſi tacita iſta pupillaris cõtineretur matre viuente, illa matrem excluderet, ſicut expreſſa excludit.

A Reſpondet Bart. in d. l. Centurio, non ſemper taciti & expreſſi eandem eſſe virtutem. l. 2. de lib. & poſthumis: quæ ſolutio non placuit Saliceto in d. l. Precib. colum. 3. quia non eſt recedendum à regula, licet in aliquo caſu reperiatur limitata.

Reſpondet Iaſon in d. l. Centurio, numero 22. pupillarem excludere matrem, ex quadam legis diſpenſatione, quę cum ſit odioſa, c. 1. de fil. presbyt. non extenditur ad tacitam, & ſic taciti & expreſſi non eſſe parem virtutem in odioſis.

At Socin. Iun. in d. l. Centurio, numero 126. negat eſſe diſpenſationem; & dicit etiam in diſpenſationibus fieri extenſionem: Nam in teſtamento militis non eſt locus querelç de inofficioſo. l. De inofficioſo. C. de mil. teſtam. l. ſi inſtituta. §. De inofficioſo. ff. de inoff. teſtam. & tamen hoc extenditur ad tacitam exhæredationem. l. Sicut certi. C. de milit. teſtam. Ideo aliter ipſe Socin. Iun. reſpondet. Taciti & expreſſi non eandem eſſe virtutem, quan-

B do tacitum venit ex natura expreſſi. Tacita autem pupillaris non venit ex natura ſubſtitutionis, ſed ex interpretatione, d. l. Iam hoc iure. de vulg.

Sed tamẽ ſolutio Bartoli videtur bona, quia dum adduxit. l. 2. de lib. & poſthum. voluit inferre in materiam priuationis hæreditatis, tacitum non ęquiualere expreſſo. Hic autem agitur de priuatione matris, quia excluditur ab hæreditate filij, ergo non bene infertur de expreſſo ad tacitum; quia legis interpretatio ceſſat, vbi priuatio inducitur. Menoch. de Præſumpt. Præſum 40. nu. 10.

Nec obſtat quod inquit Ripa in d. l. Centurio, nu. 34. in exhæredatione non eſſe parem virtutem taciti & expreſſi, propter formam à lege traditam, vt expreſſa fiat exhæredatio. Nam generaliter verum hoc videtur, non induci priuationem, niſi in caſu expreſſo. §. Cum igitur, in Authent. de non elig. ſecun. nub. Menochius de arbit. caſu 276.

C Tertia eſt opinio, pupillarem hanc tacitam manere in ſuſpenſo. Nam ſi mater moriatur, effectum habet, ſi non præmoriatur, ſecus. Ita Bal. in d. l. Precibus, in 20. opp & ibidem Salic. Socin. Sen. in d. l. Centurio, nu. 12.

Fundamentum eſt, quia non eſt nouum iure noſtro, vt aliquid in ſuſpenſo maneat. l. 1. §. ſi pendeat. ff. ad Maced. l. ſi impuberem. ff. de falſ. in §. 1. & alibi. Expedit autem dicere, quod maneat in ſuſpenſo, quia ſi dixerimus contineri ab initio, tunc fruſtrà contineretur, ſi mater ſuperuiueret: lex aũt non permittit actum fruſtratorium. l. Dominus teſtam. de cond. indeb. l. 1. §. Dixerit aliquis. de publicanis. l. Hæc ſtipulatio. §. Diuus, vt lega. nom. cau. Sic & ius accreſcẽdi eſt quædam legalis ſubſtitutio, l. ſi Titio & Mæuio. §. 1. de leg. 1. quæ ceſſat, dato ſubſtituto vulgari, l. pen. de iniuſto rup. Ceſſante autem ſubſtituto, vulgaris locũ habet. Reſpon. Socin. Iun. in d. l. Centurio, num. 129. vltimas voluntates non poſſe ſtare in ſu-

D ſpenſo: & non dici ſuperfluum, quod aliquo in caſu effectum operatur: Iaſon in l. Nemo, col. 3. verſ. ſuſtinendo communem. C. qui teſta. fa. poſſ.

Vltima eſt opinio, hanc pupillarem ab initio contineri quantum ad ſubſtantiam; quantum verò ad effectum ineſſe ſub conditione, ſi mater præmoriatur, vel non velit, aut non poſſit hæres eſſe. Ita Aretin. in d. l. Centurio, col. 5. Socinus Iun. numero 129. Bologuet. num. 88. Menoch. loco ſuprà citato.

Quæ ſententia eſt eadem cum ſententia Bartoli quam primo loco retuli; & eſt communis vt ibi dixi, & mihi veriſſima videtur. Moueor ex d. l. vlt. C. de inſt. & ſubſt. vbi fruſtrà quæreretur an mater ſubſtitutũ excluderet, vel contrà ſubſtitutus, matrem, niſi à principio ineſſet: Quia igitur à principio ineſt, videbatur dicendum, matrem excludi; & hæc ratio fuit dubitandi.

Contrarium deciditur, quia licet inſit, nõ tamen effectum habet contra matrem: vt ibi. Et hanc puto eſſe veritatem, quæ nimiam ſubtilitatem vincere debet.

CAPVT XXIII.

Vtrum compendioſa ſubſtitutio verbis communibus facta filio impuberi, ſine temporum diſtributione, ſit omni tempore fideicommiſſaria.

HVIuſmodi ſubſtitutionem filio mortuo in pupillari ætate, valere in vim pupillaris, poſtea in fideicommiſſariam transferri, cõmunis eſt ſententia Bar. in l. Centurio, nu. 26. de vulga. Ripa ibi nu. 114. Soc. iun. nu. 257. nouiſſimè Peregrin. de fidei com. art. 34. nu. 24.

Argumenta ſunt iſta. Primum Bart. quicquid determinatur ſecundum curſum tpis, variatò tpe variatur. l. pretia rerũ, §. nonnullam, ad l. Fal. l. Titia Seio, §. vſuras, de leg. 2. l. pe. C. de vſufr. l. Põponius in negotiis, de neg. ge. Sed hæc ſubſtitutio determinatur ſecundũ curſum tpis, vt paret: ergo variari debet ſecundum diuerſitatẽ tpis. Reſp. Ripa vbi ſuprà, negando ſubſtitutionẽ hãc recipere determinationẽ ex curſu tpis, imo vř eam recipere ex voluntate teſtantis. l. in conditionibus, de cond. & dem.

Secundum arg. eſt eiuſdem Bar. ex l. Pater Seuerinã, §. Conditionum, de cond. & dem. vbi datio tutoris in teſtamento valet intra tempus pupillaris ætatis: poſtea verò tutores dati intelliguntur eſſe curatores. Reſp. Ripa vbi ſuprà, ibi non potuiſſe ſuſtineri voluntatem teſtatoris, niſi fieret variatio; ſed hic ſuſtineri poteſt ſemper, in vim fideicommiſſariæ.

Tertiò ſolet adferri l. Centurio, de vulg. vbi variatur ſubſtitutio: ſed reſpon. Ripa vbi ſuprà, loqui de priuilegio militari: Ex quo infertur in contrarium eſſe ius cõmune, l. Ius ſingulare, de legib.

Quartò adducitur l. precibus, C. de impob. Reſp. poteſt loqui in milite, nec conſtare, factam fuiſſe ibi ſubſtitutionem verbis communibus.

C Quintò adducitur cap. Si pater, de teſta. in 6. Reſpon. Bar. conſ. 54. nu. 5. teſtatorem ibi vſum fuiſſe verbis directis, quoniã illa verba *Moriatur ei*, ſunt directa, quaſi dicat, moriatur ad vtilitatem eius.

Sed replicat Alex. in d. l. Centurio, etiam ad vtilitatẽ ſubſtituti per fideicõmiſſum videri mortuum hæredem grauatum. Verum text. in d. c. ſi pater, aliter etiã induci ſolet pro hac ſentẽtia, quatenus, videlicet dicit, in dubio ſubſtitutionem intelligẽdam eſſe, vt ſit directa, non aũt obliqua: ergo intra tempus pubertatis directa eſſe intelligitur. Reſp. Corneus in d. l. precib. illam regulã reſtringi debere ad caſum, de quo agitur in d. c. ſi pater, vt colligitur ex illis verbis d. c. ſi pater, *ſicut* &c. Sed Iaſ. in d. l. Centurio. & poſt eum Socin. iun. nu. 262. reſpondent regulam eſſe generalem, & illud eſſe exemplum directæ ſubſtitutionis, quod nõ reſtringit regulam §. hactenus, Inſtit. de gradib. Aliter reſp. Ripa ad c. ſi pater, loqui de directa ſubſtitutione, vt paret ex limitatione ipſius regulæ ibi: *quanquam interdum directa trahatur ad obliquam.*

D Replicat Soc. iun. illum verſiculum loqui de ſubſtitutione directa, non autem de ſubſtitutione facta per verba directa. Quod nihil eſt dicere, quia nulla eſt ratio diuerſitatis inter directam ſubſtitutionem, & eam quæ fit per verba directa. Reſp. igitur põt tex. in d. c. ſi pater, loqui de ſubſtitutione facta, ſi filius deceſſerit ſine liberis, per verba dubia; nam ſi eſſent directa ſua natura, nulla fuiſſet opus interpretatione, l. ille aut ille. §. Cum in verbis, de legat. 3. At S. Pontifex ibi dicit interpretari debere vt ſint directa, ergo non erant directa ſua natura.

Sexto pro cõm. adfertur: Verba debent intelligi ſecũdum conditionẽ perſonæ, l. Plenum, §. equiti, de vſu & hab. Sed iſta ſubſtitutiò refertur ad pupillũ; ergo debet intelligi pupillaris, intra tp̃s pubertatis. Reſp. põt etiam in perſona pupilli rectè conſiſtere fideicommiſſariam, & ideo non eſſe neceſſarium, vt pupillaris intelligatur.

Septimò adfertur. Fideicõmiſſum eſt onus. l. cohæredi, §. cum filiæ, de vulg. Pupillaris aũt ſubſtitutio conti-

A net fauorem pupilli. l. ſi pupillus, de acq. hær. ergo præſumitur facta potius pupillaris, quàm fideicõmiſſaria, ne filius grauetur à patre, qui præſumitur bonũ capere cõſilium pro filio. l. nec in ea, de adult. Reſp. poteſt nulla lege probari, q̃ pupillaris ſubſtitutio contineat fauorẽ filij; ſolùm probatur in d. l. ſi pupillus, vtile eſſe pupillo vt ſucceſſorem habeat: poteſt autem illum habere aliter, quàm per ſubſtitutionem pupillarem, vt paret.

Vltimò adducitur. Verba ſunt intelligenda in potentiori ſignificatu. l. 1. §. 1. ff. ſi ag. vec. ergo vt ſint directa. Reſponderi poteſt, cum verba ſunt cõmunia, æquè propriè adaptari ad obliquam, ſicut ad directam.

Contrariam ſententiam, videlicet in propoſita ſpecie ſubſtitutionem omni tempore fideicommiſſariam eſſe, amplexi ſunt Doctores antiqui, quos refert Bart. in d. l. Centurio, & fuit olim communis, teſte Ripa, num. 117. quam & conſulendo Bart. aliquando ſecutus eſt.

B Primum arg. Valet argumentum de perſonis ad tempus. l. qui plures, de vulg. Sed ſubſtitutio reſpiciens plures perſonas, eſt vniformis, reſpectu omnium, l. iam hoc iure, ſupra eo. ergo & reſpiciens plura tempora, eſt vniformis, reſpectu om̃ium temporum. Reſpondetur ex mẽte Ripæ & Soc. iun. illud argm̃ non valere, vbi eſt diuerſa ratio. Eſt aũt hic diuerſa ratio. Nam in perſonis ideò eſt vniformis, quia aliàs reſultaret inæqualitas, vt in d. l. Iam hoc iure: illa autem inæqualitas nõ oritur, licet ſubſtitutio non ſit vniformis reſpectu temporum.

Secundùm arg. Non debet fieri diuiſio voluntatis, l. eum qui. §. vlt. ff. de his qui. vt indi. ſed hic fieret diuiſio voluntatis, ſi ſubſtitutio vno tpe eſſet directa, alio tpe fideicommiſſaria: ergo omni tempore eſt fideicommiſſaria. Reſp. hanc nõ eſſe diuiſionem voluntatis teſtatoris, quia cùm ſubſtitutio reſpiciat plura tpa, cenſetur facta diuerſo modo, ſecundũ temporum diuerſitatem. Alia rõ eſt in d. §. fi. quia ibi ſi heres haberet partẽ legati, & partem fiſco reſtitueret, fieret diuiſio voluntatis teſtatoris.

C Tertium arg. Vna & eadem res non debet diuerſo iure cenſeri. l. eum qui ædes, de vſucap. Reſp. illam regulã procedere in diſpoſitione, quæ reſpicit vnum tempus, ſecus ſi diuerſa tẽpora reſpiciat. l. Centurio, de vulg. d. l. precib. C. de impub. Soc. iun. in d. l. Centurio, nu. 263.

Mihi placet prima ſententia, quæ communis eſt. Et moueor, d. c. Si pater.

Non obſtat reſp. Ripæ, quia ibi ſunt duæ regulę: Vna, q̃ ſubſtitutio debet interpretari vt ſit directa: Altera, q̃ directa ſubſtitutio interdum trahitur ad obliquam. Hęc non eſt exceptio prioris regulę: quia prior regula loquitur in dubio, qñ. ſ. ſubſtitutio non eſt directa, ſed dubia, tunc interpretari debet, vt ſit potius directa, quàm obliqua. Altera verò regula loquitur de ſubſtitutione directa prorſus, quòd interdũ trahatur ad obliquã: Deinde moueor rõne qua vtitur Bal. in d. l. precib. nu. 41. & poſt eum Pereg. de fideicom. art. 34. nu. 28. Compendioſa cõ-

D tinet vulgarẽ, vt per Bart. in d. l. Centurio, nu. 32. ſed in vulgari cõtinetur tacita pupillaris. d. l. iam hoc iure, de vulg. ergo in compendioſa continetur tacita pupillaris.

CAPVT XXIV.

Dos promiſſa, ân ſit propriè dos?

TRactant hanc quæſtionẽ Doct. in rub. ſol. matr. vbi Alex. nu. 26. Ripa, nu. 58. Soc. iun. nu. 18. in 3. par. lo. Bolog. nu. 144. Ruin. num. 158. Pariſ. nu. 193. Soci. ſen. in l. De diuiſione, eod titu. In qua ego exiſtimo eorum ſentẽtiam eſſe probabiliorem, qui affirmant, dotem propriè dici quæ promiſſa eſt.

Primum, quia dos legib. noſtris appellatur. l. ad exactionem, C. de do promiſ. l. vlt. C. ſol. mat. l. ex morte. C. de pact. conuen. l. ſi mulier, §. ſi dos, ff. quod met. cau. l. Vnica, §. accedit, C. de rei vxo. act. §. Dotes. in Authen. de nupt. Non videtur autem veriſimile, toties ſic appellari, & ſemper impropriè.

Secundò, quia hanc ſnĩam apertè probat tex. in l.Cũ poſt.§.1.ff.de admi.tuto.Paulus. *Sed is de quo tractamus, ſi non donandi animo, ſed negocii gerendi cauſa decem promiſerit. habet mulierem obligatam, & poterit dici, etiam manente matrimonio eam teneri, quia habet dotem.*

Tertiò accedit tex.in l.1.§.1.ff.de colla.dotis,ibi.*Etſi tantum promiſſa ſit dos, collatio eius fiet.*

Contraria argumenta ſic diluuntur. Primum eſt ex l. Titio centum.§.Titio genero.de condit.& demonſt.ibi. *Hoc enim & mulieris intereſt, vt incipiat eſſe dotata.*

Reſpondeo, textum loqui de muliere dotata cum effectu,& reipſa;quis enim dubitet eam dotatam,quæ dotem accepit? Non licet tñ inferre eam,cui dos promiſſa,& nondum ſoluta eſt,dotatam nõ dici;quia contrarium patet ex legibus allegatis; Itaque & cum dos ſoluta eſt, & cum promiſſa eſt,mulier dotem habere dicitur.

Secundum arg.Dos non ſoluta non inſeruit oneribus matrimonij,ergo nõ eſt dos,ar.l.Si pater mulieris. ff.de iure dot.

B Reſp.licet actu non inſeruiat,apta tamen eſt inſeruire cum fuerit ſoluta.Adde quod dotis promiſſę & non ſolutæ, vſuræ debẽtur.l.vlt.§.Præterea. C.de iu.do. c.Salubriter.de vſur.

Non obſtat d.l.Si pater,quia donatio cauſa mortis de qua ibi,confertur in tempus,quo matrimoniũ iam ſolutum eſt;ideo non valet.Eſſet.n.abſurdũ vt ait I.C.dotem tunc incipere,cum matrimoniũ eſt ſolutũ:ſed promiſſio dotis fit conſtante matrimonio, igitur illa lex nõ obſtat.

Tertium arg.ſumitur ex verbis etymologia, quaſi dicta ſit à dando,& conſequenter datio requiratur,nõ autem promiſſio ſufficiat.Reſp.deriuari à verbo græco,vt declarat Varro,lib.4.de lingua Latina;& ſatis eſſe quod in vſu ſit apud iuris,auth.in hac ſignificatione: qm̃ propria ſignificatio ſumitur etiam ab authoritate,vt declarat Barr.in l.omnes populi,nu.59.de iuſt.& iure.

C Quartum arg.eſt Soc.iun. Dotis fructus pertinent ad maritum pro oneribus matrimonij;ſi permittat vxorem eos percipere,repetitionẽ habet,quatenus mulier locupletior facta eſt.l.Pro oneribus. C.de iure do.Sed cum dos promiſſa tm̃ eſt,valet abſolutè conuentio, vt mulier fructus habeat.l.Iulianus.ff.de iure do.Ergo dos promiſſa nõ eſt vera dos. Reſp.in d.l.Iulianus, non dici,fructus promiſſæ dotis donari poſſe à marito vxori ſuę,ſed dotẽ ita cõſtitui poſſe à principio; vt nõ exigatur viua vxore. Hæc ſunt verba textus. *Iulianus ſcribit valere talem ſtipulationem; Cum morieris dotis nomine tot dari:quia & paciſci ſolet,ne ea viua exigatur:quod non eſſe ſimile accepi: aliud eſt enim differre exactionem; aliud ab initio in id tempus ſtipulari quo matrimonium futurum non ſit.*

Vltimum arg.ſumi poteſt ex l.1. C.de dote cauta non num.vbi dotem non ſcriptura dotalis,ſed numeratio facit.Reſp.tex.loqui quãtum ad effectum repetitionis do-
D tis.Si enim mulier dotem non ſoluit,licet maritus fuerit confeſſus ſe eam accepiſſe, obſtat exceptio dotis cautæ non numeratæ: id patet ex verbis ſequentibus tex. *Et ideo non ignoras, ita demum te ad dotis petitionem admitti poſſe, ſi dotem à te datam probatura es.*

CAPVT XXV.

Statutum excludens filiam dotatam à ſucceſſione patris, ſtantibus maſculis, an locum habeat, ſi filiæ in teſtamento patris dos relicta fuerit.

SCribit Bar. in l.Titio centum.§.Titio genero,nu.5,de cond.& dem. filiã cui teſtamento dos relicta eſt à patre,dotatam videri,ac proinde excludendam fore ab hæreditate ſtantibus maſculis ſtatuto dictante filiam dotatam excludi ab hæreditate patris,ſtãtibus maſculis: quam ſnĩam communem eſſe teſtatur Ripa in rubr, ſoluto matrim.nu.61. & Socin.iun.in 1,parte,nu,30.

A Fundamẽtom verò eſt in l.Non eſt matrimoniom,de ritu nup.in l.qui pupillam, ad l.Iul.de adult. quibus legibus æquiparantur iſta, ꝙ filia nupta ſit vel deſponſatá à patre,vel nuptui deſtinata. Cùm enim pater dotem ei reliquit,videtur eam dotaſſe,ſiue vt Bar.loquitur dotandi actum exercuiſſe,quantum in ipſo fuit; Ideò perinde eſt,ac ſi dotauerit,argumen.l.Mulier.§.vlt.de cond.inſt. l.Stichus ſi hæredi. de ſtatu lib.

Sed contrarium docuerunt Imola in d.§.Titio.Fulg. in l.Non ſine.C.de bo. quæ lib.Alex.conſ.13.lib.3. alios citat Ruin.in rub.ſol.matrim.num.4.

Fundamentum eſt,quia dos eſt contractus,qui re perficitur,ideo ſi non incipiat à traditione, ſed à promiſſione,non eſt dos,ſed dotis promiſſio,vt docet Bar. in l.Iuriſgentium, ff.de pact. His adſtipulatur tex.in d.§.Titio genero,ibi. *Hoc enim & mulieris intereſt, vt incipiat eſſe dotata.* Ergo ante ſolutionem dotis, non videtur eſſe dotata.

Tertiò, aut legatum dotis eſt purum, aut conditionale.Si conditionale eſt,nun videtur ſatisfactum eſſe ſtatuto,requirenti mulierem eſſe dotatam;ſicut inſtitutio cõditionalis nõ eſt propriè inſtitutio, l.ſuus quoque, de hæred.inſtit.& conditionalis donatio,propriè donatio non eſt.l.1.ff.de dona. Si verò purum eſſe intelligatur huiuſmodi legatum, multò minus verificantur verba ſtatuti; quia licet filia non nupſerit, legatum tamen debetur. Conſequenter etiam debetur eo caſu, quo filia non eſt dotata:Nam ſine matrimonio dos nõ eſt.l.3.de iure dot.

Quartò requirit ſtatutum, vt filia ſit dotata tempore ſucceſſionis: ſed ex dote debita ſub conditione, mulier non dicitur eſſe dotata.l.1.§.ſi ſub conditio.ff.de collat. do.Ergo verba ſtatuti non conueniunt.

Quintò, hoc ſtatutum iure communi aduerſatur;ergo ſtrictè eſt intelligendum, & accipiendum de filia nupta, quæ verè & realiter dotem acceperit, quia pater tenetur filiam nubere & dotare. l.qui liberos. ff.de ritu nup. ergo ei dotem relinquendo in teſtamento ſuæ,non ſatiſfacit obligationi.

Sed magis eſt, vt communiori adhæream ſententiæ; Nam qui actionem habet, ipſam rem habere videtur. l.qui actionem, de reg.iur. Sed filia cui pater dotem legauit,actionem habet ad eam conſequendam:Eſt igitur, perinde ac ſi dotem haberet. Confirmo ex l.Cum poſt. §.1.de admi.tuto,ibi,*quia dotem habet*.Accedit ratio ſtatuti filiam excludentis, nimirum, vt filij maſculi ſuccedant,& bona in familia conſeruentur: quæ ratio locum habet etiam in caſu iſto, quo dos à patre relicta eſt in teſtamento,

Ad argumenta in contrarium ſic reſpondeo. Ad primum,concedo perfici contractum dotis ex rei traditione, ſed hic eſt idem ac ſi dos eſſet tradita; quia mulier actionem habet.l.qui actionem, de reg.iur.

Ad §.Titio,reſpondeo vt ſuprà in præcedenti cap.filiam dotatam eſſe, cum dos eſt numerata, vt ibi: Sed & dotata intelligitur, cum actionem habet ad dotem, d.l. Cum poſt. §.1.de admin.tuto.

Et notandum eſt in caſu d.§.Titio genero. dotem filiæ relictam non fuiſſe,ſed genero;ideò filia non habuit actionem,ſed gener,vt ibi dicitur:quæ cauſa eſſe poteſt, cur mulier tunc incipiat eſſe dotata cum dotem habuit, vt ibi dicitur. At in quæſtione noſtra filia habet actionem, ergo videtur dotem habere, & ſic dotata eſſe intelligitur.

Ad tertium reſpond. legatum eſſe conditionale,ſi filia nupſerit: Nihilominus ſatisfactum videtur ſtatuto;quia cũ de filia dotata loquatur, præſupponit matrimonium præſens, vel futurum, ſine quo dos eſſe non poteſt. l.3. ff.de iu.do.Conſequenter conditio illa tacitè ineſt,& ex natura rei.

Ad quartum reſpond. ſtatutum intelligi poſſe de filia dotata tẽpore ſucceſſionis, re vel ſpe, quia & illa dicitur dotẽ habere, cui relicta eſt vel ꝓmiſſa, d.l.Cũ poſt. §.1,

Licet

Licet ad effectum collationis faciendæ, ſi dos ſub conditione promiſſa ſit, nõ videatur eſſe dotata, niſi cum euenerit conditio, vt in l.1.§.ſi ſub conditione.de coll.do. Nemo enim couferre cogitur, quod non habet.

Ad quintum reſpondeo nullam eſſe differentiæ rationem ſiue filia nupta ſit, & dotem acceperit, ſiue nuptura & dotem acceptura ſit. Patrem verò ſuæ obligationi ſatisfeciſſe, legando ei dotem, cum viuens non potuit eam nubere.

CAPVT XXVI.

Statutum loquens de dote data, an locum habeat in dote promiſſa?

Mihi quoque videtur ſtatutum de dote data locum habere nou poſſe in dote promiſſa, ſicut, Bart. docet in l.Iubemus, §. ſanè, nume.7.C.de Sacroſanct. Eccl. cuios ſententia communiter eſt recepta, vt per Rolan.de lucro dotis, q.6.& Oſac.deciſ.Pedem.21. Nõ quia id probetur in §.pen. in Auth.de non elig.ſecun.nub. quoniam ibi vnus coniugum dedit, alter non dedit, quæ cauſa eſt, vt locum non habeat pactum de lucrando, reſpectu eius qui non dedit. Non etiam per tex.in d.§.ſanè, quia Bart.ibi declarat optimè, nihil facere pro hac ſententia: ſed quia aliud eſt dare, aliud promittere, vt patet ad ſenſum; licet quantum ad aliquos iuris effectus, non ignorem aliquando paria eſſe dare vel promittere.l.vlt.C.ad l.Falc.& quantũ ad actionem l.qui actionem, de reg.iu.

Sed argumenta Socini Iun.diluenda ſunt, in rub.ſol. matr.nume.52.

Primum eſt, quia ratio ſtatuti militat etiam in dote promiſſa Reſpondeo id negari poſſe, ſed dato quod militaret eadem ratio, non debet fieri extenſio: Iſte enim non eſt caſus omiſſus, ſed excluſus à ſtatuto. Cùm enim requirit dotem eſſe datã, rectè colligi poteſt, promiſſionem non ſufficere. Sic videmus orationem Diui Seueri, quæ traditionem requirebat, locum non habere in promiſſione, l.Papinianus, vbi Glo.in ver.donationem, ff.de donatio.inter vi.& vxo. licet eadẽ ratio militare videatur in donatione re non tradita, quæ in donatione re tradita. Vtroque enim caſu adeſt voluntas donatoris perſeuerantis vſque ad mortem, iuxta l. Cùm hic ſtatus. ff. eodem tit.

Secundum argumen. eſt ex communi vſu loqoendi, ſecũdum quem verba ſunt exaudiẽda, l.librorum, §.quod tamen Caſſius, de leg.3. Hic autem videtur eſſe communis vſus loquendi, vt mulier dicatur dotem habere cum ei promiſſa eſt. Reſpondeo hunc communem vſum loquendi probandum eſſe, quia de eo minimè conſtat; & debet adeſſe tempore ſtatuti cõditi, vt inde colligi poſſit ſtatuentes ad illum reſpexiſſe.

Tertiũ argum. ſumitur ex doctrina Saliceti in l.ſi conſtante, C.de dona.ante nup. vbi docet, ſtatutum diſponẽs, vt ſoluto matrimonio morte vxoris vir reſtituat tertiam partem dotis, locum ſibi vẽdicare in dote promiſſa, licet verbum *reſtituat*, videatur requirere dotem datam ac numeratam eſſe. Reſpondeo argumen. ex authoritate doctoris non eſſe neceſſarium, ſed probabile, & nullas vires habere contra communem opinionem; ſed & Salicetum reprobat Ruin.conſ.197.lib.1.

Quartum argum. Non debet eſſe melioris conditionis mulier quæ dotem promiſit, & non dedit, quàm illa quæ dedit. Sed eſſet melioris conditionis, ſi ſtatutum deferens lucrum dotis datæ, non haberet locũ in dote promiſſa: ergo &c. Reſpõdeo id eſſe imputandum viro, qui pacto ſibi nõ proſpexit circa lucrum dotis promiſſæ, vel quia dotem ſibi ſolui ac numerari à principio non curauit, vel quia promiſſam non exegit.

CAPVT XXVII.

Vtrum ſoluto matrimonio dos propriè dicatur, antequam ſit ab vxore recuperata?

Communis eſt doctorum ſententia in rub.ſol. matr. dotem propriè dici ſoluto matrimonio priuſquam ſit ab vxore recuperata: Caſtren. ibi in prin. Alex.num.24. Socin.ſen.nume.10. Aret.in prin. Iaſon no.9. Coraſi.nu.12. Socin. Iun.nu.55. Ab hac ſententia receſſerunt Ripa ibi nu.70. Alciat.no. 46. Ruin.nu.257.

Commonis ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum ex d.rub.ſol.matr.quemad. dos petatur. Apparet enim dotem appellari etiam ſoluto matrimonio. Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, rubricam ſe referre ad id quod fuit. Nam dos fuit conſtante matrimonio, quæ eo ſoluto, largè ac impropriè dos dicitur.

Secundom eſt ex l.etiam. ff.de fundo dota. vbi etiam dirempto matrimonio fundus dotalis intelligitur. Reſpondetur hoc intelligendum eſſe fictè & impropriè vt denotat verbum *intelligitur*.

Tertium ſumitur ex l.ſi marito, §.1.ſol.matr. vbi dicitur pecuniam in dote eſſe ſoluto matrimonio, & idem probatur in l.ſi pater ignorãs, eod.tit. Reſpon. non aliud probari his textibus, quàm actionem de dote competere ſoluto matrimonio; ex quo inferendum non eſt, dotem eſſe ſoluto matrimonio. Nam & poſt aditam hæreditatem competere dicitur hæreditatis petitio, quæ impropriè dicitur hæreditas, vt not.doct.in l.1.§.Veteres. de acquir.poſſeſſ.

Quartum argu. eſt ex legibus, quibus dos appellatur matrimonio ſoluto. l. ſi cum dotem.§.1.& 2.l.filiæ.l.filiafa.ſol.matr.l.Titio cẽtum.§.Titio generu. de cond.& dem.l.Vn.§.Tractat.C.de rei vxo.actio.§.fuerat.inſt.de actio. Reſpon. impropriè dotem appellari; habita ſcilicet relatione ad tempus, quo matrimonium erat, & conſequenter dos verè dicebatur.

Quintum eſt ex l.ſi conſtante.§.1.ſolut. matrimonio. ibi: *vt ex die adita patris hæreditatis incipiat ei dotis exactio.* Reſpon. vt ſuprà, non eſſe bonam conſequentiam, dos ſoluto matrimonio exigitur, & tũc competit actio, igitur eſt dos propriè: quia petitio hæreditatis datur poſt aditam hæreditatem, quæ tamen hæreditas adita, non eſt propriè hæreditas, vt ſuprà dixi.

Contrariæ ſententiæ argumẽta ſunt iſta. Primum dos nõ poteſt eſſe ſine matrimonio. l.3.de Iure do.l.vlt.C.de dona.ante nup. ergo ſolu.matr. non dicitur dos. Reſpon. dotem eſſe non poſſe ſine matrimonio. ſcilicet præſenti, vel præterito, ita Bart.in l.ſi marito.§.1.ff.ſol.matr.

Secũdum ſumitur ex l.1.§.pen.ff.de vſucap.pro dote. Vlpianus. *Cæterum ſi ceſſet matrimonium, Caſſius ait ceſſare vſucapionem; quia dos nulla ſit.* Reſpond. illa verba *ſi ceſſet matrimonium* ſic intelligenda, id eſt ſi nullum fuerit matrimonium contractum. Nam & ceſſare dicitur, quod non incipit. l.3.C.de iuris & fact.igno.l.ſi is à quo.ff.vt in poſſeſſ.leg.l.ſi ſeruus communis meus. de ſtip.ſer.l.ſi procurator.§. Mandati actio.ff.mand.l.ergo. §.Planè.de fideicomm.liber.l.qui res.§.Aream.ff.de ſolutionibus.

Tertium arg. Soluto matrimonio morte mariti, dominium rei dotalis tranſit in vxorem. l.In reb.C.de iu.dot. Ergo dos eſſe non poteſt, quia cum reliquo vxoris patrimonio vnita eſt, arg.eorum quæ not.in l.1.§.Veteres.de acquir.poſſ. vbi hæreditas adita, non dicitur hæreditas. Reſpon. imò tunc verè dotem eſſe, cum & actio competat de dote, & priuilegia dotibus conceſſa tunc maximè locum habeant: nam dos non eſt ita incorporata cum patrimonio reliquo, ſicut hereditas adita, ſed dotis actione repetenda eſt: quare abſurdum videtur dicere, eam peti actione de dote, & non eſſe dotem.

A Quid dicēdum? Videbatur prima facie verior ſententia cōtra communem. Primo quia vbi res caret effectu, debet etiam carere nomine. cap. Admonere, 33. queſt. 2. Sed ſoluto matrimonio dos caret effectu, quia matrimonij oneribus non inſeruit: ergo debet etiam carere nomine.

Secūdò quia fructus dotis ſpectāt ad maritum, l. Pro oneribus, C. de iu. do. Soluto autem matrimonio ad vxorem ſpectāt, l. ſi marito, §. vlt. ſol. mat. ergo ſoluto matrimonio non eſt dos propriè.

Tertiò, quia non videtur congruè reſponſum ad d. l. 3. de iu. do. vbi generaliter dicitur. *Neque enim dos ſine matrimonio eſſe poteſt. Vbicunque igitur nomen matrimonij non eſt, nec dos eſt.* Hac generali regula videtur contineri etiam caſus noſter quando matrimonium eſt ſolutum; quia tunc matrimonium non eſt, ergo nec dos eſt.

Quartò quia non videbatur ſufficienter reſponſum ad l. 1. §. penul. ff. pro dote. Illa enim verba, *ſi ceſſet matrimonium*, videbantur accipienda de matrimonio cōtracto, B ſed diſſoluto; quoniam ſupra I.C. locutus fuerat de matrimonio conſtāte. Confirmatur hęc interpretatio, quia ſi nullum ſit contractum matrimonium, abſurdum eſt dubitare, an vſucapio pro dote locū habeat. Adde quòd paulò ſupra dixerat tex. ante nuptias contractas non habere locum vſucapionem pro dote; vt nō ſit veroſimile ferè idem repeti illis verbis, *Cæterum ſi ceſſet matrimonium.*

Sed iſtis nil morantibus amplector communem ſententiam, eo potiſſimum argumento, quod ſoluto matrimonio tunc de dote actio incipit, tunc priuilegia dotis procedunt. Implicat ergo contradictionem, quod non ſit dos.

Ad primum argumentum reſpondeo dotem non carere effectu matrimonio ſoluto, quia mulier poteſt iterum nubere. Præterea iam deſeruiuit oneribus matrimonij. Contraria locum habent vbi res ſemper caruit, & caret effectu. C

Ad ſecundum reſpondeo, licet fructus dotis ſoluto matrimonio ſpectent ad mulierē, non tamē infertur non eſſe dotem; dos enim eſt, ſed aliter de ea leges diſponūt conſtante, aliter ſoluto matrimonio.

Ad tertium reſpondeo, generalem illam regulam vbi non eſt matrimonium, ibi non eſt dos, intelligendam eſſe vt notat Bart. in d. l. ſi marito, §. 1. ſoluto matrimonio, vbi non eſt, nec vnquam fuit matrimonium, vt ſic leges legibus concordentur.

Ad quartum, concedo non rectè fuiſſe reſponſum ad d. l. 1. §. pen. ff. pro dote. Verus enim ſenſus eſt *ſi ceſſet matrimonium*, id eſt, ſi matrimonium contractum quidem fuerit, ſed non valeat. Nam tex. ſubdit. *Idem ſcribit etſi maritus putauit eſſe matrimonium, cùm non eſſet*, quaſi dicat, non eſſe vſucapionem pro dote, cum matrimonium ceſſat, id eſt, non valet, marito hoc ſciente; & idem eſſe quando non valet, marito exiſtimante illud valere. Et quod iſta verba, ſi ceſſet matrimonium, ſignificēt matrimonium inualidum, adfero textum in l. ſi concubina, ff. D de act. rer. amotat. illis verbis. *Et conſequenter dicemus vbicunque ceſſat matrimonium, vt puta in ea, quæ tutori ſuo nupſit, vel contra mandata conuenit, vel ſicubi alibi ceſſat matrimonium, ceſſare rerum amotarum actionem.*

Quibus verbis perſpicuum eſt denotari matrimonium inualidum, contra leges contractum. Sic igitur accipiendus eſt text. in d. l. §. penul. vt dotis vſucapio non procedat, matrimonio inualido exiſtente; qui, vt mihi ſanè videtur, verus & genuinus ſenſus illorum verborum eſt.

CAPVT XXVIII.

Dos recuperata, an dotis nomen retineat?

DOtem ſoluto matrimonio recuperatam ſuum nomen amittere, communis eſt doctorum ſententia in rub. ſol. matr. Caſtr. ibi in princ. Iaſ. nu. 10 Alciat. col. pen. Socin. iun. nu. 62.

Fundamentum eſt in l. vlt. C. Comm. vtriuſq; iud. vbi dos ad patrem reuerſa ſoluto matrimonio, dicitur effecta paternæ ſubſtantiæ, ſicut hæreditas adita, non dicitur amplius hæreditas, ſed proprium hęredis patrimonium. l. Sed etſi plures. § Filioſa. ff. de vulg. Et dote recuperata, ceſſat de dote actio; ergo & nomen ipſum dotis, arg. l. Fundus. §. Toties. de fundo dotali.

Sed contrarium docuit in rub. ſol. matr. Viſitarinus, nu. 26. Io. Campeg tract. de dote, q. 30. Io. Coraſ. in l. qui liberos, nu. 44. de ritu nup. Alex. conſ. 101. nu. 2. lib. 5. Iaſ. in conſ. 204. nu. 3. lib. 2.

Primum argu. eſt ex l. Si ſocius pro filia. ff. pro ſocio, vbi dos appellatur, quæ recuperata fuit.

Secundum ex l. Filiæ dotē. C. de colla. ſed nihil facit.

Tertium ex l. Si cū dotē. §. 1. ibi: *Dotem exactam* ſol. matr. & in l. Si marito. §. 1. eod. & in l. Cum poſt. propè finem. de adm. tuto.

Quartum ex rubr. ſol. matr. ex l. 2. eo. tit. ex l. etiam, de fundo dotali. Sed nihil faciunt; quia non loquuntur de dote recuperata.

Quintum arg. eſt, quia vidua dicitur in eodem matrimonio permanere. §. Soluto igitur, in Authen. de nupt. l. vlt. C. de bon. matern.

Conciliari poſſunt opiniones hoc pacto. Dotem propriè non eſſe, quæ iam recuperata eſt; quia nec inſeruit tunc, nec forſitan in futurum inſeruiet oneribus matrimonij, ſed dotem appellari, quia fuit iam dos, & eſſe poteſt, ſi mulier iterū nubat; Sic inſulam appellamus, quæ C iam fuit. l. Inſula, in fine, de acq. rer. dom. ibi, *eum agrum qui inſula fuerat, inſulam appellari*. Sic & reliquiæ prꝶteritę dignitatis conſiderari ſolent. l. vlt. ff. de decurion. & memoria prioris dñi. l. Vnius. §. Seruus. ff. de quæſtion.

CAPVT XXIX.

Statutum diſponens mulierem non poſſe teſtari niſi de tertia parte dotis: vel mandans eam de dote teſtari æqualiter, inter liberos primi & ſecundi matrimonij, an locum habeat in vidua?

COmmunis eſt ſententia, eiuſmodi ſtatutum locum habere, etiā in vidua; Bald. in l. 1. C. Vnde vir & vxor, & ibidē Decius & Iaſ. Paul. Caſtr. in rub. ſol. matr. & ibidem Ripa, nu. 72. vbi teſtatur eſſe communem ſententiam. Socin. ſen. ibi, nu. 13. Socin. iun. nu. 74. Alciatus, nu. 53. Coraſ. in l. Qui liberos, nu. 46. de D ritu nup. Sed contrarium poſt alios quoſdam docuit Ruin. in d. rub. 270.

Fundamentum communis ſententiæ poſitum eſt, primò in communi vſu loquendi: ſolemus enim dicere, viduas habere dotem: Sed bene reſpōdet Aret. id ex facto pendere, & incertum eſſe, ac proinde non ſupponendum, ſed probandum.

Secundò in l. vlt. C. comm. vtriuſque iud. & in l. Filiæ dotem. C. de collat. vbi dos dicitur poſtea quam recuperata eſt, & exacta, ad effectum collationis faciendæ, quæ ob æqualitatem inducta eſt. l. Illud. l. Vt liberis. C. de collat. Ergo ſimiliter dos dici debet ad effectum ſtatuti diſponentis, vt æqualiter dos relinquatur filijs primi & ſecundi matrimonij.

Tertiò in l. Etiam. ff. de fundo dota. vbi, etiam ſoluto matrimoniō fundus dotalis intelligitur.

Quartò, quia vidua dicitur in eodem matrimonio perdurare. l. vlt. C. de bonis matern.

Quintò,

Quintò, quia ratio ſtatuti militat in vidua, ne ſexus A fragilitate inducta, de dote teſtetur ad filiorum ſuorum præiudicium. Et vt æqualitas ſeruetur inter omnes libe ros, quæ legibus maximæ curæ eſt, & grata. l. cum pater. §. euictis, de leg. 2. l. pen. C. de collat. Ergo & in vidua ſtatutum debet locum habere. l. Illud, ad legem Aquiliam.

Vltimò, quia ſtatutum extenditur ad caſum, qui ſub larga verborum ſignificatione continetur. l. Filium habeo, ff. ad Maeed. Continetur autem ſub lata dotis ſignificatione etiam dos exacta. l. Si ſocius pro filia, ff. pro ſocio.

Fundamentum autem contrariæ ſententiæ illud eſt, potiſſimum, quia dos non dicitur poſtquam eſt à muliere recuperata, ſicut nec hæreditas dicitur, quæ iam apprehenſa eſt. l. Sed etſi plures, §. Filio, de vulg. ergo non verificatur qualitas à ſtatuto requiſita, vt ſcilicet dos ſit eo tempore, quo mulier teſtatur, iuxta reg. l. In delictis, B §. Si extraneus, ff. de noxal.

Reſpondent Decius & Iaſon locis annotatis, id procedere, cum hæreditas eſt liberè apprehenſa ab hærede, hoc eſt, abſque onere reſtituendi, ſecus ſi cum onere reſtituendi: tunc enim etiam poſt apprehanſionem remanet hæreditas: toto tit. ff. & C. ad Trebel. Sic igitur & in dote dicendum videtur, vt nimirum retineat ſuum nomen, quia non liberè, ad vxorem reuertitur, ſed cum onere, ſtatuti, vt nimirum de ea diſponat mulier ſecundũ formam ſtatuti, & non aliter.

Quæ reſponſio Socino iuniori non placuit, nume. 75. quia cum hæreditas alteri reſtituenda eſt, id contingit ex voluntate teſtatoris ita diſponentis; ſic autem non conſtat mentem ſtatuentium fuiſſe, vt ſtatutum viduas quoque ligaret: hoc eſt enim illud, quod ponitur in controuerſia, & conſequenter non videtur pro certo eſſe ſupponendum: & idem dixit Ruin. in rubr. ſol. matrim. num. 280.

Reſpondet igitur Soci. iun. vbi ſuprà, qualitatem hãc C à ſtatuto requiſitam adeſſe tempore, quo mulier teſtatur: quia dos recuperata, ſaltem largè, dicitur dos. d. l. Si ſocius pro filia, ff. pro ſocio.

Secundo, quoniam in vidua ceſſat ratio ſtatuti. Illa enim ratio fuiſſe videtur, ne mulier à viro ſeduceretur, vt iniquum faceret de dote ſua elogium. Hæc autem ratio ceſſat mortuo marito: ita Rui. in d. rub. ſol. matri. nu. 276. & ante eum Iaſ. in d. l. 1. C. vnde vir & vxor. Cui argumento minimè ſatisfacere poteſt Decij reſponſio ibidem, dum ait, ſtatutum fuiſſe conditum vt æqualitas inter filios ſeruaretur: Nam hæc ratio pertinet ad ſtatutũ Mutinenſe, non autem ad ſtatutum Senenſe. Reſpondet Socin. iun. ſtatuti rationem conſiſtere in fauore filiorũ, & in mulieris fragilitate: noluiſſe enim ſtatuẽtes de mulieribus confidere, in actu teſtandi de dote, & hęc ratio, locum habet etiam in vidua.

Mihi ſententia communis veriſſima videtur: quia negari non poteſt, quin & ſtatuti verba, & eius ratio etiam D in vidua locum obtineant: Verba quidem, quia etiã dos recuperata, ſaltem largè, dicitur dos, vt diximus in pręcedenti capite: Mens verò ſtatuti, quia fuit ita decreta tum, ne mulieres, quarum conſilium ſatis regulariter infirmum eſt, l. 2. ad Velle. malè & imprudenter de dote teſtando diſponerent.

Quæ ſi rectè perpendantur, argumenta facilè diluentur, quæ Ruin. in medium attulit in hac diſputatione, & quæ optimè refellit Socin. iun. vbi ſuprà.

CAPVT XXX.

Vtrum maritus putatiuus habeat legis beneficium, vt non teneatur, niſi inquantum facere poteſt.

SI matrimonium non conſtiterit, errore intercedente, quod noſtri putatiuum vocãt; mulier in bonis viri quaſi priuilegium habet pro dote opinata. l. Si eum dotem. §. vlt. ſol. matr. l. Si ſponſa, de iure dot. æquum eſt enim eam ad priuilegium admitti, licet nullum matrimonium ſit contractum. l. 2. §. vlt. de priuil. cre. Intereſt enim reipub. & hanc ſolidum conſequi, vt ætate permittente nubere poſſit, inquit Pau. in l. 3. ff. eo Verùm quod attinet ad maritum, ceſſare videtur hæc ratio; quamobrem ille nun lucratur doté ex pacto inito, l. 1. C. de cõd. ob cau. ſed totam reſtituere tenetur, vt reſcriptum eſt in cap. 1. de donat. inter vir. & vxor.

B Quæ cum ita ſint, facile adducor ad opinandum nullum marito in hac opinata dote cõpetere priuilegium; vt ſcilicet non teneatur niſi inquantum facere poteſt, iuxta tex. in l. Maritum, ſol. matr.

Etenim vbi matrimonium non valet, fructus non lucratur; ſed eos reſtituere tenetur, niſi in oneribus mulieris fuerint abſumpti, l. In inſulam, §. Fructus, ff. ſol. matr. Licet aliàs eos lucretur. l. Pro onerib. C. de iu. do. Nec locum habet vſucapio pro dote. l. 2. §. vlt. ff. pro dote: Nec competit dilatio, aliàs conceſſa ad doté reſtituendã. Gl. in l. Vn. §. Exactio. verſ. Reſtituendis, C. de rei vx. act.

Et in puncto, quo de agitur, hoc eſt in marito putatiuo, non eſſe ei hoc indulgendum vt teneatur in quantũ facere poteſt, communis eſt Doct. ſententia, quam & ipſe ſequor, in rub. ſol. matr. & in c. j. de donat. inter vir. & vx. Communem hanc eſſe ſentẽtiam teſtantur in d. rub. Patiſ. nu. 24. Soc. iun. nu. 83. in 1. par. licet ipſi cõtrariam fuerint amplexi; nec non Ruin. ibidem, nu. 149.

C Primò, quia mulier habet priuilegium in hac dote putatiua; ergo & maritus; vt æqualitas ſeruetur. Reſpũdeo negando conſequẽtiam, propter rationis diuerſitatem; quæ eſt inter maritum & vxorem. Vxorem. n. ad priuilegium admitti æquum fuit, vt ætate permittente nubere poſſit. l. 3. de priuil. cred. quæ ratio ceſſat in marito.

Secundò, quia priuilegium hoc, ne teneatur maritus, niſi inquantum facere poteſt, conceſſum eſt ob reuerentiam, quam vxor illi debet. l. Vn. §. Cum autem. C. de rei vx. act. quę reuerentia ei debetur, licet matrimoniũ non valeat. Reſpondeo, ſumma ratione id negari poſſe, tantam reuerentiam exhibendam eſſe marito potatiuo, quanta debetur vero marito.

Tertiò, quia filij nati ex matrimonio putatiuo ſunt legitimi, c. pen. qui filij ſint legi. Reſpondeo, iſtud eſſe fauore prolis, qui non militat pro marito.

CAPVT XXXI.

D *Vtrum dos ſit ius vniuerſale.*

COmmunis eſt ſententia, dotem eſſe ius vniuerſale: Bart. in rub. ſol. matr. nu. 17. Iaſ. num. 28. & alij magis cõiter, vt teſtatur Ripa, nume. 43. & Soc. iun. nu. 20. in 3. p. Natta conſ. 650. num. 7. D. Cefalus conſ. 65. nu. 39. Menoc. conſ. 21. nu. 25. lib. 3.

Fundamentum eſt in l. 1. verſi. Sed quod diximus, de de dote præle. ibi: *Sed ad vniuerſitatem erit referendum.* & in l. Quod dicitur, ff. de impen. in reb. dotal. fact. ibi: *Non enim ipſo iure, corporum, ſed dotis fit diminutio.* Et quia recipit augmentum & diminutionem ſicut cætera iura vniuerſalia, veluti hæreditas, peculium, & ſimilia. l. 5. §. Sed ſi impenſis. l. Si marito, §. vlt. ſol. mat. l. etiam, C. de iure dot. l. Hęreditas, l. Nihil aliud, de reg. iur. l. Peculium naſcitur, de pecul. Et hanc ſentẽtiam ego quoq; ſolitus ſum ſequi, & aliis confirmare, & replicare ad ea, quæ pro reſponſione ad ſupradicta adferri ſolent.

Sed contrariam ſnĩam habuerunt Bald. in l.1. ff. ſol. matr. & clarius in l.vlt. C.de ſent.quæ ſine certa quant. Baldus Nouellus, de dote, parte 2. in prin. Caſtren. Cuma. Alciat. Socin. iun. & Crot. in rub. ſol. matr.

Primò, quia leges dicũt dotem dari. l. Dedit dotem, de collat. bono: Vẽdicari, l. In reb. C. de iure do. Sequeſtrari, l. ſi cum dotem. §. ſin ante ſol. matri. Hæc autem non conueniunt iuribus incorporalibus. l. Seruus. §. Incorporales, de acq. rer. do. Reſpon. iſta dici habito reſpectu ad res in dotem datas, quæ ſunt corporales. Sic quoque dicimus hæreditatem reſtitui. l. Reſtituta. ff. ad Trebellia. licet ſit incorporale ipſum ius hæreditatis, vt Inſtit. de rebus corporalib. & incorp.

Secũdò, quia extractis corporibus particularibus ius vniuerſale manet. l. Hæreditas etiam, de petit. hære. l. Peculium, de pecul. Dos autem, extinctis corporibus extinguitur. l. Plerunque, de iure do. ergo non eſt ius vniuerſale. Reſpon. argumen. procedere in vniuerſalibus quæ B ſine corporibus ab initio produci poſſunt, veluti eſt hæreditas, d. l. Hæreditas etiam: At dos à principio non eſt niſi aliquid detur. Non obſtat. l. Peculium; quia hoc tantùm dicit, peculium manere licet exhauſtum ſit de ære alieno, ſi corpora in eodem ſtatu maneant.

Tertiò ius vniuerſale cõtinet actiones, tã actiuè quàm paſſiuè. l. Hæreditatis appellatione. l. Pecuniæ, de verb. ſig. Dos autem æs alienum non recipit. l. Cum res. C. de dona. Reſpondeo non recipere æs alienum, quia maritus non repræſentat perſonam mulieris, ſicut hæres perſonam defuncti; & ſic eſt diuerſa ratio.

Quartò, quia dos poteſt conſiſtere in vna re, etiam minima. l. Neratius, de relig. & ſump. ergo non poteſt eſſe ius vniuerſale. Reſpõdeo, etiam peculium in vna re conſiſtere. l. Depoſiti. §. Peculium. l. Peculium, de peculio.

Quintò, ſi hæreditas fuerit vendita & vna res euicta, non tenetur emptor, de euictione. l.2. de hæred. & act. vend. Secus in dote. l. vn. § Et vt pleniùs. C. de rei vx. act. C l.1. C. de iure dot. vbi tamen diſtinctio adhibetur. Reſpondeo licet in hoc hæreditatis naturam non imitetur, non tamen inferri poſſe, quod nõ ſit ius vniuerſale; quia neceſſe non eſt, vt ſpecies contentæ ſub vno genere ſint eiuſdem naturæ.

Sextò quia Falcidia reſecat legum dotis, ſicut cætera legata particularia. Gloſ. in l. Tali. de iure do. Reſpõdeo iſtud accidere propter corpus legatũ, quod eſt particulare, & æſtimatur in ratione legis Falcidiæ: Ipſum enim ius dotis vniuerſale non venit in ratione legis Falcidiæ.

Septimò iura vniuerſalia ſumptibus non minuuntur. l. Cogi. §. Inde quæritur, ad Treb. Dos autem minuitur ſumptibus neceſſarijs. l. quod dicitur. ff. de impen. in reb. dota. Reſpondeo nõ hoc dici in d. §. Inde quæritur; ſed quod ex iure vniuerſali corpus deduci non poteſt, vt ibi declarat optimè Caſtren.

Octauò ſi dos eſſet ius vniuerſale, deberet eſſe apud D maritum: ſed non eſt apud maritum, l. Etiam ſi putauit. §. Sed quòd Marcellus, de pet. hæred. Reſpondeo imò eſſe apud maritum: poteſt enim conueniri actione vtili, vt ibi dicitur, licet non directa: At iſtud nihil refert, cum vtraque actio eiuſdem ſit poteſtatis, & eundem habeat effectum. l. Actio, de neg. geſt.

CAPVT XXXII.

Libellus generalis vtrum in dote procedere, & admitti debeat?

NOn puto libellum generalem etiam in dote admittendũ; ſecutus eſt Caſtr. & Cumanum in rub. noſtra, Baldum & Sali. in l. vlt. C. de ſent. quæ ſine certa quant. Moueor ex regula generali, quæ negat libellũ generalem admittendum, quia talis debet eſſe libellus, vt ex eo deliberare poſſit reus, an velit cedere vel conten-

A dere. l.1. & ibi notant Bar. & alij. ff. de edendo. Excipio facti ſpeciem quæ habetur in l. Cum poſt. §. Gener, de iure do. & in l.3. C. eod. Scio communem in contrarium eſſe Bar. in rub. ſol. matr. col. pen. Ripa, nu.47. Socin. iun. num.31. in 3. parte, Sed vt me terret authoritas communis ſententiæ, ita parum mouent argumenta.

Primum eſt, quia in vniuerſalibus iudicijs admittitur libellus generalis, vt per Bar. in d. l.1. ff. de eden. Reſpondeo in ijs iudicijs hoc procedere, in quibus certum eſt quid ſub iure vniuerſali contineatur; vt puta in hæreditate: Certum eſt enim ea contineri omne ius quod defunctus habuit, l. Nihil aliud, de verb. ſig. At non eſt certum, neque iure determinatum quanta ſit dos, vnde nec dotis promiſſio incerta valet. l.1. C. de dotis promiſſ.

Secundum arg. eſt ex l. vlt. C. de ſent. quæ ſine certa quant. proferun. ponderando, in illa facti ſpecie ſententiam ideo fuiſſe nullam, quia duplex erat incertitudo,
B vna reſpectu libelli; altera, quid maritus accepiſſet; quãobrem inquit Bar. ſi vna tantum fuiſſet incertitudo propter libellum generalem, ſententiam fuiſſe valituram. Quod confirmat Socinus ſenior in d. rubr. ſoluto matrimonio, perpendendo in caſu d. l. vlt. ſententiam fuiſſe ab alio iudice confirmatam. Si enim nulla fuiſſet ob libelli incertitudinem non potuiſſet ab alio iudice confirmari, cap. Cum dilecti, de emp. & vend. Sed reſpondeo deciſionem illius tex. fundari in ea ratione, quoniam incertum erat, *quid accepiſſet, quantumque ab eo peteretur:* Hoc eſt, nec libellus certam quantitatem continebat; nec in proceſſu facta erat liquidatio quantitatis dotis. Namq; inter omnes conſtat libellum generalem & obſcurum valere, ſi fiat liquidatio in illo vel in alio iudicio; vt docent in d. rub, ſoluto matrimonio. Alex. num.31. Alciat. nu.30. Socin. iun. nu.35. Ioan. Campeg. de dote parte 1. quæſt.4. Ergo cauſa nullitatis fuit libelli incertitudo. Ad confirmationem Socini ſenioris reſpondeo, negando in
C caſu d. l. vlt. ſententiam fuiſſe ab alio iudice confirmatã: Nam tex. dicit ab alio iudice certam ſententiam prolatam fuiſſe; An autem ſuper eodem, vel ſuper alio libello, textus non declarat. Adde quod ſi fiat liquidatio in proceſſu, tũc generalis libellus ſuſtinetur; vt ſupra dixi paulò ante. Nec volo ſententiam, quam firmaui procedere, eo caſu quo fit liquidatio.

Tertium argumentum eſt, quia valet libellus quo legitima petitur generaliter, vt tradit Iaſon in rub. ſol. matri. adducens Baldum in cap. conquerente, de off. ordin. Reſpondeo legitimam eſſe certam; eſt enim triens, vt in Auth. de Triente & ſemiſſe: dotis verò quantitas incerta eſt. Sunt & alia quædam, ſed leuiora ſanè argumenta, quàm vt egeant confutatione.

CAPVT XXXIII.

D *Si duo inſtrumenta hypothecæ proferantur eodem die contracta, vnum fiſci, alterum priuati ex titulo oneroſo, vtrum, in dubio, præſumatur prius?*

VAriæ ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Prima eorum qui dixerunt, præſumẽdum eſſe inſtrumentum fiſci prius, Bald. in l. ſi debitor. C. de priuil. fiſ. Soc. ſen. in l.1. nu.6. ſol. matr. & ibidem Iaſon, nu.4. Ripa, nu.4. Baldus Nouell. de dote, parte 9. in 1. priuil. Neguz. de pigno, in 2. parte, 2. memb, num.117. qui communem teſtatur. Couar. Variar. reſol. lib.1. cap.16, num.2. Peregrinus de iure fiſci, lib.6. tit.6. num.21.

Primò quia fiſcus eſt creditor priuilegiarius, l.1. & 2. C. de priuil. fiſci; vbi etiam quod à patri procedit cũ dote. Reſpõderi poteſt id procedere in caſib. iure expreſſis quia regulariter vtitur iure priuatorum, l. quod placuit. de iure fiſci. Gloſ. in l. Item veniunt. §. In priuatorum, de peti. hæred. Quod verò dicitur fiſcũ & dotem pari iure cenſeri, ſic eſt accipiendum prout loquitur. d. l.2. vt nimirum,

rum, fiſcus prior tempore in hypotheca, præferatur mulieri, & è conuerſo: non autem habet hunc ſenſum, quòd omnia priuilegia, quæ mulieri competunt in dote, concedantur etiam fiſco: id patet: nam mulier præfertur in tacita hypotheca omnibus, etiam anteriorib. l. Aſſiduis. C. qui potior. in pign. hab. Fiſcus autem non; vt patet ex l. 1. C. rem alienam gerentes, &c.

Secundum argumentum eſt ex l. Si is qui. ff. de iure fiſci. Reſpondetur in textu rationem adferri, illis verbis: *præuenit enim cauſam pignoris fiſcus*: declaro; Si duobus priuatis bona futura obligentur, ambo concurrunt in pignore. l. 7. §. 1. ff. qui pot. in pig. hab. fiſcus autem hoc in caſu præfertur: ratio eſt, vt declarat Anton. Faber lib. 2. coniect. c. 10. quia eo ipſo quod contrahit, hypothecam habet. l. Aufertur. §. Fiſcus, eod. tit. alter verò non aliàs quàm finito perfectoq; contractu, cuius ea eſt acceſſoria: Hæc eſt igitur legis ſententia, fiſcum præueniſſe cauſam pignoris; quia antequam contractus priuati perficeretur, cui hypotheca accedit, fiſcus iam abſolutè, & ſimpliciter hypothecam acquiſiuit contrahendo. Sed certè non obligantur bona præſentia, & futura, niſi cõtractus perfectus ſit, ex quo hypotheca huiuſmodi deſcendit; ideo non placet hæc interpretatio Antonij Fabri. Placet igitur magis hoc eſſe conſtitutum fauore, & priuilegio fiſci; vt nimirum fiſcus præferatur anterioribus creditoribus in bonis poſtea quæſitis; & verba illa, *Præuenit enim cauſam pignoris fiſcus*, non eſſe præteriti temporis, ſed præſentis; quaſi dicatur, fiſcum præuenire ſolere in eiuſmodi bonis poſtea quæſitis pignoris cauſa, ſicut rectè explicat ibi Bartolus, ſecus in antea quæſitis, l. Si fundum. C. qui pot. in pig. habeantur. Ratio adferri poteſt, quia fiſci hypotheca eſt legalis; hypotheca verò priuati, eſt conuentionalis; ideo ſi concurrant, æquum eſt vt præferatur legalis: quia lex potentiùs operatur, quàm homo: priuſquam enim bona poſtea quæſita eſſent, hypotheca priuati non erat creata; quia res quæ nondum eſt, hypothecæ ſubiecta eſſe non poteſt: Eo autem momento temporis, quo bona acquiruntur, deducitur in eſſe hypotheca tam fiſci, quàm priuati; ſed præfertur hypotheca fiſci, cùm ſit à lege creata, priuati verò hypotheca, ab homine.

Tertium argumentum eſt ex l. 1. C. de iure fiſci, lib. 10. Reſpondetur loqui quãdo priuatus habet cauſam lucratiuam ex donatione; fiſcus autem, cauſam oneroſam. Præterea reſpondetur, ibi fiſcum intentionem habuiſſe rectè fundatam, quia probauit ſuam obligationem: quare aduerſarius, qui dicebat bona ſibi fuiſſe donata ante illam obligationem, meritò probare debuit.

Quartum argumentum eſt, quia dotis cauſa præfertur creditoribus anterioribus. l. Aſſiduis. C. qui potio. in pig. & ſemper, & vbique præcipua eſt. l. 1. ff. ſolut. matrim. & hoc propter publicam vtilitatem, ergo ſimiliter & fiſcus præferri debet, quia in eo vertitur publica vtilitas. Reſpondetur in fiſco agi de re priuata ipſius Imperatoris. l. Vnica. §. vlt. C. de cad. tollen. l. 2. ff. ne quid in loco pub.

Quintum argumentum eſt, quia ſi probationes ſint pares in cauſa vertente inter fiſcum, & priuatum, ſententia pro fiſco eſt ferenda, ſecundum Specul. tit. de teſte. §. Poſtquam, num. 7. Alexan. in l. 1. num. 2. ff. ſolut. matrim. & ſi duæ ſint contrariæ ſententiæ, præfertur ea quæ fiſco fauet. Specul. ibi ſupra. Iaſ. in l. 1. num. 37. ſol. matr. Reſpondetur iſta legibus non probari, & alios contrarium docuiſſe, Menochius, de præſumpt. lib. 2. præſumpt. 72. videlicet, num 13. 14.

Altera eſt ſententia, priuati inſtrumentum præſumi anterius: Authores ſunt Bart. in l. Non puto. ff. de iure fiſci. Matheſi. not. 71. Alex. in l. 1. num. 2 ſolut. matrim. Iaſon conſilio 99. lib. 1. Aleiat. reg. 3. præſumpt. 41. alios quoſdam citat Socin. iun. in l. 1. num. 17. ſolu. matrim.

Fundamentum eſt in l. Non puto, de iure fiſci, & in l. 1. C. de ſecund. nupt. & in l. Vnic. §. vlt. C. de cad. tollen, Reſpondetur quantum attinet ad leg. Non puto, non

A aliud ibi velle Modeſtinum, quàm illum delinquere, qui in dubijs quæſtionibus contra fiſcum pronunciauerit. Nam olim ſub malis principibus, grande piaculum habebatur fiſco non fauere, vt patet ex Plinij Panegyrico ad Traianum. *Quæ præcipua, inquit, tua gloria eſt, ſæpius vincitur fiſcus; cuius mala cauſa nunquam eſt, niſi ſub bono Principe*.

Quod autem attinet ad alias leges, nihil aliud volunt, niſi Principem non inhiare lucris fiſcalibus, nec eorum rationem habere in legibus condendis pro Reipublicæ vtilitate.

Tertia eſt ſententia Menochij, de præſump. lib. 2. præſumpt. 72. num. 12. in arbitrio eſſe Iudicis, pronunciare vel pro fiſco vel pro priuato: quemadmodum cum inter priuatos res agitur, in arbitrio eſt Iudicis pronunciare pro actore vel pro reo. Sed non placet hæc ſententia: quia tale arbitrium iure non eſt conceſſum Iudici, ſed
B debet iudicare ſecundum leges, & conſtitutiones, & iuris regulas, non autem pro ſuo arbitrio, & libitu.

Quarta ſententia eſt aliorum, quos refert, & ſequi videtur Socin. Iun. in l. 1. num. 29. & 35. hoc in caſu neutri prærogatiuam eſſe concedendam, ſed idem ſeruandum, ſicut quando inter duos priuatos res agitur: nam & tunc quid ſit iure cõſtitutum habetur, in l. ſi fundus. §. ſi duo. ff. de pig. & per Neguz. de pig. 2. memb 5. partis, nu. 43.

Hæc ſententia mihi veriſſima videtur, quia cum nullum hoc in caſu priuilegium fiſcus habere conſpiciatur, conſequens eſt, vt iure communi priuatorum vtatur, ſicut regulariter vti debet, vt dixi ſuprà.

CAPVT XXXIII.

Quid iuris cum inter mulierem de dotis hypotheca agitur, & fiſcum, in ſpecie propoſita in capite præcedenti.

C ALij præferendam eſſe mulierem dixerant: alij fiſcum & mulierem æquo iure cenſeri. Prioris ſententiæ authores ſunt Bald. in l. dotis. C. de iure dot. & in l. ad exactionem. C. de dotis promiſſ. Iaſ. in l. 1. nu. 37 ſolu. matr. Soc. ibi, nu. 15. Ripa, nu. 10. Soc. iun. nu. 36. Pariſ. num. 14. Neguzan. de pig. 2. memb. 3 par. nu. 109. Alciat. de præſump. reg. 3. præſumpt. 41. Conar. variar. reſol. lib. 1. c. 16. nu. 6. Menoch. de præſumpt. lib. 2. præſumpt. 72. num. 18. Peregrinus de iure fiſci, lib. 6. tit. 6. nu. 33. Poſterioris autem Salic. in l. 2. C. de priuil. fiſci. Bald. Nouell. de dote, parte 9. priuil. 1. Herculan. in l. 1. ſol. matr. nu. 15. Huius poſterioris fundamentum eſt in l. 2. C. de priuil. fiſci: & quia dos, & fiſcus parificari videntur in priuilegijs, arg. §. his conſequens in auth. de æqual. do. iuncta l. quod quis, de priui. cred. Prioris autem ſententiæ præcipuum eſt
D fundamentum, quia mulier videtur habere maius priuilegium, quàm fiſcus: Nam fiſcus non præfertur anterioribus creditoribus hypothecam tacitam habentibus. l. 1. C. rem alien. geren. l. vlt. ff. qui potio. in pig. habean. mulier verò præfertur. l. Aſſiduis. C. qui potio. in pign. hab. Sed hæc argumenta tam prioris, quàm poſterioris ſententiæ non admodum vrgere videntur, quia dos & fiſcus æquo iure cenſentur, quantum ad hoc, vt qui prior eſt tempore, potior ſit iure, ita loquitur. l. 2. C. de priui. fiſci: ſed hic conſtat vter ſit prior tempore. Quod verò mulier habere videatur maius priuilegium, quàm fiſcus, id non facit, vt fiſco ſit præferenda; quia maiora priuilegia habet, cum inter eam & creditores contentio eſt; ita loquitur d. l. Aſſiduis; ſecus ſi cum fiſco contendat. d. l. 2. C. de priuil. fiſci.

Exiſtimo tamen in hoc articulo pro muliere dotẽ exigente litem eſſe dandam, potioremq; eius cauſam iudicandã: quia regula iuris docet, in ambiguis, pro dotibus reſpondere melius eſſe. l. In ambiguis, de reg. iur. At in propoſito caſu ambigua res eſt, an prius confectum fue-

rit

rit inſtrumentum dotis vel fiſci. Contrà in fiſco habe- A mus, non delinquere eum, qui in dubijs iuris quæſtionibus contra eum facile pronunciauerit. l.Non puto. ff.de iure fiſci. Excipe cauſam primipilatem, quæ mulieri pręfertur. l.4.C.in quib.cau.pig.tacitè contrahat.

CAPVT XXXIV.

Priuilegium dotis tacitæ hypothecæ, & prælationis, an tranſeat ad mulieris hæredes, vel ad patrem, vel ad ceſſionarium.

TRactat hanc quæſtionem fusè, & accuratè Baldus Nouellus de dote, parte 12. in prin. & Doct. in rub. ſol. matr. diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ, quas referre non eſt operæpretium; quia res hęc videtur mihi apertiſſimis iuris teſtimonijs deciſa. B

Priuilegium tacitæ hypothecæ ad hæredes mulieris tranſire indicat tex. in l.Vnica. §.Illo. C.de rei vx.act.ibi: *Si deceſſerit mulier conſtante matrimonio, dos nō in lucrum mariti cedat, &c. ſed ad mulieris hæredes ex ſtipulatu actio ſecundùm ſui naturam tranſmittatur.* Hæc eſt autem natura ſtipulationis huius, vt ei tacita inſit hypotheca, d.l. Vnic. §. Et vt plenus. Idem iuris eſt in parente, d.l. Vnic. §.Extraneum ibi: *Parenti enim tacitam ex ſtipulatu actionem damus.* Si enim habet parens priuilegium tacitæ ſtipulationis, conſequens eſt, vt illud habeat cum ſua annexa tacita hypotheca, l.Aſſiduis, C.qui potio. in pig. habean. ibi: *Sancimus ex ſtipulatu actionem, quam mulieribus tam pro dote reſtituenda dedimus, cuique tacitum donauimus ineſſe hypothecam:* idem habet, in §.Fuerat. Inſt. de actio. ibi. *Sed & tacitam ei dedimus hypothecam.* Ad hæredes non tranſit priuilegium prælationis, niſi ſint filij mulieris, d.l.Aſſiduis, verſic. exceptis. C.qui potiores. Cæteri non habent hoc priuilegium Iuſtin. Nouella 91. C vt exactio. inſtante dotis, &c. *Non enim alijs dedimus dudum, & damus hoc priuilegium, aut hæredibus, aut creditoribus, ſed ſolis filijs.* Idem in Nouella 61. ad finem, *Omnibus priuilegijs dotis datis in ſua firmitate manentibus, quando mulier moueret: alijs enim omnibus, præter mulierem, huiuſmodi priuilegia, nec ex antiquo dedimus, neque nunc damus.* Idem in §.Fuerat. inſt. de actio. *Præferri autem alijs creditoribus in hypothecis tunc cenſuimus, cum ipſa mulier de dote ſua experiatur, cuius ſolius prouidentia hoc induximus.* Pater igitur non habebit hoc priuilegium prælationis; quia nullus alius præter mulierem, & eius filios, habet.

Sed quid in ceſſionario mulieris? mouet, quia ceſſionarius fiſci, priuilegio gaudet tacitæ hypothecæ. l.vlt. C. de priuil. fiſci; contrà vrget, quod ſoli mulieri, & nō creditoribus eius hoc priuilegium indultum ſit. Sed verba legis captanda non ſunt: quid enim ſi mulier cedat ad D ſui commodum, & vtilitatem iura ſua, & mulieris interſit ceſſionarium gaudere priuilegio, quia totum eiuſdem mulieris commodo cedat? nonne idem reſpondendum, quod reſponderetur, ſi ipſa mulier ageret, & de dote experiretur? ſic puto, aliàs ſecus.

CAPVT XXXV.

Vtrum mulier pro dote hypothecam habens in bonis viri ſui, præferatur creditoribus anteriorem hypothecam expreſſam habentibus.

TRes ſunt Doctorum ſententiæ hac de re: prima eſt communior, mulierem præferri creditoribus habentibus tacitam anteriorem, non autem expreſſam hypothecam anteriorem. Glo. & Bart. num.6. in l.Aſſiduis. C.qui potio. in pign. habean. Ripa in l.1. nu. 1. ff. ſoluto matrim. Soci. iun. ibid. nu. 105. qui alios citat.

Altera, mulierem præferri omnibus creditoribus anterioribus, etiam expreſſam hypothecam habentibus. ita olim Martinus Gloſſator quem multi alij ſecuti fuere, Bolog. hic num. 174. Mynſing. cent. 4. obſer. 13. dixi lib. 3. Controuerſiarum, cap. 99.

Tertia eſt ſententia, mulierem habentem expreſſam hypothecam poſteriorem, præferri creditoribus habentibus anteriorem expreſſam: ſecus autem ſi mulier habeat tacitam hypothecam: ita Angelus in Authent. de æqual. dotis. §.His conſequenter. Aret. in l.1. col.5. ff. ſol. matrim. alios citat Pariſ. ibidem nu.2. vbi etiam refert Neguz. & alios, qui ab hac ſententia receſſerunt, negantes mulierem præferri creditoribus expreſſam anteriorem hypothecam habentibus, ſiue ipſa expreſſam habeat, ſiue tacitam.

Sed videamus argumenta: Primum argumentum prioris ſententiæ: qui prior eſt tempore, potior eſt iure. B cap. Qui prior, de reg. iur. in 6. ſed prior eſt tempore creditor qui expreſſam habet anteriorem hypothecam; ergo potior eſſe debet.

Secunda, lex faciliùs ſuum auxilium aufert, quàm illud quod ex noſtra prouiſione nobis competit, vt notat Glo. magna in l. ſiue apud acta. C. de tranſact. arg. l. Filiusfam. §. erit. ff. de fideicomm. libertat.

Tertium argumentum, fiſcus & mulier paribus iuribus cenſentur, l.2. C. de priuil. fiſci. & tamen fiſcus non præfertur creditoribus anterioribus expreſſam hypothecam habentibus, l. Si pignus. ff. qui potio. in pig. hab. ergo neque mulier præferri debet.

Quartum ſumitur ex l.Vbi adhuc. C.de iure dot. illis verbis, *Sed ita poſſe eam eaſdem res vendicare, vel à creditoribus poſterioribus, vel ab alijs, qui non potiora iura legibus habere noſcuntur.*

Quintum argumentum eſt ex l. In rebus. C.eod. quatenus ibi conſtitutum eſt, mulierem præferri omnibus C anterioribus creditoribus abſolutè, in rebus, quas ipſa in dotem dedit. Videtur enim inferri poſſe, ſecus dicendum ſi præferri velit in rebus proprijs viri ſui, quæ ſunt ei obligatæ; non enim anterioribus expreſſam hypothecam habentibus præferenda eſſe videtur.

Sextum argumentum ſumitur ex l. Aſſiduis. C.qui potio. in pign. hab. vbi conſtitutum eſt, mulierem in dote præferri anterioribus creditoribus, qui priuilegio ſunt vallati: Iſti creditores priuilegiarij ſunt, qui tacitam hypothecam habent, non qui expreſſam.

Fundamentum verò alterius ſententiæ poſitum eſt in l.Aſſiduis. C. qui pot. in pig. habeant. quatenus ibi nulla diſtinctione adhibita Iuſtinianus conſtituit mulierem, etiam præferendam omnibus creditoribus anteriorem hypothecam habentibus. Et quia mulier præfertur in ſua hypotheca creditori, qui mutuauit in refectionem. §. His conſequens. in Auth. de æqual. dotis. Talis verò D creditor præfertur omnibus alijs creditoribus habentibus anteriorem expreſſam, l.Interdum. ff. qui pot. in pig. habean. Si ergo vinco vincentem te, multò magis vinco te, l. de acceſſionibus. ff. de diuer. & tempo. præſcript.

Tertiæ autem ſententiæ fundamentum eſt in d.l. Aſſiduis, & in l. Moſchis. ff. de iure fiſci: & in l. Eſt differentia. ff. in quib. cau. pig. ta. contrah. Et quia facile poſſet eludi conſtitutio, d.l.Aſſiduis, per hypothecam expreſſam anteriorem; & quia cum mulier ſibi proſpicit de hypotheca expreſſa, tunc nititur non ſolùm legis auxilio, ſed etiam prouiſione propria, quare præferenda eſſe videtur creditoribus habentibus expreſſam; quia & illi nituntur propria prouiſione; cui dotis fauor præferri debet, duplici funiculo nexus.

Mihi verò iuri magis conſona videtur eorum ſententia, qui affirmant mulierem præferendam eſſe omnibus creditoribus hypothecam anteriorem habentibus, ſiue tacitam, ſiue expreſſam; & moueor, quia hæc ſententia maius habet & firmius fundamentū, quàm alia vlla: nititur enim l.Aſſiduis, C.qui pot. in pig. habean. cum aliæ

nitantur

nitantur leuibus argumentis, nec multum ſanè probabilibus.

Quod attinet ad d.l. Aſſiduis, illa ſuffragatur huic ſententiæ, primum in verbis quæ generalia ſunt, & omnem hypothecam complectuntur: deinde in ratione ſua, quã prolixè ibi Iuſtin. adfert; quęq́ue conuenit etiam vbi creditor expreſſam habet hypothecam: Tertiò, quia ſi excipere Iuſtin. voluiſſet hypothecam expreſſam, æquum eſſe id exprimere; quod facile fieri potuiſſet; vt & alibi ipſe argumentatur, in l. Vn. §. ſin autem, ad deficientis. C. decad. tollen. Quartò, quia facile illa conſtitutio eludi poteſt, ſi expreſſa hypotheca non cõtineatur: facilè enim & ſæpenumero contingit, vt creditores expreſſam hypothecam habeant, cùm tacita hypotheca in pauciſſimis caſibus conceſſa ſit.

Denique ſi nulla alia eſt lex, vel noua vel antiqua quę diſtinctionem iſtam induxerit inter expreſſam; & tacitam hypothecam, cur nos, nulla lege, nulla veterum authoritate freti, audeamus nouam Iuſtin. cõſtitutionem, noua quadam interpretatione coarctare?

Ad primum argumentum contrariæ ſententię reſpondeo, priorem eſſe tempore creditorem, ſed mulierẽ pręferri ex d. conſtitutione Imp. in l. aſſiduis: ſi argumẽtum valeret, non deberet etiam præferri habẽtibus tacitam hypothecam; quod falſum eſt.

Ad ſecundum reſpõdeo, regulam illam generalem & brocardicam non eſſe ſpectãdam, cum ſatis clara ſit Imperatoris conſtitutio, in d.l. aſſiduis.

Ad tertium, negatur conſequentia: nam pro fiſco nulla extat conſtitutio talis, qualis pro muliere promulgata eſt in d.l. aſſiduis. Et quod dicitur fiſcum, & mulierem æquiparari, locum habet quando inter eos eſt contẽtio; ita loquitur d. l. 2. non autem id ita accipiendum eſt, vt per omnia idem iuris habeat dos, quod fiſcus: Nam fauorabiliorem eſſe dotem, quàm ſit fiſcus, patet ex d.l. aſſiduis.

Ad quartũ reſpondeo, l. vbi adhuc, ante fuiſſe editam quàm l. aſſiduis; & ideò mulier non habebat eo tempore prælationem creditoribus anterioribus hypothecam habentibus, quod poſtea emendatum eſt, in d.l. aſſiduis.

Ad quintum, negatur conſequentia; nec enim tale argumentum ſumi poteſt, ex d.l. in rebus, ex quo repugnet d.l. aſſiduis.

Ad ſextum reſpondetur. d.l. aſſiduis, loqui generaliter de omnibus creditoribus, ſiue priuilegiarijs, ſiue non; ſicut ex verbis generalibus intelligi poteſt.

Non obſtant illa verba quibus dicitur, eam præferri etiam anterioris temporis priuilegio vallatis; quia illa verba nõ ſignificant priuilegium tacitæ hypothecæ, ſed temporis. Nam qui prior eſt tempore, potior eſt iure; id appellat ibi tex. priuilegium, ſed impropriè: quia iure communi ſancitum eſt, ſatis eſſe priuilegium temporis; non autem tacitæ hypothecæ.

CAPVT XXXVI.

Dotis cauſa an poſſit diebus feriatis cognoſci.

TRes ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Vna, diebus feriatis (nõ tamen in honorem Dei) expediri poſſe. Altera, non poſſe. Tertia, videndum, an dos petatur vt ex ea poſſint alimenta præſtari, quia aliunde nõ ſuppetant; & tunc etiam diebus feriatis tractari expedirią; poſſe, aliàs ſecus. Vide Caſtr. Alex. Socin. Sen. & Iun. nu. 127 in l. 1. ff. ſol. matr. Ripam eodem in loco, nu. 46. Pariſ. nu. 82. Ruin. num. 106. Bald. Nouell. de dote, parte 9. priuil. 13. Et cum nulla ex dictis ſententijs, aliquod habeat firmum fundamentum, excepta vltima, iſtam complector, cæteris reiectis. Fundamẽtum hæc habet, in l. 2. ff. de ferijs; vbi cauſa alimentorum à ferijs excipitur, ergo, & dotis cauſa excipienda eſt, ſi ex ea quis ali debeat,

A quia dos loco alimentorum ſit, nec aliunde ſuppetant: exemplum, in l. ſi cum dotem. §. ſin autem in ſæuiſſimo. ff. ſol. matr. Aliæ ſententiæ ijs nituntur argumentis: primum argumentum eſt ex d.l. 2. de ferijs, argumentando de alimentis ad dotem. Reſp. id procedere ſecundum ſupradictam diſtinctionem, cum mulier non habet aliunde alimenta.

Secundum ex l. publicas. C. de ferijs: Reſpon. loqui de cauſis publicis principaliter, non ſecundario, prout eſt dos.

Tertium argumentum: cauſa dotis dicitur pia. l. cum is. §. ſi mulier, de condit. indeb. ergo non ſeruantur in ea feriæ, c. vlt. de ferijs. Reſpon. tex. in d.c. vlt. loqui de cauſa pia propriè, & ſtrictè.

Quartum argumentum: in eccleſiaſticis cauſis nõ ſeruantur feriæ, vt not. in c. vlt. de iud. ergo nec in cauſa dotis. Reſp. nego conſequentiam; neque enim dotis cauſa eſt eccleſiaſtica, niſi quatenus ex matrimonio pẽdet, B cuius cognitio pertinet ad iudicem eccleſiaſticum.

Quintum argumentum: feriæ non impediunt tutoris dationem. l. 2. de ferijs: ergo nec dotis iudiciũ. Reſpon. negando conſequentiam: quia illa cauſa non patitur moram propter pupilli neceſſitates; & non pertinet ad contentioſam iuriſdictionem: hæc vero moram patitur, ſi non inde ſit alenda mulier, & ad contentioſam iuriſdictionem pertinet.

Sextum: quia cauſa dotis pendet ex matrimonio, & videtur eſſe matrimonialis: quæ expediunt ſine ſtrepitu, & figura iudicij. Clem. *Diſpenſioſam*, de re iud. ergo, & dieb. feriatis. Clem. ſæpe, de verb. ſign. Reſp. d. Clem. diſpenſioſam loqui de cauſis matrimonialibus, hoc eſt, vbi principaliter vertitur matrimonialis cauſa: Alterius verò ſñiæ, quę vult cauſam dotis cognoſci nõ poſſe diebus feriatis fundamentum eſt, in regula iuris, quæ prohibet cauſas tractari dieb. feriatis. l. 1. & tot. tit. ff. de ferijs. l. C vlt. C. eod. tit. Ab hac regula non reperitur cauſa dotis excepta, imò quod ſit cognoſcẽda more iudiciorũ, indicãt. l. 3. C. de dotis promiſſ. l. ſi mulier. l. ſi cum dote. §. eo autem. ff. ſol. matri. l. vni. §. & hoc ex rei vxoriæ, C. de rei vx. act. Reſp. id verum eſſe, niſi petatur dos, vt inde alimenta ſuppeditentur; tunc enim reipſa non differt à cauſa alimentorum; ac proinde excipienda eſt à ferijs, ſicut cauſa alimentorum excipitur, in d.l. 2. de ferijs.

CAPVT XXXVII.

Vtrum cauſa dotis ſit mixti fori, cum principaliter agitatur?

QVinque ſunt potiſſimum argumẽta quibus perſuadere quidam conati ſunt dotis cauſam eſſe mixti fori. Primum eſt ex c. 1. 2. & 3. de donat. inter vir. & vxor. Quibus rectè D reſpondetur, loqui de cauſa dotis incidenter deducta, & in conſequentiã matrimonij & diuortij.

Secundum ex c. Nuper. eod. tit. illis verbis *cum eccleſia dotes protegere teneatur viduarum*. Reſp. non eſſe bonam cõſequentiam; tenetur eccleſia protegere dotes viduarum, ergo eccleſiaſticus iudex adiri poteſt, tanquam ordinarius in cauſis dotalibus: ſatis enim eccleſia protegere dicitur, ſi in ſubſidium, iudice ſeculari negligente, viduis iuſtitiam miniſtret.

Tertium eſt ex c. ex litteris, de pign. Reſp. id non velle ibi S. Pontificem, ſed hoc tantum mulieris dotem ſaluam eſſe, cum viri ſui bona confiſcata ſunt.

Quartum argumentum eſt, quia dos eſt cauſa pia. Reſpon. impropriè id eſſe, & ideo non gaudere priuilegijs piæ cauſæ.

Quintum, quia vidua eſt miſerabilis perſona. Reſpon. nihil ad rem: nam miſerabiles perſonę ſunt pauperes, & eccleſię eas protegere ſolet; ſed nõ hinc ſequitur, viduas eſſe ita ſub eccleſiæ protectione, vt aduerſarium trahere

poſſunt

poſſint ad iudicem eccleſiaſticum contra iuris regulam, quæ dicit actor forum rei ſequitur. cap. Cum ſit. de foro compet. Alex. in l. 1. ſol. matr. exiſtimat in terris eccleſię cauſam dotis cognoſci poſſe coram eccleſiaſticu iudice, ſecus in terris Imperij: quia in terris Imperij ſeruantur leges, quę ſine peccato ſeruari poſſunt: Et in terris eccleſiæ S. Pontifex habet pleniſſimam poteſtatem. c. Cauſam quę. ca. Per venerabilem. Qui filij ſint legitimi. Sed hęc ſententia dubium non habet, quando S. Pontifex cauſam committit eccleſiaſtico iudici, vel vbi Iudex ordinarius loci à S. Pontifice conſtitutus (vt plerumque eſt) eccleſiaſticus eſt: Cæterum ſi ordinarius iudex loci laicus ſit, quē S. Pontifex conſtituerit, non video cur dotis cauſa coram ipſo agitanda non ſit; cum nullus iuris Canonici locus proferatur, quo S. Pont. iubeat dotis cauſas principaliter motas, coram eccleſiaſticis iudicibus cognoſcendas eſſe.

Tertia igitur Doctorū ſententia, quæ negat dotis cauſas etiam mixti fori, mihi veriſſima videtur: quia hæc regulis iuris eſt cōſentanea; quibus cauetur cauſas temporales & profanas à iudicibus laicis eſſe cognoſcēdas. His accedit tex. in l. In contractib. in finem, C. de non nume. pec. qui iure Canonico correctus non reperitur: vbi conſtitutum eſt, in ſubſidium adiri poſſe Iudicem eccleſiaſticum. Accedit etiam. c. Ex tenore. de foro compet. illis verbis. *Mandamus quatenus, niſi ſit talis cauſa quæ ad eccleſiaſticum Iudicem pertinere noſcatur, et ſuperſedere curetis, dummodo per iudicem ſecularē ſuam poſſit iuſtitiam obtinere*. Et tex. ibi loquitur de vidua. Vide in hac quæſtione Dec. in authen. quod locum. C. de coll. Doctores omnes in l. 1. ſol. matr. vbi Socin. iun. nu. 132. Ripa, num. 47. Pariſ. num. 86. Ruin. num. 95.

CAPVT XXXVIII.

Vtrum pater dotare teneatur filiam diuitem.

COmmunis eſt ſententia, patrem teneri ad dandam filiæ dotem, licet ea ſit diues; vt teſtatur Ripa in l. 1. nu. 54. ſol. matr. Soc. iun. ibi. nu. 157.

Fundamentum eſt in l. Qui liberos. ff. de ritu nup. ibi: *Coguntur in matrimonium collocare & dotare*. & in l. vlt. de dotis promiſſ. illis verbis. *Neque enim leges incognitæ ſunt, quibus cautum eſt omnino paternum eſſe officium, dotem vel antenuptias donationem prò ſua dare progenie*. Vbi notandum text. loqui quando filia erat diues bonis maternis. Nec valet Alciati reſp. lib. 8. Parergon, cap. 3. officium quidem paternum id eſſe, ſed non imponi neceſſitatem, ſicut cum dicit I.C. *Voluntatis & officii magis eſſe, quàm neceſſitatis commodare*, in l. In commodato. §. Sicut. ff. commod. Nam patrem cogendum eſſe, & conſequenter neceſſitatis id eſſe, non autem voluntatis, patet ex d. l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. Quæ replicatio melior eſt, quàm Duareni, ad officium tutorum & curatorum aliorumque iudicum & magiſtratuū recurrentis, vt inde excludat neceſſitatem: in tit. ſol. matr. c. 3. His accedit, dotem ſubrogatā videri loco legitimæ, l. Quoniam nouella. C. de inoff. teſta. legitimam verò filijs debitam eſſe, quātumuis locupletes exiſtant, vt in §. Aliud quoque capitulum. in auth. Vt cum de app. cog.

Verum iſtis non morantibus magis placet Bar. ſententia, negantis patrem obligatum eſſe ad dotandam filiam diuitē, in l. Mulier. §. Cū proponeretur. ff. ad Treb. ſequitur Duarenus, vbi ſuprà. Alciat. in l. 1. num. 65. ſol. matr. & alij quos commemorat ibid. Soc. iun. nu. 157.

Fundamentum eſt, quia pater nō tenetur alere filiam, quæ eſt diues, l. Si quis à liberis. ff. de ag. lib. Ergo nec dotare: nulla eſt enim ratio diuerſitatis; quia ſicut Pater tenetur alere, ita & dotare: ſed excipitur caſus, quo filius eſt diues, vt non teneatur pater eum alere: igitur & excipiendus eſt idē caſus, vt non teneatur dotare; eſt enim eadem æquitatis ratio, ergo idem ius, l. Illud, ad l. Aquil.

Non nego patrem teneri ad quærendam cōditionem filiæ eamque matrimonio copulandam: nego eum teneri ad dandam dotem.

Non obſtant argumenta contrariæ ſententiæ: nam ad l. Qui liberos reſpon. regulariter id verum eſſe, ſicut & regulare eſt patrem teneri ad alendum filium; ſed hunc excipimus caſum, quando filia diues eſt.

Ad l. vlt. C. de dotis promiſſ. placet illa reſp. patrem in illa facti ſpecie non fuiſſe obligatum; quod illa verba ſatis indicant, quibus toties liberalitatis paternæ fit mentio in illa lege, nam in neceſſitatibus nemo liberalis exiſtit. l. Rem legatam, de adim. legatis. Confirmatur hæc interpret. Nam ſi pater in illa facti ſpecie fuiſſet obligatus, nulla erat dubitandi ratio, quin de ſuis bonis dotaſſe intelligeretur. Quod autem ibi dicitur paternum eſſe officium dotem dare, pro ſua progenie, ſic accipiendum id eſt, regulariter & ſecundum iuris regulam: & hæc fuit ratio decidendi, quia pater ibi intelligitur voluiſſe dotare filiam ex ſuis bonis, licet allegare potuiſſet ſe non teneri, cum filia haberet bona materna: quę ratio eſt cur Imp. toties dixerit, patris fuiſſe liberalitatem.

Quod autē dicebatur dotem loco legitimæ ſuccedere, & legitimam relinquendam eſſe filiæ, etiamſi diues ſit, nihil mouet; quia eſt res longè diuerſa; ſic enim ſancitum eſt in ijs, quæ ad teſtamentum patrisfam. pertinent, vt filios ſuos debeat inſtituere hæredes, aut exhæredare ſi iuſtam cauſam habeat: non patitur lex, vt iniuria filij afficiantur præteritione, vel iniuſta exhæredatione: & hęc eſt ratio, cur filio, etiam diuiti legitima ſit relinquenda: quæ ratio iniurię nō æquè militat in dote; ſicut enim pater non dicitur iniuriam facere filio, aliunde habenti vnde ſe alat, ſi ei neget alimenta; ſic exiſtimo nullam facere iniuriam filiæ diuiti, ſi dotem ex bonis ſuis ei non dederit. Hæc ita eſſe nullum eſt euidētius teſtimonium, quàm quod ex verbis d. l. vlt. colligitur, dum ait: *Liberalitas itaq. talis maneat vera & irreuocabilis, vt & puro nomine liberalitas, & debitum ſuam ſequantur fortunam*. Hic vides appellari patris liberalitatem veram & irreuocabilem: ex quo apparet patrem donaſſe filiæ ſuę dotem, volens paternum exequi officium, licet non teneretur; quia filia habebat res maternas, ex quibus dotem conſequi ſufficientem poterat.

CAPVT XXXIX.

An Lex Vltima, C. de dotis promiſſ. locum habeat, vbi filia renunciauit maternis & paternis bonis, & quando pater dedit illi dotem computato omni eo, quod habere debet ex bonis maternis.

CIrca hoc contrariæ ſunt doctorum ſententiæ: Nam quod conſtitutū eſt in l. vlt. C. de dotis promiſſ. locum ſibi vendicare, etiam filia renunciante maternis bonis, deciſum fuit apud Afflict. deciſ. 178.

Sed cōtrarium ibi voluit Vrſillus & deciſ. ſeq. nec non Crauetta & Stracca in adnotationib. conſ. 84. Similiter aliqui voluerunt, eandem Iuſtiniani conſtitutionem locum habere, etiam quando pater dotem filiæ dedit vel promiſit, computato omni eo, quod filiæ debetur ex bonis maternis. Alijs pluribus in contrariam deſcendentibus, vt per Crauettam d. cōſ. 84. Soc. iun. in l. 1. ſol. matr. nu. 177. & nouiſſimè Menoch. de Præſumpt. lib. 3. Præſumpt. 15. num. 74.

Omnis difficultas in his quæſtionib. explicandis, poſita eſt in verbis d. l. vlt. quæ ſic ſe habēt, *Vbi autem ex rebus tam ſuis, quàm maternis, vel alijs, quæ nō acquiruntur, vel ex ſuis debitis, dixerit ſe feciſſe huiuſmodi liberalitates, tunc ſi quidem penitus inopia tentus eſt, ex illis videri rebus dotem vel ante nuptias donationem eſſe datam, quæ ad filios vel filias pertinent. Si verò & ipſe ſubſtantiam idoneam*

neam poſſidet, in hoc caſu, quaſi de ſuo patrimonio, dotem vel ante nuptias donationem dediſſe, intelligetur.

Nam qui ſentiunt in prædictis caſibus locum eſſe dictæ conſtitutioni, eo argumento nituntur; quòd nulla ſit differentia, ſiue dicat pater ſe dotare ex ſuis & maternis rebus filiam; ſiue eam dotare computato omni eo, quod ex maternis rebus filiæ debetur; ſiue filia maternis rebus renunciauerit: etenim fauore dotis, & ex alijs rationibus, quæ in d. §. vlt. continentur, nihilominus pater cenſetur dotare filiam ex ſuis proprijs bonis, ſi diues ſit. Nullam eſſe differentiam inde colligunt, quòd quando pater dicit ſe dotare ex ſuis & maternis rebus, procuIdubio ſecundùm verborum naturam, & iuris diſpoſitionem illa interpretatio adhibenda eſſet, vt partim ex paternis, partim ex maternis rebus filia intelligeretur eſſe dotata: & nihilominus vult Imp. filiam intelligi dotatam ex rebus paternis dumtaxat; ſi pater idoneam habet ſubſtantiam. Igitur & in dictis caſibus idem videtur eſſe reſpondendum, licet verborum natura ac iuris regula repugnare videtur.

Sed magis placet eorum ſententia, qui negant in ſupradictis caſibus locum fore dictæ conſtitutioni; quia valde dura eſt, & rationi contraria: quamobrem & à Leone Imperatnre Nouella 21. ſublata fuit: magis ergo videtur eſſe reſtringenda, quàm extendenda extra ſuos terminos, & limites. l. Quod verò, de legibus: nam certè non parum inter ſe differunt ſupradictæ formulæ verborum: cum enim dicitur, computato omni eo, quod ex bonis maternis debetur, res eſt clariſſima, quod pater vult filiam eſſe dote iſta contentam, loco bonorum maternorum: quando verò dat pater dotem ex ſuis bonis, & filiæ, ſumi poteſt interpretatio, quod priùs voluerit ex ſuis bonis dotem præſtari, deinde, ſi non eſſent ſufficientia, ex bonis maternis.

CAPVT XL.

Vtrum auus paternus dotare teneatur neptem, quando filius eſt diues.

EXiſtimat Socin. ſen. in l. 1. nu. 49. ſol. mattim. quem ſequi videtur & Soc. iun. ibidem nu. 190. auum paternum teneri ad dotandam neptem, ex filio diuite; adductus in hanc ſententiam his argumentis.

Primò ex l. Dedit dotem. ff. de collat. bonor. ibi: *q̄ ppe officium aui circa neptem, ex officio patris erga filium pendet; & quia pater filium, ideo auus, propter filium, nepti dotem dare debet.*

Secundò, ex l. vlt. C. de dotis promiſſ. illis verbis. *Neque enim legis incognita ſunt, quibus cautum eſt, omnino paternum eſſe officium, dotem vel ante nuptias donationem pro ſua dare progenie.* Progenies videtur continere etiam neptem; & tex. loquitur in filia, quę habet bona materna: ergo idem erit in nepte, licet habeat bona materna, & ſic diues ſit. Vnde ſic argumentatur Socin. ſi tenetur auus dotare neptem licet diues ipſa ſit, conſequens eſt, vt eandem dotare teneatur, licet ipſius pater diues ſit.

Tertium eſt regula, l. Qui liberos. ff. de Ritu nupt. quæ lex generaliter loquitur.

Sed hæc ſententia euidenti ſanè cõfutationi obnoxia eſt. Nam omiſſis leuibus argumentis, conſtat paternum eſſe officium, filiam dotare, vt in d. l. vlt. C. de dotis promiſſ. ſi igitur pater diues ſit, & commodè poſſit filiam ſuam dotare, non videtur ad id cogendus auus. Hinc Vlpian. in l. 5. §. Si filius. ff. de iure dot. ſcribit filiumfam. qui poſt mortem patris dotem ſoluit filiæ ſuæ promiſſam, non pro hæreditate patris æs alienum, ſed proprium ſoluiſſe, quod filiusfam. exiſtens ſuſceperat. Ex quo apparet dotem promiſſam fuiſſe auo ſuperſtite: quod ſi auus teneretur, proculdubio æs alienum pro hæreditate ſoluiſſe videretur. Ratio dubitandi erat, quia filius ſoluit poſt
A mortem patris ex bonis, & hęreditate patris ſui; quæ dos non videbatur profectitia, ſed aduentitia, quoſ ab auo data. Ratio decidendi fuit, quia filius promiſerat dotem, & ideò proprium debitum ſoluit.

Et hæc eſt communiter ſententia Doctorum, ſicut teſtatur Socin. iun. in d. l. 1. nu. 192. ſol. mattim. & in conſ. 79 nu. 15. & 35. lib. 3. Menoch. alios adferens conſ. 183. num. 14. lib. 2.

Ad primum argumentum reſpondeo, non hoc velle Iure Conſ. in d. l. Dedit dotem, quod auus teneatur neptem dotare, ſed ait filium teneri; auum autem dotem dediſſe, propter filium; quaſi dicat, filium quidem obligatum fuiſſe ad dotandam filiam ſuam; eius autem contemplatione, auum dotem dediſſe. Et quod ait de officio aui erga filium, hunc ſenſum habet, vt ad officium aui pertineat dotem dare nepti pro filio ſuo: quando ſcilicet ipſe filius non eſt idoneus. Nam ſi ipſe filius idoneus ſit
B ad dotandum, quia ſit diues, nulla æquitas ſuadet, auum ad id obligatum eſſe.

Ad ſecundum patet reſponſio, quia l. vlt. C. de dotis promiſſ. loquitur de patre, non de auo paterno: & dato quod ad auum paternum extendi poſſit, intelligitur quando filius non eſſet diues.

Nihil obſtant illa verba, *neque enim leges incognitæ ſunt, quibus cautum eſt, &c.* Nam fateor hoc eſſe officium, & patris & aui; ſed aui tunc, quando filius non habet, aut non eſt ſuperſtes. Filio enim ſuperſtite neptis non poteſt auum cogere, ſed filium, hoc eſt patrem ſuum; ipſe verò filius, auum, hoc eſt, patrem ſuum, qui eſt auus, reſpectu neptis, cogit: & hoc eſt quod ait Lex. Dedit dotẽ; auum propter filium, neptis dotem dare debere, & filium eſſe qui tenetur: ſed cum filius diues eſt, & idoneam habet ſubſtantiam, videtur ceſſare hæc aui obligatio. Si enim filio diuiti pater alimenta dare nõ eſt cogendus, l. Si quis à liberis. ff. de liberis agnoſcen. multò minus dotem pro
C filia dare cogetur: nam maius eſt incommodum in dote danda, quàm in alimentis ſuppeditãdis, vt dicebat Alex. in l. 1. nu. 18. ſol. matr. quia dantur alimenta menſib. ſingulis; dos autem ſemel vna ſolutione numerari ſolet. Reſp. Socin. non eſſe bonum argumentum de alimentis ad dotem: quia pater non tenetur dare alimenta filio diuiti, & tamen dotem dare tenetur. Sunt & aliæ differentiæ inter alimenta & dotem, quas perpendit Alex. in d. l. 1. ſol. matr. Replicari poteſt, dato quod illa communiter ſententia vera ſit (quam falſam puto, vt in præcedenti capite, quod ſcilicet pater teneatur dotare filiam ſuam diuitem) argumentum procederet de alimẽtis ad dotem hoc in caſu; quia eſt eadem, imò maior ratio in dote, quàm in alimentis. Nam vt dixi maius eſt præiudicium dotem dare, quàm alimenta: ſi ergo non tenetur alimenta dare, multò minùs dotem. Et licet aliquæ ſint differentiæ inter dotem & alimenta, tamen negari nõ poteſt,
D quin vbi eadem ratio eſt, argumentum rectè ſumi poſſit ab alimentis ad dotem; ſicut declarat Euerardus in locis legalibus, cap. de alimen. ad dotem.

CAPVT XLI.

Ad l. Gallus, in principio. ff. de liberis & poſthumis.

VNam abſolui controuerſiam ad hanc legem pertinentem, lib. 4. Controuerſ. c. 76. hic reliquas tractare conſtitui: ſunt autem tres potiſſimum.

Prima, an poſthumi alieni poſſent olim iure ciuili ante tempora Iuſtiniani Imperatoris, hæredes inſtitui. Secũda, an poſthumus Galli Aquilij, fuerit ſuus, vel alienus. Tertia, quomodo conſilium Galli ſit accipiendum, vt mortuo filio, teſtatore viuente, hæreditas non efficeretur caduca.

Quod attinet ad primum: duæ ſunt contrariæ Doct.

ſenteutiæ

ſententiæ in commentarijs.d.l.Gallus. Vnã,eiq; cõmu- A
nis,non potuiſſe olim poſthumos alienos hæredes inſti
tui,ita Bar.ibi Bal.Caſtr.& reliqui communiter. Altera,
potuiſſe;quam ſententiam nouiſſimè defendit Excellen
tiſſimus vir D. Angelus Spanochius doctè, & ſubtiliter
in ſuo eruditiſſimo commentario.

Fundamentum communis ſententiæ poſitum eſt in
§.1.Inſtit.de bon.poſſ. vbi Iuſtin. ſic ait: *Nam ſi alienus
poſthumus hæres fuerit inſtitutus, quamuis hæreditatem iu
re ciuili adire non poterat, cum inſtitutio non valebat, hono
rario tantum iure bonorum poſſeſſor efficiebatur; videlicet
cum à Prætore admittebatur. Sed & is à noſtra conſtitutio-
ne rectè hæres inſtituitur, quaſi & iure ciuili nõ incognitus.*
Et in §.Poſthumo quoq;. Inſtit.de legat.vbi: *Poſthumo
quoque alieno inutiliter antea legabatur, &c.*

Reſpondet vir doctiſſimus ad primum, inſtitutionem
poſthumorum non fuiſſe vnquam generaliter prohibi-
tam, ſed tãtum in quibuſdam caſibus, quos Iuſtin. noua
ſua conſtitutione deleuit. Secundò, illa verba *cum inſti-* B
tutio non valebat, non inferre poſthumum alienum inca
pacem fuiſſe, ſed tantùm adire non potuiſſe, cum nõ va
lebat inſtitutio: & ſic verba referri ad eum caſum quo
inſtitutio non valebat.

Ad alterum argumentum, illud habere locum in le-
gatis, ex quibus ad hæredis inſtitutionem argumentari
non licet, niſi hoc modo: Quibus legari non põt, his nec
hæreditas dari põt; argumentum autem aliter ſumi, ſ. le
gari põt iis, quibuſcum teſtamẽti eſt factio, ergo poſthu
mi alieni inſtitui non poſſunt. Secundò reſp. ex d. §. Po-
ſthumo, non probari aliud, quàm legatum inutiliter an-
tea dari poſthumo alieno; non autem poſthumum inca
pacem fuiſſe, vel vetitum poſthumo legari. Sed vereor
vt hæ reſponſiones præcellentiſſimi viri rectè conſiſtãt.
Nam quod attinet ad primum teſtimoniũ, certè verba
tex. clara ſunt, & generalem fuiſſe prohibitionem indi-
cant, non autem in aliquo tantùm caſu: nam ſi in aliquo C
tantùm caſu poſthumi inſtitutio inualida fuiſſet, non di-
xiſſet Imp. *Si alienus poſthumus hæres fuerit inſtitutus*, &c.
quæ verba generalia ſunt, aut certè indefinita, & ideo
æquipollent vniuerſali. l. ſi pluribus, de leg. 2.

Nec obſtant illa verba *cum non valebat inſtitutio*; quia
non eſt ſenſus tunc demum poſthumum alienum adire
non potuiſſe cum inſtitutio nõ valebat, hoc eſt, eo in ca-
ſu, quo inſtitutio non valebat, hoc enim indubitatũ fuiſ-
ſet: ſed verba illa cauſam continent, ob quã poſthumus
adire non poterat; quia, ſcilicet, inſtitutio non valebat:
quod verum eſſe, patet ex verbis ſequentib. quibus ab-
ſolutè, & non cum relatione ad certum caſum, dicitur
noua conſtitutione poſthumum rectè inſtitui poſſe hæ-
redem, quaſi iure ciuili non incognitum.

Ad alterum argumẽtum quod attinet, ex d. §. Poſthu
mo, non videntur etiam idoneæ reſponſiones; quia ita
propriè ſumitur argumentum; Poſthumo alieno inutili
ter antea legabatur, vt ibi dicitur; ergo poſthumus alie- D
nus inutiliter antea hæres inſtituebatur: nam legari illis
ſolùm poteſt, tum quibus teſtamenti factio eſt. §. legari,
Inſtit. de legatis.

Porrò quod præſtantiſſimus vir ſcribit, non fuiſſe in-
capaces poſthumos alienos; item nõ fuiſſe vetitum, eos
hæredes inſtitui, mihi veriſſimum videtur. Nam lex nõ
aſſiſtebat inſtitutioni; ideò iure ciuili deſtituti erãt poſt
humi alieni, ſed à prætore admittebantur, quod non po
tuiſſet fieri, ſi à iure ciuili prohibiti fuiſſent capere hęre
ditatem. l. Non eſt ambigendum. §. vbicunque, ff. de bo-
no. poſſeſ. & ideo Imp. non dixit poſthumos alienos in-
capaces eſſe hæreditatis, nec prohibitum fuiſſe eos inſti
tuere, ſed ait inutiliter antea legabatur, & inſtitutionẽ
non valuiſſe: quod eſt notandum in hac diſputatione,
ne impingatur.

Fundamentum autem contrariæ ſententiæ pręcipuũ
eſt in §. Poſthumus, inſti. de leg. vbi Imp. *Poſthumus au-
tem alienus hæres inſtitui, & antea poterat, & nunc poteſt,*

A *niſi in vtero eius ſit, quæ iure noſtro vxor eſſe non poteſt.*
His accedunt. l. Poſthumus, de inoff. teſta. l. 1. §. ſi filius,
de vent. in poſſ. mitt. l. pen. de leg. 1. l. 3. §. vtique, de ſuis
& legit. ijs legibus probatur poſthumum alienum inca-
pacem non fuiſſe hæreditatis: nã ſi fuiſſet incapax, non
potuiſſet à prætore bonorum poſſeſſionem accipere. l.
Non eſt ambigendum, §. vbicunq;, de bon. poſ. Et quod
hæres poſthumus inſtitui potuerit, adferuntur. l. filius-
fam. de teſt. l. Titius, §. Lucius, de lib. & poſthu. l. Poſthu
mus, de inoff. teſt. l. eius dub. l. extraneo, de vent. in poſ.
mitt. l. 1. §. ſi filius, eo. tit. l. antiqui, ff. ſi pars hæredit. pet.
l. 1. §. vlt. eo. l. qui duos, & l. vlt. ff. de coniung. cum eman
cip. lib. His accedit poſthumum admitti ad hæreditatẽ
iudicio familiæ herciſcundæ. l. ſi hæres vnus, ad fin. ff. fa
mil. herci. Iudicium autem familiæ herciſcundæ ciuile
eſt, non prætorium. l. 1. ff. eod.

Verum iſtis nil obſtantibus, communem ſententiam
veriorem eſſe exiſtimo: nam quod attinet ad §. Poſthu-
B mus, Inſti. de leg. certè opus eſt ad eam confugere ſolu-
tionem, qua & veteres vſi ſunt, & recentiores; nimirum
poſtſthumum alienum antea potuiſſe hæredem inſtitui
iure prætorio inſpecto, vt ipſe Imp. docet, in §. 1. Inſtit.
de bon. poſſ. alioqui manifeſta erit repugnantia. Confir
matur, quia non dicit Imp. antea iure ciuili inſtitui po-
tuiſſe, ſed ſimpliciter inſtitui potuiſſe; neq; enim ius ciui
le id vetabat, ſed non adiuuabat: itaque iure ciuili adire
non poterat hęreditatem, vt ait ipſe Imp. in d. §. 1. de bo
nor. poſ. Nam ſi per Iuſtiniani conſtitutionem cognitus
eſt iure ciuili, vt ibi dicitur, oportet dicere antea cogni-
tum non fuiſſe.

Quod attinet ad teſtimonĩa quę adferuntur ad probã
dum, poſthumum alienum incapacem hæreditatis non
fuiſſe. Reſp. id veriſſimum eſſe, ſed tamen iure ciuili adi
re non poterat, verùm à prætore dabatur ei bon. poſſeſ.
Non prohibuit ius ciuile poſthumum capere hæredita-
tem, ſed nec iuuit eum; ideò rectè dicitur, ſi iure ciuili
C capere vetitus eſſet, nec bonorum poſſeſſionem petere
potuiſſe.

Reſtat vt teſtimonia confutemus, quæ adferuntur ad
probandum, poſthumum alienum inſtitui potuiſſe.

Ad l. Filiusfa. reſp. loqui de poſthumo in genere, non
autẽ de alieno poſthumo: cum ergo aliquæ leges dicant
inſtitutionem alieni poſthumi non valere, aliæ verò po
ſthumum poſſe hæredem inſtitui, promptum eſt iura iu
ribus concordare, vt quod dicitur poſthumum inſtitui
poſſe generaliter, diſtinguendum ſit ſecundum alias le-
ges. l. Non eſt nouum, cum duab. ſeqq. legib.

Ad l. Titius, §. Lucius, de lib. & poſth. reſp. ibi natum
fuiſſe poſthumum inſtitutum, licet teſtator id ignoraret
quare inſpicitur, & præualet quod in veritate magis eſt
quàm quod ĩ opinione teſtatoris fuit, vt rectè notat ibi
Cuiacius, vel vt dicebat Ant. Fab. lib. 9. coniec. iur. c. 29.
ibi dicit, iure factam videri inſtitutionem, intelligendũ
D eſt iure prętorio, quia parum refert quantum ad effectũ
tabularum teſtamenti, an iis hæreditas adeatur, vel bo.
poſſ. pet. l. Non putauit, §. Primo gradu. l. quod vulgo,
de bonor. poſſ. contra tab.

Quod attinet ad l. Poſthumus, de inoff. teſt. illa loqui-
tur de iure prætorio, vt patet illis verbis, *quia & bonorum
ab inteſtato poſſit bonorum poſſeſſionem accipere.*

Lex, Eius qui, de hær. inſtit. non loquitur de poſthu-
mi alieni inſtitutione, ſed de ſeruo eius qui naſcetur; q̃a
talis ſeruus certus eſt & exiſtens in rerum natura, eſtq;
ſeruus hæreditarius qui capacitatem habet à teſtatore
mortuo, vt rectè explicat Bologn. in d. l. Gallus, nu. 87.
& conſtat aliquando per ſeruum nos acquirere poſſe,
quod per nos ipſos non poſſumus. l. 1. ff. de verb. obl.

Ad l. 6. & 7. de lib. & poſth. loca illa eſſe intelligenda
ſecundum ius prætorium, vel ſecundum nouam Imp. cõ
ſtitutionem, quia iure ciuili cogniti fuere poſthumi alie
ni, ita vt hæredes inſtitui poſſent, vt explicat ibi Glo.

Ad l. primam, §. ſi filius, & l. extraneo, reſpõ. loqui de
bonorum

bonorum poſſeſſione, quam poſthumus alienus à prætore accipit, non autem de hæreditate iure ciuili adita.

Ad l. Primum, §. Vlt. & l. Antiqui. Reſp. loqui de bonorum poſſ. prætoriæ; ſic & cætera loca loqui manifeſtũ eſt.

Quod autem dr competere iudicium Familiæ herciſcundæ poſthumo, rectè dr, ſed lex allegata nõ loquitur de poſthumo alieno; ſed & bonorum poſſeſſori vtile iudicium familiæ herciſcundæ competere, certum eſt l. 7. & ibi Gloſ. in verb. hæres. ff. familiæ hercircundæ.

CAPVT XLII.

Poſthumus Galli Aquilij, fueritne ſuus, an alienus?

POſthumum Galli Aquilij alienũ fuiſſe cõm. eſt veterum DD. ſententia Bar. Baldi, Caſtr. & aliorum in commentarijs. l. Gallus, de libe. & poſthu. teſte Soc. iun. ibi, num. 20. 21. Fundamentum eſt in l. pen. de leg. 1. ibi. *Et obtinuit ſententia Galli alienos quoque poſthumos, legitimos nobis hæredes fieri.*

Sed poſthumũ hunc, ſuum, non alienũ eſſe, defendunt Cuiac. in d. l. Gallus, & Duarenus, necnon Alciat. ibi & lib. 3. paradox. c. 2. Fundm̃ eſt, q̃a poſthumus alienus eſt, qui natus inter ſuos, hæres teſtatori futurus nõ eſt, §. Poſthumo, inſt. de leg. Sed poſthumus Galli Aquilij natus inter ſuos, hæres teſtatori futurus eſt: igitur ſuus eſt non alienus. Sic enim Galli formula concipitur. *Si filius meus viuo me morietur, tunc ſi quis mihi ex eo nepos, ſiue quæ neptis poſt mortem meã in decem mẽſibus proximis, in quibus filius meus moreretur, natus natave erit, hæredes ſunto.* Quibus verbis manifeſtũ eſt, nepotẽ natũ, hæredẽ futurum eſſe teſtatori, quia pater eius de medio ſublatus erit. His accedit quod cùm iure ciuili poſthumus alienus incognitus eſſet, vt inſt. de bon. poſſ. §. 1. & ſup. diximus in præcedenti capite; non fuit in arbitrio I.C. Caij tale ius emendare, ac cõtrarium ſtatuere. Erat enim eius munus C iura interpretari, non emendare, vel tollere. Et ad l. pen. reſp. illã loqui de hærede legitimo, qui. ſ. ab inteſtato vocatur, iuxta l. 3. § pen. ff. pro ſocio, & cõſequẽter nõ pertinere ad hũc poſth. Aquilij, qui ex teſtõ inſtituitur hæres.

Cõciliari poſſunt hæ opiniones hoc pacto; Galli Aquilij poſthumum eſſe nepotem teſtatoris; ſic enim ait lex. *Gallus Aquilius inſtitui poſſe poſthumos, nepotes inſtituit.*

Dum autem quæritur, an talis poſthumus ſit ſuus, vel alienus, diſtinguo ſic: ſi cõſideratur tanquã poſthumus, proculdubio alienus eſt; quia ſi teſtamenti tẽpore naſceretur, nõ eſſet ſuus hæres teſtatori futurus; filio, qui tunc viuebat impediente: Si verò conſideratur vt poſthumus inſtitutus ſecundũ formam Galli, tunc eſt ſuus, non alienus: inſtituitur enim eum in caſum, quo ſuus futurus eſt, patre mortuo: nec aliter Gallus facere potuiſſet; quia poſthumus alienus, iure ciuili inſtitui non poterat.

D

CAPVT XLIII.

Quo pacto teſtamentum, quo nepos inſtituitur ſecundum formam Galli, præmoriente filio, caducum non fieret.

COnſtat inter omnes, mortuo hærede ante teſtatorem, olim teſtamentum effectũ fuiſſe caducum. l. Vnica. §. Pro ſecundo. C. de cad. tollen. quod cùm ita ſit, quæritur quo pacto teſtamentum ſecundum Galli formam conditum, non fieret caducum mortuo filio hærede inſtituto, viuo teſtatore; & quatuor modis hoc accidere potuiſſe veteres reſponderunt: Primum ſi alius cohæres filio inſtituto datus eſſet; ex perſona enim cohæredis poterit teſtamentum ſuſtineri: ita Bald. in d. l. Gallus; quod meram continet diuinationem.

Secundò per dationem ſubſtituti vulgaris: erat enim nepos filio vulgariter ſubſtitutus. l. Pater filium, de vulg. & pupil. ita Bar. ibi: Sed non rectè; quia textus ille loquitur de poſthumo nato viuo teſtatore; Gallus autem, de A poſthumo nato, mortuo teſtatore: vt animaduertit Iaſon in d. l. Gallus, num. 75.

Tertiò ſecundum comm. Imol. & Alex. in d. l. Gallus; propoſitũ Galli fuiſſe, vt teſtm̃ ſuſtineretur, nec rumperetur natiuitate poſthumi; de alijs caſibus quibus rumpi poterat, nõ fuiſſe ſolicitum. Non ſatisfacit, quia nõ eſt veriſimile, eum, inueniſſe modum ſuſtinendi teſtamentum vna via, ſi altera via & ratione caducum efficeretur.

Quartò ſecundum Iaſon, in fine, ſi detur filio ſubſtitutus, vel cohæres non purè, ſed poſt mortem filij: ſed hoc diuinare eſt.

Alij aliter: Vera ratio eſt, quam D. Angel. Spanochius attulit, qm̃ lex caducaria locũ non habebat in deſcẽdente & aſcendente vſque ad tertium gradum, tex. in l. Vn. §. Et cum lex. C. de cad. tollen. Vlpian. in fragmen. Vlp. tit. 17. & ſequent. dixi lib. 4. controuerſ. cap. 76. in fine.

B

CAPVT XLIV.

Ad §. Et quid ſi tantum. l. Gallus. de lib. & poſthu. controuerſiæ omnes: quarum prima quo pacto verum ſit, quod Gallus dicit hos caſus non pertinere ad l. Velleiam, ſed hæc ex ſententia legis Velleiæ admittenda.

IN explicatione §. Et quid ſi tantum, occurrunt non parui momenti difficultates, de quibus inter DD. eſt controuerſia: eas hoc & ſeqq. capitibus ordine conabimur explicari. Prima eſt cur Gallus dixerit, hæc omnia ex ſententia l. Velleiæ admittenda.

Comm. veterum Gloſſ. Accurſij & aliorum interpretum ſchola docet, Galli Aquilij formulã ſuppleri per legẽ Velleiã, quæ oẽs rumpendi teſtamenti caſus cõplexa eſt. His cõſentientia ſcribit Cuiac. in explicatione huius loci, dum ait, *quia vt lex Velleia viuo teſtatore agnaſcentibus poſthumis, omnes caſus rumpendi complexa eſt; ita putauit ſatis, iure antiquo, poſt mortem agnaſcentibus poſthumis comprendi omnes caſus.* Sed hãc ſententiã impugnat Ant. Faber Conject. iuris, lib. 9. c. 3. eam ob cauſam, quod ſecundum caput legis Velleiæ non ad poſthumos pertineat, ſed ad eos nepotes qui teſtamenti tempore iam nati eſſent, viuo adhuc eorum patẽte: Pertinent aũt ad ſecundum caput legis Velleiæ verba illa, *Si ſuus hæres eſſe deſierit:* ex quib. Accurſ. & cæteri eum ſecuti rationem illam deduxerũt. Omnino male, inquit Faber, quia verba illa pertinent ad ſecundum caput legis Velleiæ, vt dictũ eſt, in qua non agitur de poſthumis, ſed de nepotibus. Ipſe demum aliam adfert cauſam; quia ſcilicet lex Velleia admittit inſtitutionem poſthumi, etiam alieni ẽt nati viuo patre. Omnino male, meo quidẽ iudicio, nam ſic ait tex. in §. Nunc de lege Velleia. *Et bene verba ſe habent, ſi quis ex ſuis hæredibus hæres eſſe deſierit, ad omnes caſus pertinentia, quos ſupplendos in Galli Aquilij ſententia diximus.*

D Sed verba illa Galli Aquilij pertinent ad omnes caſus, quos Scæuola docuit eſſe ſupplendos in formula Galli Aquilij. Tunc ſic argumentor. Ergo pertinent etiam ad hũc caſum, quẽ Scæuola ſupplet in formula Galli Aquilij, vt nimirum nepos ſuccedat, ſiue filius moriatur, ſiue deportetur, vt in §. Et quid ſi tantum. Si ſic eſt, ergo communis interpretatio veriſſima videtur.

CAPVT XLV.

Secunda controuerſia, quis ſit ſenſus §. Et quid ſi tantùm, l. Gallus. de lib. & poſthumis.

SEcunda cõtrouerſia eſt, quis ſit ſenſus §. Et quid ſi tantum? Nam Gloſ. Bar. & alij cõmuniter ita exponunt, vt prouiſio teſtatoris facta in vno caſu, trahatur ad alium caſum ſimilem; ſicut hic prouiſio facta eo caſu, quo moritur filius vel nepos, trahitur ad alium caſum ſimilẽ, quo deportetur, vel emanLll i cipetur;

cipetur;ſcilicet retenta Bar.diſtinctione,id locũ ſibi ven A
dicare in conditione neceſſaria ad actum,vel ad effectũ
actus;ſecus in volũtaria conditione,quæ in forma,vt lo
quuntur ſpecifica impleri debet: l.qui duob.l.Mæuij.de
cond.& dem. Conditio tñ neceſſaria ad actũ vel ad effe
ctum actus,adimpleri põt per æquipolleos,vt hic; quia
hæc conditio ſi filius moriatur,neceſſaria eſt ad hunc ef
fectũ,vt nepos ex eo naſciturus efficiatur ſuus; quamob
rem ſiue morte naturali tollatur filius de medio,ſiue de-
portatione,ſiue ẽt emãcipatione amittat ſuitatem,locus
erit conditioni,quæ veriſſima eſt doctrina nõ tam huic
loco conſentanea, quam alijs locis. l.Si ita. ff.quan.dies
leg.ced,l.3.C.de inſtit,& ſubſt. l.Mulier,ad Treb. Sed
contrariam ſententiam habuerunt recentiores quidam,
Cuiac,hic & Duaten, nec non Ant.Faber lib.9.coniect.
c.3.quib. adnumerari poteſt Alciat.lib.3. paradox.ca.9.

Ne dixerimus (inquit Cuiac.) *in caſum mortis factum*
inſtitutionẽ ad alios caſus trahi: nec enim is eſt huius §.*ſen-* B
ſus,vt hic Aemilius Perotus acutè animaduertit. Proferes
quidem l.Si ita,quãdo dies leg.ced. vt oſtẽdas,caſum mortis
trahi ad caſum emancipationis,vel deportationis;qua de re
extat cõſtitutio Antonini in l.3,C.de inſt.& ſubſt. ſed nihil
ages: Nã cõtra proferã ipſe l.Ex ea.§.*pen.de verb.obl.l Cũ*
pater,§.*hereditatẽ.de leg.2. in quib. caſus mortis non trahi-*
tur ad deportationem, Ius ciuile directum,& ſtrictum eſt,
nec ſuppletur ſine certa lege aut conſtitutione,&c. Reſp.ius
ciuile admittere hanc interpretationẽ,quæ procedit de
ſimilibus ad ſimilia.l. Non poſſunt.de legib.non eſt ſup-
plere hoc,ſed interpretari voluntatẽ teſtantis,vt in exẽ-
plis allatis l.3.C.de inſt.& ſubſt.& l.Si ita.ff.qñ dies leg.
ced.& ſimilibus.Cùm,n.apparet effectus quem teſtator
reſpexit,optima eſt interpretatio,quæ voluntatem eius
extendit ad ſimilẽ caſum,in quo idem effectus ſuccedat,
Quod attinet ad leges cõtrarias quas ille citat, nihil ob-
ſtat, quia loquũtur de conditione oĩno voluntaria, non
aũt neceſſaria ad actũ vel effectũ alicuius actus, vt puta. C
cũ quis ſtipulatur ſibi dari poſt mortẽ promiſſoris; hoc
in caſu voluntaria eſt conditio: nec,n.ad vllũ effectum
reſpexit ſtipulator, qui ex deportatione æquè obtinea-
tur quemadmodum ex morte naturali.Similiter & in §.
Hæreditatẽ,mors naturalis in cõditione eſt poſita ex vo
luntate teſtatoris,nõ ad effectũ aliquẽ certũ reſpicientis,
ideo debet impleri in forma. Et hoc eſt etiã quod dr̃ in
l.cõmodiſſime,de lib.& poſthu.caſum omiſſum haberi
pro omiſſo;quia ſcilicet caſus expreſſus nõ poteſt exten
di ad omiſſum, ex volũtate defuncti reſpicientis effectũ
rei,qui æquè contingat in expreſſo caſu,ſicut in omiſſo.

Duarenus aũt ſic ſcribit in cõmẽtarijs huius §. *Accur-*
ſiani aliter hoc verbu interpretãtur:ſic enim aiũt,Si teſtator
mentionẽ mortis fecerit in inſtitutione nepotis naſcituri;ille
caſus expreſſus à teſtatore porrigitur ad alios caſus ſimiles,
nẽpe deportationẽ,emãcipationẽ,& ſimiles,et hinc colligũt,
hũc theſim. Prouiſionem factũ à teſtatore,ad alium caſum D
ſimilẽ porrigi. Qui hoc colligunt ex verbis Scæuolæ,oſtẽdunt
ſe hoc oĩno nõ intelligere.In lege hoc verũ eſt.ſed interpreta-
tio legis multũ diſtat ab interpretatione teſtamẽti.Dico,qđ
ſi teſtator expreſſerit vnũ caſum,niſi appareat euidẽter eum
de alio caſu ſenſiſſe,non producemus ad alium caſum: velu-
ti ſi dixerit, ſi filius me viuo moritur, nepos qui mihi ex eo
naſcetur, hæres eſto: Nam etſi emancipatus fuerit, vel in
inſulam deportatus, tamen nepos non erit hæres &c.

Sed quid Reſp.ad hũc §?Certè hic loquit̃ Scæuola de
formula Galli Aquilij: Formula Galli loquit̃ de teſtato-
re;teſtator inſtituit nepotẽ ſi filius moriatur:Hæc nepo-
tis inſtit.ſub cond.iſta,ſi filius moriatur,trahit̃ ad caſum
quo filius deportatur,vel emãcipatur:ergo prouiſio ſeu
diſpoſitio teſtatoris facta in vno caſu, trahitur ad alium
ſimilem. At hoc fit ex ſnĩa l.Velleiæ;quidni? l.Velleiæ &
ſnĩæ eius rõ vnde colligitur?nonne inde,quia oẽs caſus
complexa eſt quibus teſtñ rumpitur;ad quẽ effectum,&
teſtator reſpicit,cum Galli formula vtitur? Declaro,Te-
ſtamentũ rumpitur ſi agnaſcatur ſuus hæres præteritus:

Ne igitur rumpatur, nepos qui efficitur ſuus, patre ſuo
de medio ſublato,inſtitui debet ſub dicta conditione. Er
go ſiue morte,ſiue deportatione,ſiue emancipatione,ta
lis nepos ſuus efficitur,& iure ſuitatis rupturus eſt teſtñ
teſtatoris,prouiſio locũ habet interpretatione porrecta
ad iſtos oẽs caſus.Sed hoc in caſu mens legis apparet,tra
hens teſtatoris diſpoſitionem ad caſus ſimiles, qñ reſul-
tat effectus à teſtatore conſideratus: cur non & alijs in
caſibus idẽ erit obſeruandũ, l.Non poſſunt.de legibus?

Sed nihilò fęlicius Ant.Faber.ſic.n.ait, *De illo itaq; Scæ*
uolum dubitare fatendũ eſt, an poſthumus ita inſtitutus, ſi-
cuti Gallo placuit, hoc eſt, ex ea conditione,ſi filius meus vi-
uo me morietur,vtiliter inſtitutus videtur,eodẽ filio,nõ mor
tuo, ſed vel deportato,vel ab hoſtib. capto: magis aũt pbat,
vt vtiliter inſtitutus nepos videatur,an qđ ex verbis formu
la Aquiliana,aut ex ſitia Galli mortis caſum expreſſiſſe ſuf
ficiat, vt ad ſimiles oẽs trahi poſſit, quemadmodum vulgò
creditur? minimè: conditionem enim quamlibet,prœſer.tim B
quæ inſtitutioni adiecta ſit, præcisè, & vt noſtri loquuntur,
in forma ſpecifica,impleri oportet l.Qui heredi.l.Mæuius.
de cond.& dem.& planè commentitia eſt illa Bart. diſtin-
ctio,an conditio voluntaria ſit,an neceſſaria.ſiue ad actum,
ſiue ad effectum actus;cũ ea conditio,quæ in formula Aqui-
liana exprimitur, ſit neceſſaria ad actum & validitatẽ in-
ſtitutionis, poſthumi nepotis; nec tamen poſſit adimpleri per
æquipollens,ẽt fatente Scæuola,ſi ſubtrahas interpretationẽ,
quam ille ex ſententia legis Velleiæ mutuatur; idq; & Bar.
ipſe bene vidit,ſed hanc obiectionem,ita diluit,vt dicat, non
poſſe conditionem hanc adiectam inſtitutioni nepotis Aqui-
liani, ſi filius viuo auo morietur, impletum videri, ſi filius
deportatus ſit, aut emancipatus; quod ea interpretatio eſſet
contra legem, quæ alieni poſthumi inſtitutionem prohibet;
Quaſi verò eo caſu, quo mors filij expreſſa eſt permiſerit?
Gallus aũt permittere potuerit poſthumi alieni inſtitutionẽ,
aut quaſi conditione ſic concepta, ſi filius meus me viuo mo-
C *rietur,videri debeat poſthumus inſtitutus in eum caſum, in*
quo ſuus erit potius,ſi condõ illa adſcripta eſſet,ſi filius meus
viuo me deportabitur,aut ab hoſtibus capietur;quorũ tamen
oĩum nihil certè dici poteſt. Ergo caſus mortis expreſſus in
inſtitutione poſthumi nepotis. non trahetur ad ſimiles, ſiue
verba formulæ,ſiue mentem Aquilij,ſiue denique ſententiam
teſtatoris reſpicias,quæ ex verbis concipi poteſt. Alia.n.rene-
ra conditio eſt mortis, alia emancipationis,alia deportatio-
nis;caſusq; planè diuerſi ſunt: proinde non licet Iuriſconſul-
to caſum vnum ad alium porrigere: quia id demum ſupple-
re eſſet,non interpretari, l.Commodiſſime.de lib.& poſthu.
eſſetq; in eam rem neceſſarium reſcriptũ Imperatoris, mã-
ca prudentum poteſtate, vt in l.vlt.C.de poſthu.hæred.inſt.
*l.3.C.de inſt.& ſubſt.&c.*Sic ille;qui in duob.redarguen
dus mihi vr̃:primum dum Bart.citat.Nam Bar.poſteaq̃
expoſuit ſuã diſtinctionem, & cõcluſit conditionem ne-
ceſſariam ad actum,vel ad effectũ actus,adimpleri poſſe
D per æquipollens,& prouiſionẽ factã à teſtatore per mo-
dum conditionis neceſſariæ ad actum vel effectũ actos,
extendit ad caſum omiſſum;vt in hoc §.Et in alijs legib.
concordantibus.Opponit ſtatim contra iſta;quia ſi vera
eſſent,non erat opus lege Velleia,ad ſupplendũ Gallum:
ſunt hæc eius verba: *Opp.ad iſtud vlt.de hac lege in prin-*
cipio, vbi prouiſio facta de nepote, ſi naſcatur poſt mor.e, non
porrigitur ad caſum,quo naſcatur in vita; & tamen eſt ne-
ceſſaria conditio &c.quod autem non ſubintelligatur,patet
quia Gallus ſuppletur per Velleium. Reſp.adeo non ſubintelli-
gitur,quia eſſet contra legem,qua poſthumus alienus non po-
terat inſtitui ſecundum hæc tempora. Hæc Reſp.Bart.opti-
ma eſt.& plena ſucci:nam ſic vult dicere;quia lex prohi
bebat poſthumi alieni inſtitutionẽ,merito prouiſio Gal-
li,ſecundum quã poſthumus alienus inſtitui poterat,re-
ſtringi debet ad ſuos terminos; non autẽ extendi debuit
ſiue legis authoritate,contra legẽ expreſſam At dicit Fa
ber, abſurdũ eſt dicere. Gallũ ſtatuiſſe poſthumũ alienũ
inſtitui poſſe,cõtra legis authoritatẽ id ꝓhibentis:Reſp.
Gallũ non diſponere aliquid directè contra legẽ; nec.n.

id po-

id potuiſſet; ſed modum ac formam induxiſſe. quo id fieri poterat ſalua lege; qui modus ac forma nõ potuit extendi ad alios caſus, quibus lex prohibens lęderetur. Aſt Faber errat in eo, quod putat hanc obiectionem, quam Bart. diluit pertinere ad §. Noſtrum, in quo quæritur, an formula Galli quę loquitur de morte filij, locum habeat in deportatione, vel emãcipatione. Nõ eſt ita, quia obiectio pertinet ad eum caſum, quo nepos naſcitur viuo teſtatore; cũ Galli formula loquatur de nepote nato poſt mortem. Alter error eſt negare Iuriſc. interpretandi facultatem, quæ fit per extenſionem; noſtri appellant extenſiuam interpretationem; quam eſſe permiſſam indicant. l. Nõ poſſunt. de legib. vbi eſt eadem ratio, eſt idem ius. l. Illud, ad l. Aquil. cum ſimilib. de quib. habes ſexcenta loca apud Euerard. loco à ratione legis.

CAPVT XLVI.

Tertia controuerſia, vtrum filio iuſtè exhæredato, nepos ex eo præteritus, rumpat teſtamentum, vel teſtamentum nullum ſit.

EXiſtimo nepotem præteritũ in propoſita ſpecie non rumpere teſtamentũ: cuius ſententiæ authores habeo Gloſſatorẽ, in l. Si quis poſthumos §. ſi filiũ, de lib. & poſth. & alios tres quos refert, & ſequitur Ant. Gomez. variar. con. tom. 1. cap. 11. nume. 51. & Soc. iun. in l. Gallus. §. Et quid ſi tantum, de lib. & poſthu. nu. 12.

Fund. eſt inconcuſſum valde & ſolidum, in l. Filio præterito. ff. de iniuſt. rupt. & irr. teſtam. ibi, *Et dicimus teſtamentum non rumpi, cum nec exhæredari huiuſmod. nepos debuerit ab auo, quẽ pater præcedebat*: & in l. ſi quis poſthumus. §. ſi filium, de lib. & poſth. vbi idem dr̃: & in l. illud. §. 1. de bono. poſſ. contra tab. & in l. Scripto. verb. Cæterum. ff. vnde lib. Et in l. Si quis filiũ. C. de inoff. teſt. inducendo tribus modis: primò quia Imp. de nouo cõſtituit, nepotes ex perſona patris ſui impugnare poſſe teſtm̃ aui C per querelam inofficioſi: quæ prouiſio non erat neceſſaria, ſi nepos ex perſona ſua rumpere poſſet teſtamẽtum. Secundò, quia dicit Imp. nepotem, ante ſuam conſtitutionem, omni auxilio deſtitutum fuiſſe: ſi erat deſtitutus omni auxilio, qñ pater deceſſerat ante motã querelam iuſtam, ergo multò magis, qñ querela fuiſſet iniuſta: & ſi erat tunc deſtitutus omni auxilio; abſurdũ vr̃ dicere, ipſum ex ſua perſona potuiſſe rumpere teſtamentũ. Tertiò quia decreuit, tunc demũ nepotẽ admitti, qñ exhæredatio patris non fuit iuſta, & ingratitudo nõ probatur per ſcriptos hęredes: ergo ſecus, ſi exhæredatio ſit iuſta, tunc remanet nepos omni auxilio deſtitutus; & cõſequenter, nec ex ſua perſona rumpit teſtamentũ. His accedit quod nepotis inſtitutio non eſt neceſſaria, cũ viuit pater eius. l. Inter cętera, de lib. & poſthu. §. Ita demũ. de hęred. qui ab inteſtat. def. ergo non poteſt rumpere teſtamentum. Pręſertim quia eſt eadem iuris regula, nõ poſſe teſtm̃ ab eo rumpi, qui nõ ſuccedit ab inteſtato, l. Cum qui vnde, D C. de inoff. teſtamen. Sed nepos non ſuccedit, quia pater eum præcedit: ergo non poteſt rumpere teſtamentum.

Contrariam ſententiam amplexus eſt Bart. in l. Pater filium. ff. de inoff. teſtam. & in l. Si quis filiam. C. eod. & alibi, & alij, quos refert Cõment. vbi ſupra, & poſt eum Michael Craſſus §. teſtam. quæſt. 47.

Argumenta ſunt iſta: primũ excluſo filio ab hæreditate, admittitur nepos. §. Ita demũ de hæred. quę ab inteſt. l. 1. §. quib. de ſucceſ. eod. Sed hic filius eſt excluſus, ergo nepos admittendus. Reſp. maiorem propoſitionẽ locum hře in ſucceſſione ab inteſtato: & ita loquunt̃ leges oẽs, quæ huc adferri poſſunt: hic autẽ agitur de cauſa teſtati.

Secundũ argum. filius exhæredatus habetur pro mortuo. l. 1. §. ſed ſi patronus. ff. de coniug. cum emanc. lib. ergo nepos ſuccedit in locũ eius. Reſp. negando cõſequentiã. Non enim habetur pro mortuo filius exhæredatus, ad hunc effectum, vt alius admittatur cõtra teſtamẽtum.

A Tertiũ eſt ex l. Si is qui. ff. de inoff. teſtã. vbi ſic ait I.C. *Si is qui admitteretur ad ſucceſſionem, nolit, aut non poſſit accuſare, an ſequens admittatur videndum eſt: & placuit poſſe, vt fiat ſucceſſioni locus.* Reſp. tex. loqui qñ ſimul cũ filio exhæredatus eſt ẽt nepos; alioqui non haberet querelam; nec enim iure probatur, quod ſæpe Bar. inculcat, nepotem præteritũ habere querelam inoff. teſt. eò quod teſtm̃ ſuſtineatur; quaſi pręteritio iſta, pro exhæredatione habeatur ſicut matris pręteritio. Hęc. n. principijs iuris repugnant, & nullo iure probantur, bona Bart. venia.

Quartum eſt ex l. Pater filiũ. ff. eod. vbi excluſis filijs per exhæredationẽ, auus eorũ admittit̃ ad querelã, qui eſt pr̃ teſtatoris. Reſp. hæc eſſe diſſimilia. Nã nepos ex filio cõiungitur auo ex perſona filij; ideo venit iure repręſentationis in locũ patris: ſi ergo eum præcedat, nõ eſt locus repræſentationi. At auus venit iure proprio: filio. n. ſuccedit pr̃ iure ꝓprio: quare ſi filius Titij filios ſuos exhr̃dauerit, & ſic excludat̃, auus eorũ non ꝓpterea cẽſeri dẽt B excluſus; qa ꝓprio iure venit, nõ aũt vigore repr̃ſentõnis.

Quintum arg. ſumitur ex l. 3. §. ſi emãcip. de bon. poſſ. contra tab. vbi excluſo filio nepos admittit̃ ad bonorum poſſeſſ. contra tab. Reſp. I.C. loqui in illa facti ſpecie, qñ filius moritur viuo patre: tunc enim in eius locum intrat nepos, ac propterea exhæredatus rumpit teſtamentum: at nos loquimur quando filius patri ſuperuixit.

Sextum eſt ex l. Gallus. §. Et quid ſi tantum, de lib. & poſthu. vbi delictum patris non nocet filio reſpectu bonorum. Reſp. tex. loqui de filio, cui aqua & igni interdictum eſt, qui pro mortuo habetur, & non de filio exhęredato. Et præterea, loqui de filio, cui hæc, viuente patre, cõtigerunt, ac proinde nepos in eius locum ingreditur: quod in quæſtione noſtra non accidit.

CAPVT XLVII.

Vtrum ſi filius fiat monachus, locum habeat quod dicitur in l. Gallus?

C QVarta Controuerſia eſt: Dicit tex. in l. Gallus, ſi moriatur filius, inſtitui poſſe nepotẽ, ſecundũ formã Galli Aquilij: deinde in §. Et quid ſi tm̃: id quod de morte naturali dictũ eſt, extenditur ad mortẽ, q̃ vocant ciuilem, puta deportationẽ aquæ, & ignis interdictionem & ad alios modos, quibus filius deſinit eſſe ſuus; puta ad emancipationẽ. An & ad monachationẽ extẽdi debeat? Spec. tit. de ſtatu monachorũ, q̃non ſi exiſtimauit extẽdi poſſe: quia per ingreſſum Monaſterij, capitis diminutio inducitur, & filius deſinit in ptãte patris eſſe; eſt. n. mortuus mũdo, & in poteſtate Abbatis cõſtitutus, & ſe ſuaq; oĩa Deo dicaſſe dr̃, in Auth. Ingreſſi. C. de ſacroſ. Eccleſ. Hanc ſniam defendi poſſe dicebat Soc. iun. in d. §. Et qd ſi tm̃, nu. 19. Sed contrariũ Soc. ſen. ibidẽ in princ. & Iaſ. nu. 6. 7. Fundm̃ eſt, quia dato qđ monachus patria ptãte liberetur, retinet tñ iura ſuorum. l. Deo nobis. §. 1. C. de D epĩs & clericis. ibi. *Nullo eis impedimẽto ex ſanctimoniali conuerſatione generando, ſiue ſoli, ſiue cum alijs ad ſucceſſionem vocantur.* Sed hoc arg. nullius eſt momenti, quia emãcipatus qđ iura ſuorum retinet. l. Meminimus. C. de leg. hæred. & tñ emancipatio idẽ operatur in propoſito noſtro, quoq; mors naturalis filij. Ego video controuerſiam eſſe inter DD. an monachus liberetur patria poteſtate; ſicuti videre licet ex Soc. ſen. in l. 1. de vulg. nu. 25. & ex ijs quæ dixi lib. 6. Controuerſ. c. 14: & ab hac definitione pendet veritas huius articuli. Sed ſicuti ibi dixi, non puto monachũ patria poteſtate liberari: ea rõne, qa teſtm̃ ante ingreſſum monaſterij cõditum infirmaretur, qđ tñ falſum eſt. Probatur antecedens; quia capitis diminutione, ẽt minima, rumpitur teſtm̃: in inſt. quib. mod. teſta. infir. Sed emancipatio eſt capitis diminutio minima; inſt. de cap. dimin. Ergo emancipatione rumpitur teſtm̃. Quod autẽ non rumpatur, probatur ex Nouella, de monachis; & Nouel. 76. vt dixi d. c. 4. lib. 6. Controu. ad finem.

CAPVT XLVIII.

Quinta Controuerſia; Teſtator legauit vxori vſufruct. donec vidua fuerit; poſt eius mortem, Sempronium ſubſtituit, mulier tranſiuit ad ſecundas nuptias: quæritur, an Sempronius ſtatim admittatur, non expectata morte vxoris, an verò demum ſecuta morte ipſius?

Communis eſt ſnĩa, ſtatim Sẽproniũ eſſe admittendũ Io. Andr. ad Spec. de ſecun. nup. in rub. Rain. & Bar. ĩ auth. Hoc locũ. C. ſi mulier ſcdo nup. Fortun. Garzon. in §. & qd ſi tm̃, nu. 101. Menoch. de p̃ſump. 65. nu. 10. Mantica de cõiect. lib. 11. tit. 5. nu. 5. Contrarium docuit olim Rom. in l. ſi qs hſs, ita de acq. hęred. Socin. iun. in d. §. Et qd ſi tm̃. poſt Ruin. & alij ante, nu. 67. Cõis ſnĩæ fundm̃ eſt hoc primũ ceſſante cã dilationis, ceſſat dilatio. l. A filia. §. Alũno. ff. ad Treb. ſed cã dilationis huius, qd Sẽp hẽrent vſufruct. fuit vxor, q̃ teſtator p̃tulit: Ergo ſi illa cauſa ceſſet, qa vxor amittat vſumfr. ob trãſitũ ad ſecun. nupt. dẽt ceſſare dilatio. Hęc .n. vr̃ eſſe mens teſtatoris, vt vxor & ſubſtitutus potius habeãt, q̃ hæres ſcriptus in teſtõ. Cõfert tex. in l. 3. C. de inſt. & ſubſt. vbi condõ emancipõnis adſcripta fuit, & filius ſuccedit, licet nõ fuerit emãcipatus, ſed pr̃ fuerit deportatus, & ſic alio mõ exierit patriã ptãtẽ: extenſio .n. fit ad caſum ſimilẽ, habentẽ eundẽ effectũ. Fundm̃ contrariæ ſnĩæ eſt p̃cipuũ. I l. Vxoris vſumfr. villę. de vſufr. leg. vbi *Scæuola vxori vſumfr. villa legauit, in qnquẽniũ, à die mortis ſuæ: deinde hæc verba adiecit; & peracto qnquennio cũ eius vſusfructus eſſe deſinit, tũc eũ fundũ illi & illi dari volo. Quæſitũ eſt, cũ vxor intra quinquennium deceſſerit, an libertis propr etã [illegible] petitio ſã; an verò cõpleto quinquẽnio tũ petat: qa peracto quinquẽnio teſtator proprietatẽ legauerat. Reſp. poſt cõpletũ quinquenniũ fundũ ad libertos pertinere.* Solẽt ẽt adferri l. Vxorẽ. §. hſs de leg. 3. et qđ verba teſtatoris repngnãt cũ tñ poſt mortẽ vxoris vocat⁹ fuerit C Sẽpronius. Sed reſp. mentẽ teſtãtis p̃ferẽdã eſſe, q̃ pro Sempronio eſſe vr̃ ex ſupradictis. Ad l. Vxori, reſp. trib. mod. primò, qa ibi eſt dictio *tunc*. q̃ denotat extremitatẽ tpis. l. 4. de cond. & dem. ſcđò, qđ ibi erat tp̃s certũ; nos aũt loquimur de tpe incerto mortis vxoris. Tertiò, quia caſus loquit̃ in legato ſub conditione relicto: qđ. n. relinquit̃ poſt alterius mortem, conditionale eſt. l. Hæres meus, de cond. & dem. q̃ condõ cũ voluntaria ſit, non põt extẽdi ad alios caſus, ex doctrina Bart. & cõi d. §. Et quid ſi tm̃.

Mihi vr̃ ſnĩa hęc poſterior eſſe veriſſima, & apertè decidi à Scęuola in d. l. Vxori: eſt. n. facti ſpecies ibi propoſita, oĩno ſimilis huic noſtræ: cõſiderando, quod ibi poſt quinquennium legatus eſt fundus libertis; hic poſt vxoris mortem: ibi diſtulit legatum proprietatis cũ vſusfructus eſſe deſierit poſt quinquẽnium ipſius vxoris: hic cũ vſusfructus eſſe deſierit poſt mortem vxoris. Nec valet iſta conſideratio, qđ fuerit dilata pręſtatio legati fauore D vxoris, cui magis proſpectum voluit teſtator, & quã prędilexit hęredi; quia ẽt in d l. Vxori, idem accidit, & tñ legatum præſtari debet poſt quinquenniũ. Non obſtat prima reſp. de dictione *tunc*; quia illa extremitas tẽporis adeſt etiã tacitè ĩ caſu noſtro: Ergo fuit legatus vſusfructus poſt mortem vxoris: intelligitur. n. factum hoc legatum Sempronio tunc demum, cum vxor fuerit mortua. Secunda reſp. etiam nihil obſtat, quia non eſt ratio differentiæ inter incertum tp̃s, & certum; vtroque. n. caſu retardata eſt legati pręſtatio, ante lapſum tẽporis, nec magis incerto, quàm certo tempore. Sic & tertia reſp. corruit: quia nihil refert, quod ſit cõditionale legatum, vel poſt tempus certum præſtandum: certum enim eſt ante conditionem pręſtari non poſſe, ſicut nec ante diem.

Nõ obſtat, l. 3. C. de inſt. & ſub. qa teſtator ibi tm̃ cõſiderauit liberationem filij à patria ptãte, licet emancipationis fecerit mentionẽ nihil tidem ſenſiſſe videtur filio liberato à poteſtate patria aliter quã p emancipatinnẽ. Hic verò, non tantùm conſiderauit teſtator, quòd vxor A deſineret vſumfructum habere, verum etiam tempus mortis vxoris, quod præſtationi legati adiectum fuit.

CAPVT XLIX.

Diuiſio rei Emphyteuticæ an poßit fieri inter emphyteutas ſine conſenſu Domini ſi noua ſit Emphyteuſis in qua iuri accreſcendi locus non ſit, & uni tota res adiudicetur per diuiſionem.

Negant Bald. in l. Voluntas, C. de fideic. Aretin. in l. q Romæ, §. Duo fratres, col. pen. de verb. obl. & ibi Crot. nu. 137. Iaſ. in l. vlt. nume. 114. verſ. intelligi tãtum, C. de iure Emphyt. Ruin. cõſ. 159. nu. 3. lib. 1. Berous cõſ. 174. nu. 11. lib. 1. D. Meus Ceſalus in conſ. 195. nu. 5. Burſat. conſ. 181. nu. 8.

Contrarium docuerũt Rip. in d. §. Duo fratres, nu. 86. Soc. Iun. ibid. nu. 135. Hiero. Gabriel. cõſ. 84. n. 8. Aurel. B Corbulus de iure emph. cap. 14. limit. 6. nu. 5.

Poſterioris ſententiæ fund. eſt, quia hoc in caſu ceſſat ratio ob quam dñi conſenſus exigẽdus eſt in alienatione rei emphytheuticæ, nimirũ, quia ipſe habet ius offerẽdi preciũ emptori, vt in l. vlt. C. de iure Emphyt. Nám cum ſit adiudicatio totius rei vni ex emphyteutis, non poteſt precium offerri, ſicut quãdo res venditur precio cõuento: & loquimur qñ ſit adiudicatio totius rei emphyteuticę vni; alteri verò res allodiales aſſignãtur. Addit Socin. Inn. non cadere de iure ſuo diuidẽtes, qñ ſit adiudicatio Dño irrequiſito: quia non ſpontanea hæc eſt alienatio, ſed neceſſaria, iux. §. quod ſi commodè, inſtit. de off. iud. Ergo nihil imputari poteſt argum. c. 7. de controuerſia inter Domi. & empto. feudi.

Prioris verò ſententiæ fund. eſt primo, quia intereſt dñi hoc in caſu, vt ſiat alienatio cũ conſenſu ſuo, cũ non habeat obligatũ actione perſonali eũ, cui tota res adiudicatur ad ſoluendũ canonẽ in totũ, ſed dumtaxat pro parC te. Secũdo quia Emphyteuſis à princip. fuit diuiſa inter emphyteutas: ergo ſi poſtea vni tota adiudicetur, vr̃ ẽt quædã volũtaria alienatio. Tertio qa ſi ſiat adiudicatio vni, ea lege, vt alteri æſtimationem præſtet, vr̃ locus eſſe oblationi precij, ſicut in venditione; namque Dñs poſſet æſtimationem offerre, & partem illam, quę ſic adiudicatur cõſequi, vt in d. l. vlt. C. de iure emphy. Sed hoc arg. ceſſat; quia loquimur, quando res emphyteutica vni adiudicatur, alteri verò res allodiales.

Mihi vr̃ eorũ ſentẽtia probabilior, qui dixerũt poſſe fieri adiudicationem hãc Dño irrequiſito, qñ neceſſario ſit; vt puta, ſi res aliter cõmodè non poteſt diuidi, iux. §. quod ſi cõmodè, inſt. de off. Iud. cæterũ ſi cũmodè res diuidi poſſit, & ita conuentũ ſit inter fratres, nulla neceſſitate, ſed ſola volũtate, vt vni res emphyt. adiudicetur, alteri verò res allodiales: ſecus puto; ſcilicet cũ agitur de Emphyteuſi noua, vt pręſupponit generalis titulus: nam D ſi de veteri agatur, in qua iuri accreſcẽdi locus ſit, inter oẽs cõuenit adiudicationẽ poſſe fieri, dño irrequiſito; cũ & oĩs alia poſſit fieri alienatio, ſicut in capite ſequenti dicam. Moueor in hanc ſnĩam; quia feudum diuidi poteſt Dño irrequiſito: c. 1. §. præterea ducatus, de prohib. feudi alienat. per Frid. ergo & emphyteuſis. Conſequentia probatur, quia ſicut emphyteuſis, ita & feudum alienari non poteſt, Domino irrequiſito; vt in d. cap. 1.

Hoc ita ſuppoſito, quod emphyteuſis poſſit diuidi irrequiſito Dño, ego infero, eiuſmodi adiudicationem fieri poſſe ẽt Dño irrequiſito: Nã lex permittẽs diuiſionẽ, vr̃ etiã permittere adiudicationẽ quæ fieri debet qñ res cõmodè non põt diuidi: arg. l. 2. de iuriſd. om iud. Ergo fruſtrà conſideramus Dñi præiudiciũ: fruſtra quoq; cõceſſionẽ ab initio factam, quia iſthæc oĩa legiſlatores p̃uiderunt. & tñ permiſerunt diuiſionẽ: Permittamus ergo & adiudicationẽ, q̃ ſit in conſequẽtiã neceſſariã pmiſſæ diuiſionis. Nã obſtãt hic leges, earũq; rõnes, qbus cautũ eſt emphyteuſim alienari non poſſe irrequiſito Dño: ſi enim locũ haberẽt, diuiſio etiã prohibita eſſet; quia diuiſio em-

ſio emptionis vicē obtinet.l.1.C.cōm.vtriuſq; iud.diuiſio autē permiſſa eſt, & conſequēter omnia ſine quibus diuiſio cōmodè explicari nō poteſt, l.2.de iuriſd.om.iu. Hæ rationes ceſſant in volūtaria adiudicatione.igitur illa nō poterit fieri Domino irrequiſito;nec quicquā mouent,quæ adferūtur vel de oblatione precij,hoc in caſu, ceſſante,vel de perſonali obligatione ad ſoluendū canonem emphyteuticum;quia ſemper exiſtimaui verā cauſam cur emphyteuta alienare non poſſit Domino irrequiſito,& alienādo cadat iure ſuo, eſſe quia Dominum contēnere videtur,argum.cap.1.§.vlt.quæ fuerit prima cau.benefi.amitt.Erit igitur huic legi locus in volūtaria alienatione ;ſecus in neceſſaria, argum.c.2.de controuerſijs inter Dom.& empt.feudi .

CAPVT L.

Vtrum emphyteutæ plures poſſint rem emphyteuticam inter ſe alienare Domino irrequiſito.

PLuribus emphyteutis irrequiſito Dño promiſſum eſſe inter ſe rei emphyteuticæ alienationem complures affirmarunt, vt dubitari non poſſit quin hæc ſit cōmunis ſententia Bart. in l.qui Romæ, §.duo fratres,in 10.q.de verb.obli. & in l. ſi domus,§.vlt.& ibi Alex.n.7.de leg.1.Ripa in d.§.Duo fratres,nu.87.Hieron.Gabriel.conſ.88.nume.16.Aurel. Corbulus alios citans de iure emph.cap.14.limi.6.

Fundm̄ eſt primò in l.Voluntas,C. de fideicomm.ſed reſpon.poteſt ibi rē fuiſſe prohibitam alienari extra familiā,meritò alienari poſſe in eos qui ex familia sūt, ſed alienatio Emphy.generaliter ꝓhibetur,vt in l.vlt.C.de iure Emph.ergo nō vr̄ poſſe alienari ēt in emphyteutas.

Secundò quia ceſſat ratio propter quam res emphyt. alienari nō poteſt irrequiſito Dño.Illa enim eſt quia extraneus in quē alienatio fit non eſt obligatus Dño actione perſonali ad pēſionē ſoluēdā.Ceſſat hęc ratio in propoſito,quia alienatur res in emphyteutā qui ad canonē C perſoluēdū Dño obſtrictus eſt perſonali actione, Reſp. Iaſon.in d.§.Duo fratres,n.77.hoc arg.retorqueri poſſe cōtra Bar.& ſequaces,quia emphyteuta in quem fit alienatio nō eſt obligatus ad ſoluendū canonē niſi pro parte ſua,nam pro parte alterius emphy.obligatus nō eſt.Replicat Ripa vbi ſup.Emphyteutā teneri ad recognoſcendum Dominum & ſoluendū canonem etiam pro parte alterius emphyteutę,& quidem actione perſonali,quia alienatio in eum facta eſſet quædam repudiatio,c.1. & ibi not.de alien.feudi paterni.Sed huic reſpōſioni replicat Socin.Iun.in d.§.Duo fratres,nu.157.tex.in d.c.1. locum habere ante realē acquiſitionem: tunc enim iuri accreſcendi locus eſt,non autē poſtea,& conſequēter vr̄ eſſe quædā repudiatio.Item reſpon.d.cap.1.loqui de vaſallo qui alteri libellum fecerit de feudo paterno, non autem loqui generaliter de omni alienatione.

D Tertiò quia ideo prohibita fuit alienatio rei emphyt. irrequiſito Domino; ne Dominus haberet emphy.quē nollet. Sed hæc ratio ceſſat in propoſita ſpecie : habet enim Dominus emphyteutam quem voluit habere.

Quartò;Quia licet patronus non poſſit donare ius patronatus ſine cōſenſu Epiſcopi,c.illud,de iure patronatus tātum donare illud poteſt ſuo compatrono,Clemen. Plures,iuncta Gloſ.in verbo libere,eod.tit.

Quintò quia vaſallus poteſt fundum alienare in agnatum ſuum etiam Domino irrequiſito:c.1.de alien.feudi pater. ergo ſimiliter emphyt. poterit in alterū emphyt. alienare.Cōtrarium docuerūt olim Guliel.de Cuneo in l.cum ij,§.ſi vni,ff.de tranſact.& Iaſ.in d.§. Duo fratres, nu.77.vbi alios citat.

Fundamentū eſt primò in d.§.ſi vni.Secundò quia ratio militat hoc in caſu ob quā Domini conſenſus requiritur in alienatione rei emphyt.quia ſcilicet offerre pōt preciū quod alius emptor dare paratus eſt,iux.l. vlt. C. de iure emphyt.tertiò quia militat etiā alia ratio preiudicij domini;quia Dñs nō habet actionē perſonalē con-

A tra emph.qui emit ꝑ parte alterius emphyt ꝗ ad ſoluendū canonē eſt obligatus enim tenetur pro ſua tm̄ parte.

Alij putant diſtinguendū vtrū emphyt. ſit talis in grauiori accreſcēdi ſit locus:nam ſi locus ſit iuri accreſcēdi tunc alienari poſſe vr̄ inter ipſos emphyt.alias ſecus. Ita Alciat.in d.§.Duo fratres,nu.45.Corb.vbi ſupra nu.67.

Fundm̄ eſt quia cum eſt locus iuri accreſcēdi res in ſolidum conceſſa vr̄ omnibus emphyt.& cōſequēter altero alienante partem ſuā,valet alienatio, & vr̄ quædā repudiatio nec Dñi intereſt,quia habet emphyt.qui emit, obligatū in ſolidum ad canonē ſoluendū. Sed vbi nō eſt locus iuri accreſcēdi ſecus eſt Vr̄ enim emphyteuſis cuilibet cōceſſa pro ſua portione & reſpectu alterius partis extranei loco habetur:ꝗ diſtinctio eſt veriſſima,& probatur in d.c.1.de alien.feudi paterni,q tex.loquitur clarè de alienatione,non aūt de ſola libelli datione ibi. *Et licet prohibeatur beneficii alienatio inter agnatos, tamen ſi* B *paternum fuit concederetur*, & loquitur etiā poſt acquiſitionem factā nō ante,quomodo enim ante acquiſitionē quis alienare pōt?& cū loquatur de fundo paterno conſequēter loquitur de fundo in quo iuri accreſcēdi locus eſt,c.1.de feudo Marchię.c.1.de duob.fratrib.de nou. benef.inueſt.c.1.de duob.fratrib.à Capi.ineſt.Ratio huius rei manifeſta eſt quia ſicut ī hmōi feudis altero repudiante vel moriēte alteri totū accreſcit,ita ēt accreſcere poteſt alienatione facta,cum nulla ſit diuerſitatis ratio.

Non obſtant argumenta contrarię ſententię.Nam ad primū ex §.ſi vni,Reſp.inter ipſos alimentarios non eſſe cōceſſam trāſactionem ſine decreto prætoris,quia in eis ratio legis eā prohibentis loca habet: ea eſt ratio vt pręclare explicat Duaren.anniuerſ.diſp.c.44.lib.1.vt voluntas teſtantis ſeruetur,l.1.C.de Sacroſ. Eccleſi.l.Veſneq;. ff.quē teſt.aper.veriſimile enim eſt teſtatorē voluiſſe legatario alimēta pſtari particulatim potius,ꝗ ſummā aliꝗ pecunię, ne ea cōſūpta mēdicare ac eſurire cogeret.

C Ad ſecundum Reſpon. quādo fit alienatio inter ipſos emphyteutas non eſſe locū oblationis precij, quia Dominus eis emphyteuſin cōceſſit,& conſequēter voluit eos habere:ratio iſta oblationis precij militat in venditione facta extraneo cui Dominus præferri debet,non autem ipſis emphyteutis quibus iam conceſſio facta eſt.

Ad tertium Reſp.imo Dominum habiturum eſſe perſonalem actionem in emphyt.in quē facta eſt alienatio ad totum canonē,arg.l.Iulianus,§.Item Celſus,ff.de act. empti. & dato quod nō haberet perſonalē actionem ad totum canonē,nihil tantū intereſſe Domini poteſt, quia antequam ille in poſſeſſione mittatur curabit Dominus eum obligari ad totum canonē perſoluendū.Nec illa ratio quod Dominus actionem perſonalē non habeat,tanti eſt faciēda in propoſito noſtro,quia præcipuam rationem ob quam alienari non poteſt emphyt. Dño irrequiſito hanc eſſe puto,quia emphyteuta alienando irrequiſito Domino ipſum contēnere vr̄,arg.c.1.§.vlt.quæ fue- D rit prima cauſa benef.amittēdi.Non videtur autem contemnere Dominum emphyteuta qui emphyteuſim alienauit in alterum emphyteutam, qui abſq; alienatione nihilominus erat ſucceſſurus in ipſa emphyteuſi.

CAPVT LI.

Emphyteuſi duobus conceſſa ea lege, vt vno mortuo eius portio ad alterū pertineat, ſi fiat diuiſio inter eos & alter alteri renūciet omne ius qđ ſperat in alterius portione, & poſtea cōtingat alterū abſq; liberis mori an ſuperſtes admittatr̄ ad illius portionē vel Dominus directus?

BArtolus in l.qui Romæ,§.Duo fratres,in 4.q.ff.de verb.obl.reſpondit fratrem ſuperſtitem ſuccedere nō obſtante renunciatione, non autem Dominū directum: & eius ſententia eſt communiter recepta,vt teſtatur ibi Iaſ.numero 80.& Soc.Iun.poſt nume.138.qui alios

adducunt concordantes & ibidem etiam Ripa num.88. A

Fundamentum eſt, quia vnius pactum alteri non prodeſt, niſi paciſcentis interſit, l. Ex hæredi. §. vlt. l. Si vnus, §. Ante omnia. ff. de pactis, Ergo nõ prodeſt hoc pactum Domino directo,

Nec obſtat ſi dicatur Dominum directum eſſe eccleſiam in hac ſpecie, & ideo ex pacto ei poſſe acquiri, l. Stipulatio iſta. §. vlt. de verb. oblig. vt dicebat Iaſ. vbi ſuprà, Nõ rectè reſp. Ripa id procedere quãdo aliquis expreſsè paciſcitur vel ſtipulatur eccleſiæ; quod non eſt in ſpecie noſtra.

Secundò quia Ius quod non acquiritur ei cui renũciatur, remanet penes renũciãtem, l. Nec vtilem, ff. ex quib. cauſ. maio, l. cum quis, §. ſi debitorẽ, ff. de ſolutio, l. Auus. ff. de pactis. Sed in propoſito caſu ius non acquiritur fratri, etiã defunctò, nec ipſius hæredi; quia ſuppoonendum eſt heredem eſſe extraneum, & conſequenter ab emphyteuſi Eccleſię alienum, iux. §. emphyteuſim, in Authẽ. de alien. emphyteuſ, Ergo ius iſtud quod in diuiſione fra- B ter ſupſtes renũciauit, remanet penes ipſum renunciãtẽ.

Cootrarium docuit Paulus Caſt. in d. §. Duo fratres, nu. 4. quem ibi ſecutus eſt Zaſius nu. 31. & alij à Corbulo citati de iure emphyteotico, cap. 8. in prin.

Fundamẽtum eſt in l. ſi vſusfructus, ff. de iure dotium: vbi dicitur ſi quis extraneo ceſſerit vſumfructum, nihil agere & conſolidari cum proprietate. & in c. 1. de eo qui finem fecit agnatis. Sed quod attinet ad d. c. 1. nihil ſanè obſtat; loquitur enim cum quis omnino a ſe fundum abdicauit; iſtud indicant illa verba *niſi fundum omnino repudiauerit*, ſed hic non omnino repudiauit ius qđ habebat ſuccedendi in portione alterius, ſed remiſit illud ius fratri ſuo qui iam non poteſt illud habere: nec hæredes eius, ergo nihil obſtat renuncianti talis renunciatio.

Ad argum, verò de vſufructu Reſp. Iaſ. & Socin. Ion. vbi ſuprà, illud eſſe ita cõſtitutũ quia lex prohibet vſumfructum extraneo cedi, quare ſi cedatur, meritò acquiritur Domino, & cum proprietate coofolidatur, quia con C tra prohibitionẽ legis factũ eſt; ſed in propoſito noſtro, illa remiſſio iuris quod frater habuit nõ prohibetur à lege, Nemo enim prohibetur ſpem futuram actionis quã habet, cedere extraneo, l. Spem, C. de don. ergo ſi non acquiratur ea ceſſio ei cui facta eſt vel ipſius heredib. remanere debet penes cedẽtem: neque enim amittitur quod alteri oblatum non eſt. l. Nec vtilẽ. ff. ex quib. cau. maio, Ita inquam Reſp. Iaſ. & Soc. iun. Non rectè iudicio meo; quia lex nõ prohibet ceſſionẽ vſusfructus fieri extraneo quaſi hoc penam mereatur veluti factum lege prohibẽte, ſed lex ait ſi vſusfructus cedatur extraneo nihil agi; qa ſcilicet extraneo nõ acquiritur, ſed domino proprietatis. Hic enim eſt ſenſus illorum verborum *nihil agitur* l. qui mihi. ff. de dona. ſi Domino acquiritur, ergo ceſſio quæ nõ habet iuris effectum quoad perſonam extranei, operatur tãtum in fauorẽ Domini; quod eſt cõtra Batt, is enim vult ius remanere penes cedentem, nec acquiri Eccleſiæ ad quam ſpectat directum dominium. D

Exiſtimo ego alia ratione hoc Caſtr. argum. nõ obſtare, quia ſcilicet vſusfructus amittitur ceſſione in iure facta; ſic enim habetur in fragmentis Vlpiani ti. 19. *In iure cedi res etiã incorporales poſſunt velut vſusfructus, &c.* vbi Cuiacius. *Vſusfructus* inquit, *ſiue extraneo cedatur ſiue Domino, ceſſione finitur. Nam & extraneo ceſſus ad proprietatem recurrit l. ſi vſusfructus, de iure dotium; nihil verò agitur in perſona extranei*, In iure auteni ceſſio quid ſit, Boetius explicat in Top, licet, & ex noſtris Buſſonius de verb. ſig. lib. 3. ver. Ceſſit. At in propoſito non agitur de ceſſione in iure facta, id eſt, apud prætorem, neque de vſufructu, ſed de renunciatione iuris extra iudicium facta in diuiſione plurium emphyteutarum; igitur Caſtrenſis argumentum nihil obſtat.

CAPVT LII.

Vtrum legatarius vel fideicommiſſarius ſcienter emens rem fideicommiſſo ſubiectam mortuo teſtatore, videatur fideicommiſſo renunciare.

QVatuor propoſitis concluſionibus totã hãc cõtrouerſiã rectè explicari poſſe exiſtimo. Prima concluſio. Emẽs rem relictam per fideicommiſſum quæ nõ erat teſtatoris ab extraneo, nõ videtur renũciare legato vel fideicommiſſo, ita Bar. in l. qui Romæ, §. Duo fratres, de verb. oblig. q. 12. & ibidẽ Iaſ. Ripa, Alciat. & alij. Probatur argum. l. Plane, §. quod ſi rem emiſſem, de lega 1. & §. ſi vel fundos, inſt. de lega. Item hac ratione, quia hæc duo ſimul conſiſtere poſſunt, quod rem habeat emptionis titulo, & preciũ ab herede conſequatur titulo legati. Secunda cõcluſio; emens rem propriam teſtatoris ab extraneo non videtur renunciare legato, ita ſenſit Bart. in d. §. Duo fratres, q. 12. Fundamentum eſt in d. l. Plane, §. quod ſi rem, de leg. 1. vbi non diſtinguitur an res ſit propria teſtatoris vel aliena.

Sed cõtrarium poſt alios quos citat, docet Alexan. in d. §. Duo fratres, numero 35. verſ. Item in quantum. Fundamentũ eſt, quia rei legatæ dominiũ mortuo teſtatore tranſit in legatarium, l. À Titio. ff. de furtis, conſequenter legatarius, Dominus eſt rei legatæ, ergo emptio nulla eſt, & precium amittit, l. Suam rei. ff. de cõtrah. empt,

Tertia eſt ſententia Alciat. in d. §. Duo fratres, nu. 41. legatario cedendas eſſe actiones ab hærede cõtra extraneum illum venditorem in ſubſidium, arg. l. In creditore. ff. de euict, & l. Si eum ſeruum, ff. ſi cert. pet. precium autẽ rei legatæ peti non poteſt, Mihi maximè probatur hæc diſtinctio Alciati, Nam prima opinio, quæ vult legatum peti poſſe non euincitur ex d. l. Planè, §. Quod ſi rem, quia non loquitur de legatario emẽte rẽ propriam teſtatoris ab aliquo extraneo. Nullũ verbum de hac re, Argumentum autem contrariæ ſententiæ, non rectè applicatur, quia legatarius nõ repetit precium ab ipſo venditore, ſed ab hærede, qui hæres nõ videt poſſe illi hoc obijcere, Tu emiſti rem propriã cuius dominium ad te pertinebat ex legato, ideo precium amiſiſti, Nam reſpõdere poterit am ſi precium quoad venditorem, ſed non quoad te, qui tanquã hæres teneris ad legatum præſtandum. Alciati autem ſententia æquitatem continet manifeſtam, nã cum legatarius rem emerit, poteſt ei hoc hæres obijcere, ipſum in cauſa fuiſſe, vt ipſe hæres non vendicauerit rem quę penes poſſeſſorem erat, inſtituta petitione hæreditatis, iux. l. Regulariter, ff. de pet. hæred. ibi. *Vel rem hæreditariam licet non ſummã* conſequenter dicet ſe non teneri ad æſtimationem præſtandam, Sed quia hæres actionem habet aduerſus venditorẽ, qui rem diſtraxit & preciũ accepit, iux. l. Sed etſi lege. §. 1. ff. de pet. hæred, iuſtum vr̃ vt actionem hanc cedat legatario. Nõ eſt actio illa ſubſidiaria, quæ datur re peterẽpta, vt loquitur tex. in d. l. Si eum ſeruum. ff. de pet. hæred. Sed actio oriens ex æquitate, quoniam hoc hæredi nihil aufert, & legatario prodeſt, iux. l. In creditore. ff. de euict.

Tertia concluſio legatarius vel fideicõmiſſarius ſcienter emens ab herede rem legatam vel relictam per fideicommiſſum pendente conditione legato vel fideicommiſſo adiecta, non cenſetur legato vel fideicommiſſo renũciare, ita Bart. in d. §. Duo fratres, Iaſ. ibi, nu. 45. Ripa, num. 91. & alij. Adfertur l. Si vendideris. ff. de euict. & l. Fundo. ff. ad l. Falcid. ſed non faciunt ad rem. Sed & duę rationes adferuntur, vna à Iaſ. legatum conditionale repudiari non põt cõditione pendente, l. Si ita ſcriptũ. §. Si ſub cõdõne, de leg. 2. alterã adfert Ripa qm̃ is qui emit pendente conditione inducitur ad hoc faciendũ, nõ q̃a velit ſuo iuri renunciare, ſed dubitans ne fortè conditio deficiat, quo in caſu nõ poſſet rẽ habere ex legato, ideo

emit

emit & interim habeat preciū, poſtea repetitnrus cōdō A
ne eueniēte. Nec.n.interpoſitio in dubio eſt faciēda per
quā renūciatio inducatur.l.Cū de indebito.ff.de prob.

Sed contrariā ſnſam amplexus eſt Alciat. in d.§. Duo
fratres,n.38.39.adductus ex l.Cui res.ff.de act. empt.&
l.ſi à ſubſtituto,de leg.1.Mihi magis placet prior ſnīa p̄ſ-
ſertim ea rōne quam adſert Iaſ.quia pendente conditio
ne legatū repudiari non pōt.Nihil moror Alciat.reſp.id
eſſe accipiendū de ſimplici repudiatione, non aūt de re
nunciatione quę fit ex pacto,iux.l.3.C.de pact.etenī hic
nullum eſt pactum expreſſum.Tacitū verò nō eſt pręſu-
mēdū, quia eſſet pręſupponere ꝓ explorato id quod in
controuerſia poſitū eſt. Ad l.Cui res.Placet mihi,omiſ-
ſis Aretini rōtionib.Ripæ ſolutio,nihil aliud à cōtrario
ſenſu inferri ex d.tex.quā legatarium ſcienē nō habere
actionē ex empto & vēdito ad preciū.Rō eſt,quia actio
ex empto & vendito,bonę fidei eſt;quamobrem cū hę-
res ignoranter emit rem ſibi legatā, meritò preciū repe
tit vel à precio eſt abſoluendus,iux l.Huiuſmodi,§.qui B
ſeruum,de le.1.Hęc aūt rō non habet locum qn̄ legata-
rius ſciēter emit rem ſibi legatā:tūc enim intrat l.Suę
rei.ff.de contrah.empt,vbi probatur ſcientiam efficere,
vt amittatur precium.Licet ergo actio ex empto & ven-
dito minimè detur aduerſus hæredē ad precium, datur
tm̄ actio ex teſtō, quia cum legatario abſit precium rei,
vt res abeſſe vt docet I.C.i d.l.Planè.§.qd ti rē,de leg.3.

Non obſtat Alciati reſp.dicentis ſi non datur actio ex
empto & vend.nec dari etiam ex teſtamento,quia actio
ex teſtamento difficilius ad precium datur cum alterna
tione detur ad rem vel ad precium,vt dicit Bart. in d.l.
huiuſmodi.§.qui ſeruum,de leg.primo. Nam reſpond.
nobis hoc ſufficere,illum tex.in d.l.cui res, à contrario
ſenſu excludere tantum actionem ex empt.& vēd.quod
enim attinet ad actionem ex teſtamento ratio illa Alcia
ti valeret,niſi alia ratio cōtrariū ſuaderet,illa nimirum,
quoniam legatarius non cenſetur renunciare legato vt C
ſupra dictum.Ad l.ſi à ſubſtituto reſp.vno verbo,nō ob
ſtante,quia non loquitur de legatario emēte ab hærede
grauato:etenim ibi legatarius rem emit à pupillo, non
autem à ſubſtituto à quo legatum erat præſtandum.

Prima concluſio emens ſcienter ab hærede rem ſibi
legatam purè,legato renūciare videtur:ita olim dicebat
Dynus,vt refert Bar.in d.§. Duo fratres, quē ſecuti ſunt
ibi Aret.Alex. & alij communiter teſte Ripa, num.94.
Fundamentum eſt primo,in l.Titius.ff.quib.mod.pign.
vel hypo.ſol.ſecundo, quia emens ſcienter rem ſuā ni-
hil agit,& amittit precium.l.ſuæ rei.ff.de contrah.emp.
Tertiò quia ſi legatarius conſentiat alienationi rei lega
tæ,amittit legatum.l.Codicillis.§.1.de leg.2. ergo mul-
tò magis ſi ipſe emat.

Contrariam ſententiam viſus eſt amplecti Bart.in d.
§.Duo fratres,in 12.quæſtione, legatarium nō videri re
nunciare legato;arg.l.vlt.§.vlt.C.comm.de leg.Ad l.Ti
tius.Reſp.eam nō loqui de his quæ pendent ex teſtamē
to.Ad l.ſuæ rei reſpondent aliqui,eſſe intelligēdū quan
do res eſt ementis pleno iure,& irreuocabilis, ſecus ſi re
uocabilis vt in propoſito caſu. Nam legatarius non eſt
Dominus rei legatæ pleno iure,& irreuocabiliter ante-
quam acceptauerit legatū, vt docet Gloſ.in l. ei qui ita.
ff.de cond.inſtit. Prætetea reſpondent legatarium eſſe
Dominum rei legatæ iure quodā extraordinario. Nam
ordinario iure dominium acquirere ex traditione cum
iuſta cauſa facta.l.Traditionib.C.de pact.iuncta l.Nun-
quam nuda,de acq.re.dom,quæ cauſa eſt vt cum rei vē-
dicatione,quæ legatario competit cōcurrat etiam actio
perſonalis, iuxta l.1.C.com.de leg. nihil autem ergo ſi
in legatario emēte rem legatam non procedat.l.ſuę rei.
His accedit quod licet quando actus ſunt incompatibi
les,is qui vnum eligit videtur alteri renunciare.l.vlt. de
codicillis,l.1.C.de fur.l.Clodius, de acq.hæred.tantum
in propoſito dicendum videtur, potius non valere em-
ptionem,quàm legatum.

Mihi ſententia communis veriſſima videtur.Impli-
cat enim contradictionem in obiecto, quod quis velit
conſequi legatum ab hærede, & ſimul ab eo emit rē pu
rē legatam.Nam eſſe legatarius petit ab hęrede rem aut
precium.Rem petere non poteſt,quia iā habet;precium
nō poteſt petere,quia iam illud numerauit ipſi hæredi
& ſcienter hoc fecit,conſequenter illud amiſit,iux.l.ſuę
rei.ff.de contrah.empt. Nec valet illa reſponſio, quod
legata res ſit legatarij iure quodā ſingulari, quid enim
refert, Non poteſt plus iuris cōſequi legatarius emēdo,
quam antea ex legato haberet.Et ideo hic non poteſt ac
commodari.l. In bello.§.ſi quis ſeruum.ff. de captiuis.
Nulla enim eſt ibi repugnantia,quia poteſt quis Domi-
nus eſſe ſerui redempti, & ſimul dominum antiquum à
iure offerendi precij excludere per vſucapionem; po-
teſt enim quis ex pluribus cauſis dominium acquirere
inter ſe compatibilibus,ſicut eſt ibi vſucapio, & cōſtitu
tio quæ redimentem facit Dominum, ſed nequaquam
poteſt ex Titulo legati, & titulo emptionis Dominium
conſequi. Huic argumēto accedit alterum ex legib.qui
bus datur actio legatario emēti rem legatam, cum igno
ranter emit,ergo ſecus vbi ſcienter.l. huiuſmodi. §. qui
ſeruum,de leg.1.

Non obſtat argumentum Bart.ex l.vlt. C.commu.de
lega.quia ibi legatarius non emit,ſed alius extraneus,&
ideo nihil aliud repugnat, quo minus precium repetat
præterquam ſcientia.Sed hic repugnat nō ſcientia ſolū,
verū etiam actus ipſe emptionis, quia oneroſus eſt,nec
ſimul cum lucratiuo titulo poteſt conſiſtere.Nec mouet
quod dicitur emptionem non valere,ſed legatum vale-
re, quia rei ſuæ emptio ita non valet vt emptor ſciens
etiam precium amittat.d.l. ſuæ rei: ſi legatarius preciū
amittit,ergo non poteſt illud petere. Non obſtat ſi dica
tur peti non poſſe quidem per actionem ex empto, &
vendito, ſed peti poſſe actione ex teſtamento, quia re-
C ſpondetur actionem ex teſtamento, non dari ad preciū,
ſed ad rem,quia res legata erat teſtatoris, & conſequen
ter poteſt peti, non autem precium eius, ſicut quando
res aliena legatur.

CAPVT LIIII.

*Si pœna rei indiuiduæ adijciatur facto indiuiduo vel diui-
duo, vno ex hæredibus contraueniente, quo-
modo committatur?*

Communis eſt & vera ſententia, aduerſus om-
nes hæredes in ſolidum committi pœnam in-
diuiduam adiectam rei indiuiduæ vno cōtra-
uenīēte,ita Bart.in l.4.§.Cato,in 1.q.ff.de ver.
oblig.quam omnes alij ſecuti ſunt Ripa.Iaſ. Alcia. Soc.
Iun.qui teſtatur eſſe comm.

Fundamentum eſt in l.2.§.ex his.ff.de verb.oblig.vbi
dicitur omnes hæredes teneri in ſolidum ex indiuidua
D ſtipulatione defuncti: Et ratio eſt quia Lex.12.tabularū
diuidere non poteſt hoc in caſu obligationem inter hæ-
redes,nec ad factum,nec ad pœnam,cum res non patia
tur diuiſionem,vt alibi dicit Iuris Conſultus,in l.3.hære-
des.§.In illa.ff.fam.hercif. Et regula Iuris eſt, eā quæ in
partes diuidi nō poſſunt ſolida à ſingulis hæredibus de-
beri,l.ea quæ in partes,de reg.iur.Vnus contradicit Rui
nus,in d.§.Cato,leui hoc argumento. Promiſſor qui de
functus eſt potuit vnum ſolum ex hæredibus ſuis obli-
gare ad pœnam, ſcilicet contrauenientem.arg.l.Contra
rius.§.vlt.de verb.obl. ergo cum ſolum obligaſſe præſu
mitur.Nego conſequētiam,nam cum promiſſor id non
fecerit nec lex.12.tabularum talem obligationem diui-
dat,quia res non recipit diuiſionem,neceſſariò ſequitur
omnes hæredes in ſolidum eſſe obligatos.

At dicebat Ruin.hæres qui cōtrauenit,ex proprio fa
cto eſt obligatus,ergo in ſolidum ipſe ſolus tenetur.l.In
commodato.§.ſi ex facto.ff.commoda.l.in depoſiti.ff.de-
po.

po.Reſp.obligationem hæredis deſcendere ex cõtractu A defuncti,quo caſu ſi res diuiſionem nõ patitur,omnes hęredes tenentur in ſolidum.l.2.§.ex his. ff.de verb.oblig. Leges in contrarium adductæ loquuntur de ſecundaria obligatione,quæ oritur ex proprio facto,& delicto hęredis.Sed maior difficultas eſt,quid ſi pœna facti indiuidui adijciatur promiſſioni rei diuiduæ. Reſp. Ang. Imola, Paul.Caſt.& Iaſ.in l.4. §.Cato,de verb.obl.committi pęnam in ſolidum aduerſus eum hæredem ſolum, qui contrauenit: primò,quia is incurrit pœnã ex proprio facto, ergo ipſe ſolus tenetur in ſolidum. l.In commodato.§.ſi ex facto.ff.cõmod.l.In depoſiti.ff.depo. Sed leue eſt hoc argumentum,quia vt iam dixi hæredes in propoſito caſu tenentur ex contractu defuncti,qui promiſit pœnam. Secundò quia pœna eſt indiuidua, & conſequenter tota præſtanda eſt ab hærede contrauenien te, licet non contrauenıat,niſi pro parte.Nam cum res ſeparari,non poteſt aliquando quis damnum ſentit, quod aliàs non ſentiret.arg.l.At eius.§.vlt.ff.de aq.plu.arc.& 12.§.Si vaſallus, hic finitur lex Corradi,&c. Sed reſpondeti poteſt, B hæc eſſe diſſimilia,quoniam hic fieri poteſt ſeparatio ſi actor offerat pro parte aliorum cohæredum æſtimationem rei indiuiduam, vt ſtatim ſubijciam: leges in cõtrarium adductę loquuntur in terminis longè diuerſis,cum alioqui actor nõ poteſt cõſequi,quod iure perſequitur: tunc enim vt id obtineat quod iuſtè petit aliquod infertur damnũ reo,propterea quod res ſeparari non poteſt.

Magis igitur placet communis ſententia, quæ ſic ſtatuit ſtipulatorem poſſe inſolidum conuenire ad pœnam hæredem qui contrauenit, verum oportere cæteris cohæredibus partis æſtimationem offerre,ex quo ſequitur hæredem cõtrauenientem ſicut pro parte deliquit(quia res erat diuidua)ita pro parte pęnam luere. Ita dicebat olim Petrus,vt refert Bart.in d.§.Cato, in 1.quæſt.quem ſecuti fuere ibidem Aretin. Alex. Socin.iun. & alij,& eſt communis teſte Alciato,nu.130. Omiſſis verò leuib. ar- C gumentis probatur hæc ſentẽtia,quia vbi ſtipulatio continet rem diuiduam vno ex hæredibus contrauenient e, pęna cõmittitur pro parte aduerſus eum ſolum,qui contrauenit.l.4.§.Cato,de verb.obl.ibi: *At ſi de eo cautũ eſt, quod diuiſionem recipiat, veluti amplius non agi, tunc eum hæredem qui aduerſus ea fecerit pro portione ſua ſolum pœnam committere*. Sed hic ſupponimus rẽ eſſe diuiduam quæ in ſtipulationem deducitur,ergo is ſolus hæres, qui contrafecerit pro portione ſua pœnam committet. Non obſtat,quod pęna ſit indiuidua,quia partis æſtimatione oblata propter cæteros cohęredes proſpicitur:hęc eſt.n. iuris conſtitutio,vt quoties vnus ex hæredibus ſolus tenetur aliquid præſtare quod ſit indiuiduum, actori obſtet exceptio,niſi æſtimationẽ offerat pro parte aliorum cohæredum, vt habetur in l.Cum filius, de leg.2.l.Si is, qui quadringenta.§.Quædam.ff.ad l.Falcid.& hoc in caſu ceſſat regula.l.Ea quæ,de reg.iuris.

D

CAPVT LIV.

Obligatio de defendendo, ſitne diuidua, vel indiuidua.

EXiſtimo hanc obligationem de defendendo indiuiduã eſſe. Primò authoritate l.4.§.vlt. de verb.obl.ibi. *Ipſi autem promiſſori pro parte, neque reſtitutio, neque defenſio contingere poteſt*, vbi notandum eſt,idem in hæredibus promiſſoris intelligendum eſſe, vt tex. in hac parte præcedentibus aduerſetur iuxta mentem I.C.

Secundò,ex l.In executione. §.Inſolidum,eod.tit.illis verbis. *Hæredes inſolidum denunciandi ſunt, omnes quæ debent ſubſiſtere, & quolibet defugiente omnes tenebuntur.*

Tertiò,ex l.Cum ex cauſa,eod.tit.ibi: *Quia inſolidum defendenda eſt venditio,cuius indiuiſa natura eſt.*

Quartò,ex l.Si cum vno.ff.ſi ex nox.cau.aga. ibi. *Cui inſolidum defendendi neceſſitas eſt, nec audiatur ſi pro parte paratus ſit defendere.*

A Quintò, ex l.Non tamen.ff.de procu.ibi. *Vt ſi decem millia petantur, vt exiſtant duo defenſores parati in quinque defendere, audiantur.*

Sextò, ex l.Loci corpus. §.Si fundus. ff.ſi ſerui vend. ibi. *Quiſquis defendit ſolidum debet reſtituere,quia diuiſionem hæc res non recipit.*

Septimò, ex l Hæredes. §.Si vnus.ff.fam. herciſc. ibi. *Et omnino,quæ pro parte expediri non poſſunt ſi vnus cogente neceſſitate fecerit; familiæ herciſcundæ iudicio locus eſt*, inter iſta verò,vt ſupra rex.defenſionem cõmemorauit.

Octauò,ex l.Si rem.62.§.Si ei.ff.de euict. Celſus. *Si ei qui mihi vendidit plures hæredes extiterint, vna de euictione obligatio eſt, omnibusq́; denunciari, & omnes defendere debent: et ſi de induſtria non venerint ad iudicium vnus tantum ex iis liti ſubſiſtat propter denunciationis vigorem & prædictam abſentiam,omnibus vincit, aut vincitur.*

Nonò, ex l.Ex clauſula. ff.iud.ſolui.Venuleius. *Non* B *enim videbitur defenſa res boni viri arbitratu,quæ non inſolidum defenſa ſit.*

Decimò,ex l.Iam tantum.§.Si tantum.ff. iudic.ſolui. illis verbis. *Nam & plures hæredes neceſſe habebunt dare procuratorem, ne defenſio per plures perſonas ſciſſa incommodo aliquo afficiat actorem.*

Poſtremò,quia hæc eſt communior Doctorum ſentẽtia teſte Alciar.in l.4.§.Cato.num.135.de verb.oblig.ita enim docuerunt Bar.ibi in ſecunda quæſtione Angelus, Imola, Caſtrenſ.Alex.Iaſ.Zaſius,& alij frequentioribus ſuffragijs.

Sed contrariũ docuerũt Cumanus in d.§.Cato. Ruin. nu.68.Socin.iun.num.137. Hormanot Decius,num.436. Hieron.Battigella,nu.158.Crotus,num.117.& in 7.rep. nu.65.nimirum hanc obligationem diuiduam eſſe.

Primum argumentũ eſt, quia agere & defendere correlatiua, ſed ſtipulatio amplius non agi diuidua eſt, l.4. §.Cato,de verb.obl.ergo & ſtipulatio de defendendo di- C uidua eſſe videtur, quia correlatiuorum eadem natura eſt,l.vlt.C.de ind.vid.toll.l.1.C.de cupreſſis,li.11.Omiſſis aliorũ reſpõſionibus, ita reſp.ſi pro parte agatur, pro parte quoq; defenſionem fieri poſſe,& hoc reſpectu eandem eſſe naturam actionis & defenſionis. Sed re in abſtracto conſiderata non ſequitur,poteſt quis (puta vnus ex hæredibus) agere pro parte. Ergo & qui defendere tenetur pro parte defendere poterit.Nam licet actio inter hæredes diuidatur per legem 12.tab. defenſionis tamẽ natura indiuidua eſt: niſi enim quis plenè defendat, non videtur defendere. l.Si defenſor.ff.de interr.act.

Secundum argumentum eſt,quia ideo ſtipulatio amplius non agi,diuidua eſt,quia poteſt quis pro parte agere,in d.§.Cato. Ergo & ſtipulatio ſe defendẽdo diuidua eſt,quia poteſt quis pro parte defendere.l.1.C.de cõſort.eiuſd.litis. Reſp. id verum eſſe in pluribus conſortibus eiuſdem litis, vbi nulla de defendendo eſt obligatio. Nam vnus ſine altero agere & defendere ſe poteſt: ſed D nos loquimur de ſtipulatione de defendendo; & dicimus neminem poſſe inuito ſtipulatore pro parte defendere. Ratio differentiæ eſt,quia ſi ſint plures conſortes, vnus poteſt iuri ſuo renunciare, atq; adeò defenſionem pro ſua parte omittere. Sed nemo poteſt inuito ſtipulatore pro parte defendere; quia ſtipulatori nõ ſatisfit,niſi plena ſit defenſio.

Tertium argumentum eſt ex l.Si communes,in fine, ff.de neg.geſtis.ibi. *Quia potius partem meam, ita defenderem, vt ſocij partem defendere non cogerer.* Reſp.nil mirum eſſe,quia ibi nulla eſt obligatio de defendendo.Cui enim dubiũ eſt,ſi nulla ſit obligatio alterum defendendi quin poſſit quis ſe tantum defendere,& non alium? Noſtra quæſtio eſt de eo, qui tenetur alium defendere; & dicimus non adimplere, niſi in totum defendat.

Quartum argumentum eſt ex l.2. §.incertam. ff. de præiu.ſtipula.vbi ſtipulatio iudicatum ſolui,quæ continet in ſe clauſulam de defendendo,ſcinditur ex perſonis hæredum. Reſp.Paulum ibi accipiẽdum de ſtipulatione iudica-

iudicatum ſolui per ſe conſiderata,non autem quatenus A continet etiam caput defenſionis.

Quintum argumentum eſt ex l.vlt.ff.iud.ſolu. ſed nil ad rem facit. Non enim dicit illa lex poſſe vnum ex hæredibus defendere pro parte, ſed loquitur de plurib.hæredibus,quorum vnus rem defendit,alter nõ; Verum in ſolidum defenſio ſit facienda ,vel pro parte fieri poſſit, nihil ibi dicitur.

Sextum eſt ex l.Pœnales.§. Iulianus. ff.ad l.Falcid.illis verbis. *Nam conſtare ex iudicatum ſolui ſtipulatione ſiue à parte actoris ſiue à parte rei plures extitiſſent,nõ omnibus nec aduerſus omnes actiones contingere, ſed dumtaxat iis qui viciſſent, & aduerſus victos, uſque aduerſus quos res defenſa non eſſet, aduerſus eos qui rem non defendiſſent.*

His enim verbis I.C.indicare videtur,obligationem defendendi inter hæredes eius,qui obligatus eſt,ſcindi; quia committitur tantùm contra eos, qui non defenderunt.Si enim eſſet indiuidua,vno contrauenіente, com- B mitteretur contra omnes.l.4.de verb.obl.

Reſp.non hanc eſſe cauſam; quia res pro parte defendi poſſit; ſed quia ſi ſint plures fideiuſſores iudicatũ ſolui,& vnus nõ defendat,committitur ſtipulatio pro parte eius ad intereſſe, ſiue ad æſtimationem rei in iudiciũ deductæ.l.ſi ex duob.l.iudicatum ff.iud.ſolut.æſtimatio autem rei diuiduæ eſt,vt patet:eſſet enim iniquum, alterum,qui defendit,hac ſtipulatione teneri;quia aut is vicit,aut victus eſt:ſi vicit,iam ridiculum eſt eum teneri;ſi victus eſt, tenetur ex capite rei iudicatæ:quare opus non eſt,vt teneatur ex capite defenſionis non factæ.

Septimum argumentum eſt, quia ſi obligatio defendendi eſſet indiuidua, quilibet hæres venditoris in ſolidum conueniri poſſet ad rem defendendam contra.l.In executione.§.in ſolidum.ff.de verb.obl.vbi dicitur omnes hæredes debere ſubſiſtere.Sed nihil obſtat,quia tex. dicit omnes hæredes in ſolidum eſſe denunciandos,hoc eſt,quemlibet in ſolidum vt ibi. C

Poſtremum argumentum eſt ex l.cum à matre. C. de rei vend. Nam ſi obligatio defendendi indiuidua eſſet, filius hæres matris teneretur in ſolidum emptorem defendere;ac proinde non poſſet rem vendicare, etiã pro ea parte pro qua hæres non eſſet:contrarium autem ibi dicitur,ergo,&c.Reſp.obligationem iſtam eſſe quidem indiuiduam, veruntamen hæredes teneri pro portione hæreditaria de euictione, vt habetur in dicta lege cum ex cauſa,& in dicta lege.In executione.§.in ſolidum, de verborum obligatione, quæ res facit, vt in dicta l.cum à matre, filius repellatur tantum pro ea portione, pro qua hæres matris eſt:non enim pro ea portione rẽ vendicare põt,qui de euictione tenetur,& regula iuris eſt. Quem de euictione tenet actio,eundem agentem repellit exceptio.l.vendicantem.ff.de euict.Scio in hac quæſtione aliis diſtinctionibus nonnullos,in d.§. Cato, vſos fuiſſe,præcipuè Ruinum,Alciatũ, Bolognetum,& Soc. iun.ſed eas referre ſuperſedeo;quia nec ſatis iure muni- D tæ ſunt,& paucis veritatem mihi ſufficit attigiſſe.

CAPVT LV.

Ad l.Cum à matre. C. de rei vend. vtrum filius hæres pro parte matris vendentis rem ipſius, eam vendicare poſſit.

Filius eſt hæres patris,vel matris,quæ rem ſuam vendidit,quæritur an eam vendicare poſſit,& clara extat deciſio, in l.cum à matre. C.de rei vend.vendicare nõ poſſe pro ea portione, pro qua eſt hæres:atque ita rectè docuerunt Soc. Sen.in l.4. §.vlt.de verb.oblig.Socin.Iun. in §. Cato. d.l.4.nu.131. Ruinus,ibidem,nu.69.

Sed contrarium docuerunt, in d.§.Cato, Alcia.num. 178.& Lancellotus Gallia;ea ratione, quia obligatio defendendo eſt indiuidua;conſequẽter ſinguli hæredes tenẽtur inſolidum defendere emptorem:ergo filius hæres pro parte matris ſuæ quæ rem vendidit, tenetur emptorem inſolidum defendere: quo poſito infertur, non poſſe rem vẽdicare: quia quẽ de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.l.vẽdicantem. ff.de euictio.Eſſe inſolidum obligatos hæredes ad defendendum emptorem, planum eſt ex l.cum cauſa,& l.in executione.§. inſolidum,de verb.oblig. Ad l.Cum à matre;reſpondẽt emptorem in eo caſu ſcienter comparaſſe rem alienam,& ideo non potuiſſe agere de euictione.l.ſi fundum ſciens.C.de euictio.

Iſtis non obſtantibus priori ſententiæ magis conſentio pro qua eſt deciſio,in d.l.cum à matre.Nec quicquã valet allata reſpõſio,quia ratio legis eſt i eo poſita quod filius ſit hæres matris vel non ſit. Poſteriore caſu dicit tex.filium poſſe vẽdicare, priore verò non poſſe pro ea parte qua hæres eſt.Non eſt vis in ſcientia,vel ignorantia emptoris:quid enim ſi promiſſa eſſet euictio, nonne agere poſſet emptor de euictione, ſcientiæ rei alienæ non obſtante.l.ſi fundum.C.de euictio.

Ad argumentum autem, quod defenſionis obligatio indiuidua ſit,omiſſis aliorum reſponſionibus aduertendũ puto ſi filius hæres ſit pro parte dimidia, vel pro tertia,vel quarta parte, & fundum venditum pro eadẽ parte vendicet, ſi emptor opponat eum obligatum eſſe ad ipſum defendẽdum. Replicabit ipſe,id nequaquam eſſe verum,quia lis non intẽditur,niſi pro parte, pro qua filius ipſe actor hæres matris ſuæ non eſt.Pro ea parte loco extranei habetur;conſequenter defendere emptorẽ non tenetur.Quod enim dicitur ſingulos hæredes inſolidum teneri ad defendẽdum emptorem hunc habet ſenſum,nõ licere vni hæredi ſuper lite emptori mota eum defendere pro parte tãtum,omnes enim inſolidum aſſiſtere debent, & emptorem defendere, ſed in hac facti ſpecie,nõ tenetur filius emptorem defendere, quia non eſt hæres matris,niſi pro parte, & pro ea parte fundum, non vendicat, ſed pro alia parte. Si ab alio quam à filio lis emptori moueretur, & filius hæres, pro parte vellet eum pro parte defendere,non rectè faceret,quia teneretur in totũ defendere, propter indiuiſam vẽditionis naturam;vt in d.l.cum ex cauſa.Præterea poteſt reſponderi,licet filius teneatur emptorem defendere, tamẽ ſi nõ defendat; actionem de euictione pro parte tãtum aduerſus eum competere,vt dicitur,in d.l.in executione.§.inſolidum.Ergo filius non defendet, & ideo de euictione tenebitur pro parte;pro altera verò parte rem ſuam vendicare poterit.

CAPVT LVI.

In ſtipulationibus prætorijs vno ex hæredibus promiſſoris contrauenіente, vtrum aduerſus omnes pœna committatur?

Rectè Bart.in l.4.§.Cato, in ſecunda quæſtione, non committi docet, ſed aduerſus eum ſolum hæredem,qui contrauenit: ſecuti ſunt eãdem ſententiam cæteri frequentioribus ſuffragijs teſte Soc. Iun.ibi,nu.135.Fundamentum eſt ſolidum, in l.2.§.Incertam.ff.de præto.ſtip.ibi. *Reſpondetur ſcindi eam in perſonas hæredum*, & in l. Iulianus. §.Pœnales. ff. ad l. Falcidiam.

Contrarium, & malè, docuerunt Aretinus, Ruinus, Cumanus,in d.§.Cato,& de hac re latè diſputat Ripa, ibi,nu.78.79.diſtinctione quadam adhibita minimè neceſſaria.Nam l.5.§.vlt.de verb.obl.l. cum ex cauſa.eod. tit.nihil iuuant eorum ſententiam, ſicut egregiè diſputat Socin.Iun.loco adnotato.

Illud prorſus diſplicet,quod nonnulli dixerunt,& nouiſſimè etiam Cuiacius ad lib.73.Pauli ad edictum, in

d.§.

d.§.incertam, hoc velle Iureconſultum committi ſtipulationem contra omnes hæredes pro portione hæreditaria vno contrauueniente, ſeu victo. Nam cõtrarium dicit nimirum ſcindi eas ſtipulationes in perſonas hæredũ licet regulariter ex perſona hæredis obligationis conditio non mutetur. Quod autem tex. ſubdit. *At in contrarium ſumma ratione fit vt vno ex hæredibus ſtipulatoris viuente in partem eius committatur ſtipulatio* eo pertinet, vt indicet I.C. in hoc caſu contrariò nullam oriri difficultatem, atque adeo ſumma ratione id fieri, quia, ſcilicet nihil obſtat, ſicut in præcedenti caſu obſtat illa *ex perſona hæredis promiſſionis non poſſe deſcẽdentem à defuncto ſtipulatione diuerſam conditionem cuiuſque facere, vt in d.§.incertam.*

CAPVT LVII.

Si quis promiſerit non offendere Titium, nec hæredes eius ſub pœna, & vnus ex hæredibus fuerit offenſus, an pœna inſolidum committatur, hoc eſt an offenſus eam inſolidum petere poſſit?

BArtolus, in l.4.§.Cato, nu.30. de verb. oblig. reſpondit ſoli offenſo actionem ad pœnam competere inſolidum. Eandem ſententiam, ſecuti fuere Angelus, Romanus, Soc. Bolognin. Iaſ. num.54. Alciatus, nu.158. & ſeqq. Ripa, num.99.

Sed contrarium docuerunt multi alij pœnam, ſcilicet inſolidum committi, ſed hæredem illum, ſtipulatoris, qui offenſus fuit actionem tantum habere, pro ſua parte. Ita poſt alios quos citat Alexand. in dicto §. Cato, num.52. Ruin. num.85. Socin. iu. alios citans ibidem, nume.152. & hanc eſſe communiorem ſententiam ſcribit Alciatus, nu.158. quamuis alij quidam ſententiam Bartoli communem dixerint, vt refert Socin. iun. loco proxime citato.

Fundamentum prioris ſententiæ eſt, quia ſtipulatio de non offendendu eſt indiuidua, nec ſui natura ad hæredes tranſitoria: ex eo quod ſit indiuidua quilibet offenſus habet inſulidum actionem: ex eo aũt, quod non ſit ad hæredes tranſitoria in perſonam cuiuſq; hæredis cẽſetur eſſe noua quædam promiſſio, & proinde cuilibet hæredi actio competit, perinde ac ſi quilibet ſtipulatus fuiſſet, quo caſu proculdubio inſolidum actio vnicuiq; competeret ad pœnam.

Contrariæ ſententiæ fundamentum eſt, in l.3.§.Item, ſi in facto, de verbor. oblig. in illis verbis. Contra autem ſi ſtipulator deceſſerit, qui ſtipulatus erat ſibi hærediq; ſuo iure agere licere, & vnus ex hæredibus eius prohibeatur intereſſe, dicemus vtrum inſolidum ſtipulatio committatur, an pro parte eius, qui prohibitus eſt. Nam ſi pœna ſtipulationi adiecta ſit inſolidum committetur ſtipulatio, ſed qui non ſunt prohibiti doli mali exceptione ſubmouebuntur. Reſpon. Bartolus ibi de ſtipulatione agi, quæ ſui natura tranſit ad hæredes, promiſſionem autem iſtam nõ eſſe ſui natura tranſitoriam ad hæredes.

Alij contra hanc reſponſionem adducunt l. ſtipulatio iſta, §. ſi quis ita, ff. de verb. ob. Alex. verò aliter reſpõdet nimirum in propoſita quæſtione, dato quod ſtipulatio de non offendendo, non trãſiret ad hæredis ſtipulatoris ex natura ſua, tamen negari non poſſe, quin hæredibus competat actio ex contractu defuncti, & ſic ex cauſa hæreditaria. Replicat Ripa licet hæc ſtipulatio ſit hæreditaria, tamen multiplicari in perſonas ſingulorum hæredum, atq; tot eſſe pœnales ſtipulationes, quos ſunt perſonæ hæredum, ac propterea ſingulis inſolidum competere actionem ad pœnam. Et licet ſtipulatio ire, agere licere, non tranſeat ad hæredes, vt in §. ſi quis ita: tamẽ poſſe ſui natura tranſire, & in hoc à ſtipulatione iſta de nõ offẽdẽdo differre, quæ omninò eſt perſonalis, nec ſui na-

A tura eſt apta tranſire ad hæredes.

Puto ego poſteriorem ſententiã eſſe probabiliorem, quia pro ſe habet tex. in d.l.2.§. item ſi in facto. His accedit ratio, nam è contrario ſi vnus ex hæredibus promiſſoris in re indiuidua contrauenitat videmus pœnam committi pro portione hæreditaria contra omnes, iuxta deciſionem §. Cato, & in terminis propoſitæ quæſtionis eſt communis ſententia teſte Ripa, ibi. nu.100. Igitur & in quæſtione noſtra dicendum eſt, pœnam inſolidum committi, hoc eſt vt actio competat omnibus hæredibus ſtipulatoris pro portione hæreditaria, veruntamen exceptione repellantur cæteri hæredes, qui prohibiti non fuere.

Malè Alciatus, qui exiſtimauit tex. in d.§. Item ſi in facto, probare ſententiam Bart. dum ait pœnam inſolidum committi: iſtud. n. non eſt ita accipiendum quaſi cõmittatur pœna omnibus ſtipulatoris hæredibus, ſed illi tantum, qui prohibitus eſt. Nõ rectè, quia tex. declarat quo

B modo pœna inſolidum committatur, & ſatis apertè indicat ſingulis hæredibus ipſo iure committi pro hæreditaria portione dum ſubdit: *Sed qui non ſunt prohibiti, doli mali exceptione ſubmouebuntur.* Nam ſi ſoli prohibito in ſolidum actio competeret, & non alijs hæredibus non eſſet opus, vt exceptione repellerentur.

Non obſtat, quod dicebatur ſtipulationem de non offendendo, ſui natura non eſſe tranſitoriam ad hæredes, quia vt benè reſpondet Alexander, ſatis eſt in propoſito noſtro ex cõtractu defuncti tranſire, quia actio inter ſingulos hæredes diuiditur pro portione hæreditaria. l. ea quæ. C. fam. hercis.

Non obſtat replicatio Ripæ, ſcilicet multiplicari pœnales ſtipulationes ex perſonis ſingulorũ hæredũ, quia id eſt verum, ſed cum ſua qualitate, nimirum, vt vno ex hæredib. offenſo committatur ſtipulatio ad pœnam ſingulis hæredibus pro portione hæreditaria, ſic & in d.§.

C Cato, vno ex hæredibus promiſſoris cõtrauueniente omnes cõtrauueniſſe videntur, & propter indiuiduam naturam ſtipulationis *iter fieri*, quot ſunt hæredes promiſſoris, tot videntur eſſe promiſſiones, & tamen pœna committitur in ſingulos hæredes pro portione hæreditaria. Hic igitur nos contemplari oportet, non ſolum indiuiduam principalis ſtipulationis naturam, ſed etiam pœnalem ſtipulationem, quæ diuidua eſt: Et licet nõ ſit ad hæredes tranſitoria ipſa principalis promiſſio, tranſit tamẽ ex defuncti contractu, & cum ſua natura, vt nimirum pro portione hæreditaria ſingulis hæredibus committatur. Atque ita ſentio.

CAPVT LVIII.

Statuto ſtante vt homicida capite plectatur, niſi pacem habuerit ab hæredibus occiſi, an ſufficiat habere pacem à maiori parte hæredum?

D AFfirmat Bart. ſufficere, in l.4.§.Cato, in vlt. quæſt. Caſtr. in l.2.§. ex his, de verb. oblig. Aret. in l. pro hærede, §. vlt. de acq. hære. vbi dicit communem eſſe: alios citat Soc. iun. in d.§. Cato, nu.155.

Negant autem Iaſ. Ripa, Alciatus, qui alios adducũt, in d.§ Cato, & Felin. in c. cum omnes, de conſtit. col.10. verſ. ſeptimò fallit, vbi dicit ſententiam Bart. communiter reprobari. Affirmantis ſententiæ fundamentum eſt, in l. & ſuum, cum l. ſeqq. ff. de pact. & in l. vlt. C. qui bon. ced. poſ. & in l. quod maior, ff. de mancip. Poſterioris autem, in l. per fundum, ff. de ſer. ruſt. præd. in l. reſcriptum. ff. commu. præd. in l. in caſu, de verb. ſignifi. & in regula, quod omnes tangit, de reg. iur. lib.6. l. ſi autem plures. de acq. plu. arcen.

Res ſanè per quam obſcura eſt, namque ex vna parte verba ſtatuti omnium hæredum exigunt conſenſum, ex altera pugnat æquitas vt liberetur à pœna mortis occiſor.

ſor. Non videntur ad rem facere leges adductæ pro ſententia poſteriore, quia hic non agitur de hæredũ præiudicio, ſicut quando ſeruitus prędio imponenda eſt, imò pacem inire laudabile, & Chriſtianum eſt. Sed nec leges adductę pro ſententia priore admodum vrgere videntur quia creditorũ intererat, vt hæreditas adiretur vt quinquennalis dilatio cõcederetur, forſitan enim eis ſatisfieri aliter non poterat: quare vnius vel alterius diſſenſus maiori parti nocere non debet. Denique ſic concludo. Aut hæredes occiſi recuſant pacem inire ne amittant actionẽ iniuriarum, & hoc nihil eſt, quia iniuriarũ actio non tranſit ad hęredem. l. ſi eum. §. qui iniuriarum. ff. ſi quis cautio. aut recuſant ne damna, & expenſas atque actionem ex l. Aquilia amittant; & hoc etiam nihil valet; quia remittens iniuriam non videtur remittere damna, expẽſas, & intereſſe, vt probat optimè Antonius Gomezius tit. de iniuria, nu. 13. Aut recuſant, quia volunt necem vendicare, ne incidant in pœnam, iux. l. vlt. ff. ad Syll. & l. 1. C. de his quibus vt indig. & iſtud nihil mouere poteſt, quia iam accuſatio facta eſt vt occiſor condemnetur ad mortem, niſi pacem habuerit ab hæredib. occiſi. Itaque nullum iſti hæredes periculum incurrunt amittendæ hæreditatis. Aut denique pacem facere recuſant, vt occiſor capite plectatur, vel quia nolunt ei gratificari, & hoc ideo non obſtat, quoniam nullum præiudicium continet ipſorum hæredum, & conſequenter nos verſamur extra caſum legum allegatarum pro ſententia poſteriore, in quibus vnius diſſenſus impedit ſeruitutem conſtitui vel aliud ius acquiri, propterea quod res illa omnes hæredes tangit, hoc eſt præiudicium ſingulorum continere videtur. Verſamur autem in ſpecie non diſſimili ab ea quæ continetur in legibus adductis pro ſententia priore: Nam hæredum qui conſentiunt vt pax fiat, intereſſe videtur tolli prorſus inimicitiam ortam omnemq́ue odij anſam amoueri; & non impediri quominus occiſorem pacem petentem à morte liberent.

Ex quibus palam eſſe poteſt Bartoli ſententiam quæ priori loco relata ſuperiùs eſt, niſi aliquod adſit præiudicium hæredis recuſantis pacem facere, iuri & æquitati magis conſonam eſſe.

CAPVT LIX.

Vtrum creditor inuitus cogatur accipere particularem ſolutionem?

CVm partis ſolutio non minima adferat incommoda, vt ait I.C. in l. 3. ff. fa. hercis. meritò cõmuni Doctorum ſententia receptum eſt, creditorem inuitum non eſſe cogendum partis ſolutionẽ accipere, vt notant omnes Doctores, in l. quidã. ff. ſi cert. pet. cum ſcilicet totum debitum eſt liquidũ, ne obſtet. d. l. quidam. Et hæc ſententia optimè probatur ex lege Tutor. §. Lucius. ff. de vſuris. vbi Modeſtinus. *Si non hac lege mutua pecunia data eſſet, vti liceret particulatim quod acceptum eſt exoluere, non retardari totius debiti vſurarum præſtationem,* &c.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Alciatus & Coraſius, in l. 2. §. & horum. de ver. obl. Fulgoſius, & Decius, in d. l. quidam, quorum argumenta refutanda ſunt.

Primum eſt ex d. §. & horum. primo in illis verbis. Quædam partis præſtationem recipiunt veluti cum decẽ dari ſtipulamur, nec enim id reſtringi debet ad eum caſum quo creditor conſentit; præſertim cum inferius dum agitur de ſtipulatione hominis dicat tex. *Nam etſi Stichi pars ſoluta ſit, nõdum in vlla parte ſtipulationis liberatio nata eſt:* etenim hoc intelligendum eſt inuito creditore; volẽti enim creditori aliud pro alio ſolui poteſt. l. 2. §. Mutui. de reb. cred. ſi cer. pet. Ergo & quod ſuperius dictum eſt cum decem dari ſtipulamur partis præſtationem id recipere, intelligendũ eſt etiam inuito creditore

A Reſpondeo cum decẽ dari ſtipulamur, hanc ſtipulationem partis præſtationem recipere ſui natura, quia quantitas hæc diuidi poteſt, & hæc eſt mens I.C. Vtrum autẽ debitor poſſit partem ſoluere inuito creditore necne, id ex alijs locis petendum eſt. Quod aũt inferius ſubdit, ſi pars Stichi ſoluta ſit liberationem nõ contingere, huc pertinet vt oſtendat I.C. id quod paulò ante dixerat, nimirum, quędam ſui natura partis præſtationem recipere, ſed niſi tota dentur ſtipulationi non ſatisfieri. Fateor hoc poſterius accipiendũ eſſe inuito ſtipulatore, ſeu creditore; ſed nego ea, quę ſui natura partis diuiſionem recipiũt veluti cum decem dari ſtipulamur etiam inuito creditore, ſemper recipere. Aliquando. n. inuito creditore ſolutio partis fit, veluti cum plures ſunt hæredes debitoris, & vnus ſuã partem ſoluit. l. In executione, §. 1. ff. de verb. obl. l. ſi teſtamento, §. 1. ff. de fideiuſ. aliquando non poteſt fieri, veluti cum ipſe principalis debitor partem offert, d. l. Tutor, §. Lucius, ff. de vſuris.

B Secundum argumentum eſt creditor põt partem exigere inuito debitore, ergo & debitor partem ſoluere poteſt inuito creditore; vt correlatiuorum eadem ſit natura, l. 1. C. de cupreſ. lib. 11. Reſpondeo negando antecedens: namq; creditorem inuito debitore exigere poſſe partem debiti, iure non probatur. Non ad rem facit. l. itã tamen. §. pe. ff. iud. ſol. ſed contrarium probat. l. In commodato. §. duobus, ff. commo. & eſt communis Doct. ſententia, non licere creditori, inuito debitore, partem crediti exigere; ne cõtinentia cauſæ diuidatur, vel debitor diſtrahatur pluribus iudicijs: vide Matheſil. ſingu 115. Nota, quod ſi ex centum, & ibi addentes Imol. Alex. & Aretin. in l. 1. ff. de acq. hære.

Tertium argumentum eſt, quia in fiſco locum habet particularis ſolutio. l. Placuit, C. de colla. fundo pat. lib. 11. ergo multò magis in priuato. Reſp. illud eſſe ſpecialiter conſtitutum in iis qui obtinent res emphyteuticas,

C vel patrimoniales fiſci, ideo non eſt trahendum in conſequentiam ad omnes alios debitores.

Quartum argumẽtum eſt, quia ſi plures ſint hæredes promiſſoris certæ quantitatis pecuniæ, & vnus eorum partem offerat pro portione hæreditaria, liberatur creditore inuito, l. In executione, §. 1. de verb. obl. l. ſi teſtamento, §. 1. de fideiuſ. Ergo idẽ eſt in ipſo debitore principali, quia ex perſona hæredis non variatur conditio obligationis. l. 2. §. ex his, de verb. obl. Reſp. negando cõſequentiam, quia inter principalem debitorem, & ipſius hæredes maxima eſt ratio differentiæ. Principalis debitor totum ſoluere tenetur vt fidem ſuam liberet, & promiſſori ſatisfaciat; verum hæredes plures pro portione hæreditaria tenentur. l. 2. C. de hære. act. quia lex 12. tabularum diuidit inter eos obligationem; vt ſcilicet, non ſinguli teneantur totum ſoluere, ſed partem pro portione hæreditaria.

Quintum argumentum eſt, quia lex 12. tabularum diuidens obligationem inter hæredes pro portionib. hæ-

D reditarijs, eſſet iniqua, & creditoribus damnoſa. l. 3. ff. famil. herci. Reſp. nec iniquam eſſe, nec creditoribus damnoſam. Non eſt iniqua, quia, vt dixi, cum ſunt plures hæredes qui ſuccedunt in ius defuncti neceſſe eſt, vt inter eos diuidantur commoda, & onera hæreditaria. Nõ eſt damnoſa, quia creditores habent actionem contra omnes hæredes. Quare ſi vnus ſoluerit partem ſuam, remanet eis actio contra alios, qua poſſunt ſimul totam debitam quantitatem conſequi.

Porrò ad l. Tutor, §. Lucius, de vſur. reſpondent contrariæ ſententiæ autores ibi agi de vſura, quæ pœnæ ſimilis eſt. Pœna verò facit ſtipulationem indiuiduam. l. 5. §. Si ſortem, de verb. obl. ſi certum pet. quare nec partis ſolutio admittitur. Nihil moror hanc reſponſionẽ, quia ſi debitor ſolutione partis liberaretur inuito creditore vſuræ totius ſummæ nõ debetentur. Et quod dicitur de cõparatione pœnę ac vſuræ, nihil eſt, quia quod attinet ad l. 5. §. ſi ſortem, illius ratio non eſt in eo poſita, quod

de pœna

A de pœna agatur, ſed in eo quod aliter fieri non poſſit ſine iniuria ſtipulatoris, vt ibi expreſſe dicitur, & aliàs quoque nos latius explicabimus.

CAPVT LX.

De regulis cognoſcendi, an facta ſint indiuidua?

NOn malè Bar. in l. ſtipu. non diuiduntur. de verb. obl. in 3. q. & cum eo cõis interpretũ ſchola tres conſtituit regulas ad cognoſcẽdum, an facta ſint indiuidua vel diuidua. Prima, ſi tale ſit factum, quod pro parte, non afferat tantam vtilitatem reſpectu partis, quantam pro toto reſpectu totius, eſt indiuiduũ, ſecus ſi adferat. Exemplum. ſi quis promittat opus fieri, puta inſulam fabricari, foſſam fodi, Romam ire, Probatur arg. l. in execu-B tione. §. a. de verb. ob. ibi: *Quia operis effectus in partes ſcindi non poteſt*. & l. ſtipul. non diuiduntur. eod. tit. ibi: *Horum in diuiſo corrumpit ſtipulationem*. l. ſi is qui. §. quędam. ff. ad l. Falc. ait rex, ſed opus in ancipibus hæres facere iuſſus eſt, indiuiduum videtur legatum. Neq; n. vllum balneum, aut theatrum, aut ſtadium feciſſe intelligitur, qui ei propriam formam, quę ex conſummatione contingit, nõ dederit. Quid n. eſt aliud, operis effectum in partes ſcindi non poſſe, diuiſionem eius corrumpere ſtipulationem, neque balneum neque theatrum feciſſe videri, qui ei propriam formam non dederit; quid inquã aliud hæc ſibi volunt, quàm partem factorum iſtorum, nõ adferre vtilitatem pro parte, ſicut totum reſpectu totius adferre videtur? Si pars operis pro parte adferret vtilitatem, ſicut pars pecuniæ promiſſæ reſpectu partis vtilitatem adfert eandem, quam tota reſpectu totius, certè opus rectè diceretur eſſe diuiduum ob eandẽ rationem, quæ eſt in pecunia.

C Secunda regula illud factum dicitur indiuiduũ quod ſi pro parte fiat, & pro parte intereſſe præſtetur, in diuerſis rebus fieret ſolutio. l. in executione, §. pro parte, ff. de verb. obl. ibi: *Solui autem, niſi inſolidum non poteſt; alioquin in diuerſis hominibus rectè partes ſoluerentur*. Hic autem eſt notandum, non diſtinguere hoc in loco Bart. inter indiuiduum ſolutione tãtum, & indiuiduum obligatione & ſolutione: ſatis enim eſt regulam eſſe aptam ad conſtituendum factum indiuiduum, ſiue illud ſit ſolutione tantum, ſiue obligatione & ſolutione. Aliàs aũt differentia eſt vtrum ſolutione tantum, an verò ſolutione & obligatione aliquid ſit indiuiduum.

Tertia regula: illud factum dicitur diuiduum in quo duo copulatiuè concurrunt. Primum, quod pro parte impletum adfert tantam vtilitatem reſpectu partis, quã tam totum reſpectu totius. Secundum, quod ſi pro parte fiat, & pro parte intereſſe præſtetur, contingit ſolutionem fieri in eadem re, vt ſi quis teneatur ad reſtituẽdũ D ſacculum pecuniæ. Exemplũ eſt in ſtipulatione, amplius non agi, & rem ratam haberi. vt in l. 4. §. Cato, de verb. ob. Malè autor tract. diuidui & indiuidui, in 2. par. 2. partis, nu. 262. reprehendit has regulas, nam quæ opponit friuola ſunt.

Primam regulam ait nihil concludere, quia ſequeretur dationem domus vel fundi, aut certi hominis, vel equi non eſſe diuiduam, ſed indiuiduam obligatione & ſolutione, quoniam pars rei animatæ non adfert vtilitatem. Reſp. poteſt, Bartol. nõ loqui de datione, ſed de facto. Nam circa ſtipulationes quæ conſiſtunt in dando, non ſunt conſtitutæ dictæ regulæ, ſed ad eas ſpectant quæ in faciendo conſiſtunt.

Secũdò obijcit, ſtipulationem rem reſtitui diuiduam eſſe, & tamen non adferre pro parte vtilitatem. Reſponderi poteſt, imò ſtipulationem rem reſtitui, Indiuiduam eſſe ſolutione. l. ſi duo, ff. depo. nec continere nudum factum, & proinde huc non pertinere. Nec enim Bart. in his regulis tradendis rationem habuit indiuiduæ ſtipulationis quoad obligationem vel quoad ſolutionem, ſed ſatis illi fuit regulas tradere, quibus cognoſcatur aliquã obligationem facti indiuiduam eſſe. Nec ſuperfluitatis argui poteſt, quia nihil nocet rem pluribus explicare, & quæ ſuperabundant non ſolent vitiare ſcripturas.

Non etiam ſatisfacit regula, quam ipſe tradit author dicti tractatus, diuiduas eſſe obligationes, quando debitum præſtari poteſt pro parte: indiuiduas autem quando non poteſt, ſed totum præſtari debet. Nam fateor id veriſſimè dictum, & hanc eſſe naturam diuiduæ obligationis vel indiuiduæ. Illud autem quęro, an ſit aliqua regula quibus intelligi poſſit totũ præſtari oportere, partem præſtari non oportere. Author ille nullam eiuſmodi regulam docet, ergo nõ tam audacter alios accuſare debuit; omni enim culpa carere debet, qui in alterum dicere paratus eſt. Malè etiam Cumanus, licet habeat Duarenum protectorem, lib. 6. diſput. cap. 59. Facta eſſe indiuidua quę ſunt viſibilia, ſiue vt Duarenus loquitur, corporalia; diuidua aũt, quę ſunt inuiſibilia, ſeu incorporalia. *Nam foſſam fodere, rem tradere, & ſimilia, quæ vel à demente, & eo qui intellectu & iudicio caret, non minus quàm à ſano homine expediri poſſunt. Cũ enim in hac executione nihil poſſit animus, ſed corpore omnino opus ſit; quonam modò poteſt ea diuiſio locum habere, quæ intellectu tantum fiat, non etiam corpore? hæc & ſimilia Duarenus.* Non placent: quia reſponderi poteſt in rebus corporalibus animum & intellectum facile diuiſionem facere poſſe, etſi res corpore non diuidatur; & hoc ſufficere, vt res dicatur eſſe diuidua. Sed de his apicib. iam ſatis philoſophati ſumus.

CAPVT LXI.

Teſtator reliquit mille in conſtructionem eccleſiæ, & reliquit quatuor hæredes, vtrum obligatio ſit indiuidua, vt ſinguli teneantur inſolidum?

AFfirmant eſſe indiuiduam Angel. Imolá, & Caſtr. in l. in executione, ff. de verb. oblig. Alex. in l. a. §. & harum, nu. 5. eod. tit. & ibidem Alciat. nu. 6. & lib. a. Parergon ca. 22. Iaſon in l. ſtipulationes non diuiduntur, nu. 27. eod, Fundamentum eſt in l. Fideicommiſſa, §. pe. de leg. 3. Vlpianus: *Si in opere ciuitatis faciendo aliquid relictum ſit, vnumquemque hæredum inſolidum teneri D. Marcus, & Lucius Verus Proculæ reſcripſerunt*. Huc accedit quod dicitur dationem ordinatam ad factum pro facto reputari, vt nos in l. Naturalis, §. quod ſi faciam, ff. de præſcript. verb.

Sed quod attinet ad tex. in §. pen. ille loquitur quando hæredibus à teſtatore iniunctum eſt opus, vt ſcilicet ipſi illud fieri curent, non autem quando certa pecunia relicta eſt pro opere faciendo. Id patet ex verbis ſequentibus eiuſdem textus, quæ ſic ſe habent. *Tempus autem cohæredi præſtiterunt, intra quod mittat ad opus faciẽdum, poſt quod ſolum Proculum voluerunt facere imputaturam cohæredi ſumptum pro parte eius*. His enim verbis intelligitur hæredibus iniunctum onus hoc fuiſſe, vt opus faciendum curarent, & ſolam Proculam voluerũt facere, imputaturam cohæredi ſumptum. Quod verò dicitur dationem ad factum ordinatam, facto comparari, hunc ſenſum habet, vt ſi quis ſeruum dederit vt manumittatur, is manumiſiſſe videatur, ſic loquitur Gl. in d. §. quod ſi faciam. Ex quo poteſt inferri hæredes qui pecuniam dederint vt opus fieret, videri feciſſe ipſum opus; nõ autem inferri põt id quod infertur, teſtatorem aliquid legantem pro opere faciendo, eodẽ iure habendum, ac ſi opus illud faciẽdum iniungeretur hæredibus. Ratio n. differentiæ eſt, quia cum opus fieri mãdat, omnes hæredes inſolidum obligat; cum verò certam pecuniã legat pro coſtruendo opere, non obligat hæredes ad faciendum opus, vel ad curandum illud fieri, ſed ad certã pe-

cuniæ quantitatem perſoluendam; quæ diuiſionem recipit ex perſona cuiuſlibet hæredis, pro portione hæreditaria.

Contrariam igitur ſententiam in propoſita quęſtione ſecuti ſunt Dynus, Iacob. Rauenn. Alber. & Bart. in d. §. pen. Alex. in d. l. ſtipulationes non diuiduntur, col. 6. Socin. & Iaſ. in d. §. & harum, & hæc eſt verior. Afferri ſolet tex. pro hac ſententia, in l. mortuo. §. vlt. de leg. 2. qui re vera ad rem non facit, vt præclare oſtendit Alciatus, lib. 2. parergon. cap. 22. Probatur igitur hęc veriſſima ſententia, ex generali regula, quæ docet omnem obligationem eſſe diuiduam inter hæredes, ſi agatur de re, quæ diuiſionem recipit; veluti eſt, pecuniam præſtari. l. 2. §. & harum, de verb. obl. l. pro hæreditariis. C. de hæred. act. l. hæredes. §. idem iuris. ff. fam. hercis. At in propoſita facti ſpecie, teſtator pecuniam præſtari mandat; ergo eſt diuidua obligatio ipſorum hæredum pro hæreditaria portione. Quod enim opus faciendum ſit ex pecunia illa, non hoc pertinet ad onus hæredum, ſed ad alios quorum intereſt, vel iure incumbit opus fieri: hoc tantum hęredibus onus iniungitur, vt ſoluant pecuniam. Quare ſi eam pro portionibus hæreditarijs inferre parati ſint, nihil proponi video cur ad aliud teneantur.

CAPVT LXII.

Conciliatur l. & ideo, de verb. oblig. cum l. Martius. ff. locati, & l. mora. §. pen. ff. de vſuris cum l. penultima. ff. de duobus reis.

IN hac materia diuiduę, & indiuiduæ obligationis occurrit antinomia quædam inter l. & ideo, de verb. oblig. & l. Martius. ff. locati. Fateor antiquos gloſſatores ac interpretes non tam acute vidiſſe, ſicut recentiores quidam viderunt. Nã in d. l. Martius de conductore agi operis faciendi, patet ex verbis textus: ideo nihil minus ſi periculum ex terræmotu, non vitio operis prouenit eos, ad eum non ſpectat. Quid enim aliud ei iniũctum eſt ex contractu locationis, quam vt opus faciat; ſi fecerit illud, & ſine culpa ſua perierit, periculum eſt domini, nõ autem conductoris; quia res perit domino non alteri l. ſi creditor. C. de pign. act. & quæ fortuitis caſibus eueniunt, in nullo bonæ fidei iudicio præſtantur. l. quæ fortuitis. C. eod. tit. l. contractus, de reg. iur. At in l. & ideo. non agitur de conductore operis, ſed de eo qui erat obligatus ad id faciendum, vel ex promiſſione, vel tanquam hęres alterius: ſi partem operis fecit, vel fieri curauerit, quæ incendio conſumpta ſit, periculum ad eum ſpectat; quia ſuæ obligationi non ſatisfecit, donec opus abſolutũ præſtiterit. Recte etiam idem mouet. l. mora. §. pen. ita conciliari poſſe cum l. pen. ff. de duob. reis: factum vnius rei debendi, alteri nocet correo; vt in d. l. pen. quantum ad principalem obligationem; ideo ſi alter correus ſeruum debitum occidat, vel aliquid delinquat circa rẽ, quę præſtari debet, non idcirco alter correus liberatur. Mora autem vnius correi alteri non nocet, quantum ad hoc, vt obligatio principalis augeatur, ita vt & vſuras præſtare teneatur, ſicut in bonæ fidei iudicijs præſtantur ex mora; vt in d. l. mora: quæ lex de his vſuris cum loquatur in principio, videtur etiam de eiſdẽ loqui, & ad eas reſpicere inferius, dum agit de mora vnius rei, & ait alteri reo non nocere. Cæteræ expoſitiones veterum, non ſunt ita perſpicuę; diuinant, & ad ſcopum non colli-mant.

CAPVT LXIII.

Explicatur materia diuidui, & indiuidui, propoſitis concluſionibus breuiori & faciliori via.

SEd operæpretium duxi, iſtam materiam in aliquot veluti theſes conijcere; quò facilius percipi poſſit, cum difficillima ſit, ſæpe igitur repetita non diſplicebunt.

1 Ad cognoſcendum quę ſit diuidua, vel indiuidua ſtipulatio, nullum doctorem Paulo I. C. meliorem habemus: is enim. l. 2. §. 1. ff. de verb. oblig: *Stipulationum*, inquit, *quædam in dando, quædam in faciendo conſiſtunt, & harum omnium, quædam partium præſtationem recipiunt, veluti cum decem dari ſtipulamur; quædam non recipiunt, vt in his quæ natura non admittunt diuiſionem; veluti cum viam, iter, actum ſtipulamur.* Diuidua igitur eſt obligatio, quę diuiſionem recipit: indiuidua, quæ non recipit. Exempla affert Paulus quæ vides.

2 Cui & Vlpianus conſonat, in l. 72. eod. tit. cum ait; *Stipulationes non diuiduntur, earum rerum quæ diuiſionem non recipiunt, veluti via itineris, actus, aquæductus, cæterarumq́; ſeruitutum.*

3 *Sed quædam*, inquit Paulus, in d. l. 2. §. 1. *partis quidem præſtationem natura ſua recipiunt, ſed niſi tota dentur ſtipulationi ſatis non fit; veluti cum hominem generaliter ſtipulor, aut lancem aut quodlibet aliud vas.*

4 Nec enim vt noſtri monẽt interpretes, ea eſſe poteſt mens ſtipulantis, vt partẽ vaſis, hominisve cõſequatur.

5 Et hoc eſt quod Vlpianus ait in d. l. 72. *Harum enim rerum diuiſio, corrumpit ſtipulationem.*

6 Et loquitur ibi, exẽplumq; proponit, cũ quis *faciendum aliquid ſtipulatus eſt, vt puta fundũ tradi, vel foſſam fodi, vel inſulam fabricari, vel operas, vel quid his ſimile.*

7 Vis rationem cognoſcere huius rei? eã pete ex Caio, in l. 79. §. quædam. ff. ad l. Falcid. *Sed ſi opus*, inquit, *municipibus heres facere iuſſus eſt, indiuiduum videtur legatum. Neque enim vllum balneum, aut theatrum, aut ſtadium feciſſe intelligitur, qui ei propriam formam, quæ ex conſummatione contingit, non dederit.*

8 His cõgruit Vlpiani reſpõſum, in l. 11. §. pe. de leg. 3. *Si in opere ciuitatis faciendo aliquid relictum ſit, vnumquemque heredum inſolidum teneri*, & paulo infra, *ergo & in ſtatua, & in ſeruitute, & in cæteris, quæ diuiſionem non admittunt idem eſt dicendum.*

9 Non idem eſt dicendum ſi pecuniæ certa quantitas legata ſit in opus aliquod faciendum; tunc enim inter hæredes obligatio diuiditur: vt rectè docuerunt Dyn. Iacob. Rauenn. Albericus, & Bart. in d. l. 11. §. pen. de leg. 3. & multi alii.

10 Non quidem ex reſponſo Iureconſulti, in l. mortuo. §. vlt. de leg. 2. illud enim aliam habet interpretationem, quam Alciatus affert, lib. 1. parergon. cap. 22.

11 Sed ob regulam generalem, quæ ex lege 12. tabularum deſcendit, & obligationem inter hæredes diuidit, ſi modo res diuiſionem patiatur. l. 2. C. de hæred. act. pecuniæ vero quantitas diuiſionem recipit.

12 Qui vero contrarium docuere, Angelus, Imola & Caſtr. in l. in executione, de verb. obl. & alii, forſitan hallucinati ſunt eam ob cauſam, quod l. 11. §. pen. de leg. 3. de iſtiuſmodi facti ſpecie loquebatur: Ait enim initio: *Si in opere ciuitatis faciẽdo aliquid relictum ſit*: Sed vlteriora verba ſpectare oportuit, quibus apparet non certam pecuniam ad faciendum opus relictam fuiſſe, ſed hæredibus iniunctum opus, ibi. *Tempus autem cohæredi præſtiterunt intra quod mutat ad opus faciendum, poſt quod ſolam Proculam voluerunt facere, &c.*

13 Sed quid eſt, quod ait Pomponius, in l. 5. §. vlt. de ver. oblig. *Si ſortem promiſeris, & ſi ea ſoluta non eſſet, pœnam; etiamſi vnus ex heredibus tuis portionem ſuam ex parte ſoluerit, nihilominus pœna committetur, donec portio cohe-*

redi ſoluatur? Hic agitur de pecunia quæ diuiſionem recipit; cur ergo indiuiduæ obligationis naturã imitatur?

14 An quia, vt dicebat Bar. in l. 4. § Cato de verb. oblig. obligatio hæc in dando conſiſtat; Et ideo ſi heres nõ ſoluat portionẽ coheredis, ſit in culpa; quia id poteſt facere, & poſtea repetere iudicio fam. herciſc. iux. l. 2. §. ex his. l. in executione. §. quod ſi ſtipulatus, de verb. oblig. Secus vbi ſtipulatio conſiſtit in faciendo; quia non eſt in poteſtate cohæredis efficere, vt cohæres faciat, vel non faciat; ideo pœna committitur pro parte contrafacientis tantũ, vt in d. l. 4. §. Cato de verb. oblig.

15 Minimè genti, iuſtam ſequeretur pœnam ceſſare ſi hæres id præſtare non poſſit; quod repugnat. l. in executione. §. pen. de verb. oblig.

16 Nec enim placet quod Bar. docet, quempiam rei alienæ dominium transferre poſſe pro ſolutione debiti ſine conſenſu domini; id etiam pugnat cum l. id quod noſtrũ de reg. iur. cum l. 4. C. de comm. rerum aliena.

17 Nec ſi id faciat pro ſolutione æris alieni. l. 4. C. de rebus alien. non alienand.

18 Non iuuat Bart. l. ſi procuratorem. §. ſi ignorantes. ff. mand. quia nõ dicit text. id fideiuſſori licuiſſe, ſed narrat factũ, & ideo intelligendus eſt in caſib. à iure permiſſis, vt puta ſi fideiuſſor poteſtatem habeat id faciendi ex cõſenſu debitoris, qui rei eſt dominus.

19 Nil facit Auth. ſi captiui. C. de epiſ. & cleri. quia ius eſt ſingulare fauore captiuorum, quò facilius redimãtur.

20 Nil ſuffragantur alia iuris loca. Auth. qua in prouincia. C. vbi de crim. ag. opor. gloſ. in l. venditor. de iudiciis l. ſi cum vno. ſi ex noxa. cau. agatur: quia non huc pertinet, vt legenti ſtatim apparebit.

21 At dices, vtiliter gerenti negociũ, cõſenſum eſſe præſtandũ. l. Põponius. ff. de neg. geſt. eſt autẽ vtile ad euitandam pœnã, vt hæres cohæredis ſui rẽ ſtipulatori tradat.

22 Sed quid ſi magis vtile foret pœnam ſoluere?

23 Præterea negocia aliena gerẽtis poteſtas nõ vſque eò porrigitur, vt alienare bona poſſit, præſertim fundũ, & alia immobilia: id ibi probat. l. 4. C. de reb. alien. nõ alienan.

24 An dicemus l. in executione. §. pe. de ver. obl. nõ loq. de hæredibus, ſed de principali promiſſore, qui fundum promiſit ſub pœna? Sic. n. dicebat Soc. iun. in d. §. Cato.

25 Non acquieſcit animus huic Socini iunio. reſponſioni; quia tex. in §. pen. indefinitè loquitur, vt totus fundus det, nullo diſcrimine cõſtituto inter promiſſorẽ & hæredes.

26 Ergo auſcultemus Cuiaciũ, perpendentẽ, in §. Cato iniuriã ſtipulatoris, cuius meminit I. C. in d. l. 5. §. ſi ſortẽ: dum ait, aliud nõ poſſe fieri ſine iniuria ſtipulatoris: nã cũ ſolutio particularis, non modica habeat incommoda. l. 3. ff. fam. herciſ. hinc oritur iniuria ſtipulatoris; quia ex ſolutione partis, incommodum ſentit; ideoq; pœnã rectè petit; quia ſtipulationi ſatisfactum nõ videtur: hęc ratio iniuriæ ſtipulatoris locum non habet, in §. Cato; quia ſtipulatori nihil eſt præſtandum, ibi, *ſed amplius non agi ei permiſſum eſt; quare ſi pro parte agatur, ab vno ex heredibus, pœna tantum pro parte committitur; nec enim amplius ſtipulatoris intereſt.*

27 Redeo ad Paulũ, in d. l. 2. §. 1. de verb. oblig. is rectè quidem docet, diuiduam eſſe ſtipulationem præſtationis pecuniæ; ſed non rectè docent qui ex hoc putant inuito creditori ſolui poſſe partem debitæ pecuniæ.

28 In hũc ſcopulum incautè impegere Alciatus, & Corraſius, in d. §. 1. in quibus nec ſuffragatur tex. ibi, & maximè repugnat. l. tutor. § Lucius. ff. de vſuris.

29 Si enim partis ſolutio rectè fieret inuito creditore, cur totius ſummæ vſuræ deberentur, depoſita parte pecuniæ? Cur I. C. ibi exigeret pactum expreſſum, quo particularis ſolutio fulciretur?

30 Nihil moror reſponſiones quę afferentur, vſuram eſſe ſimilẽ pœnæ, ac proinde ſolutionẽ partis impedire, ſicut & pœnæ ſtipulatio impedit; iux. l. 5. §. ſi ſortem, de verb. obl. nam in §. ſi ſortem eſt ratio, quã iam ex Cuiacio ſatis indicaui. Nihil moror argumenta reliqua; ea

A enim confutaui lib. 12. controuerſ. cap. 6.

31 Cõcludo vna cum Paulo, diuiduas eſſe ſtipulationes earum rerum quę diuiſionem recipiunt: Indiuiduas autem, quę non recipiunt. Hoc enim ſufficit ad ſciendum, quid ſit diuidua, & indiuidua ſtipulatio.

32 Non quæras meliorem magiſtrũ Vlpiano, in l. 85. de verb. oblig. *In executione obligationis quatuor eſſe cauſas. Nam interdum eſt aliquid, quod a ſingulis heredibus diuiſim conſequi poſſumus: aliud quod totum peti neceſſe eſt, nec diuiſim præſtari poteſt: aliud quod pro parte petitur, ſed ſolui niſi totum non poteſt: aliud quod ſolidum petendum eſt, licet in ſolutione admittat ſectionem.*

33 *Prima ſpecies pertinet ad promiſſorem pecuniæ. Secũda ad opus quod teſtator fieri iuſſerit. Pro parte autem peti, ſolui autem niſi totum non poteſt; veluti cum ſtipulamus fundum hominem incertum. In ſolidum vero agi oportet, & partis ſolutio affert liberationem, cum ex cauſa tutelæ* [illegible] *mus.* Sic Vlpianus vbi ſupra.

B 34 Paulo rudius, & craſſiori filo Bart. in l. 4. §. Cato. Indiuiduum aliud eſſe contractu, obligatione, & ſolutione, veluti iter fieri: aliud obligatione, & ſolutione: aliud ſolutione tantum.

35 Non male etiam idem Bart. in l. ſtipulationes nõ diuiduntur, nu. 18. res dici diuiduas vel ſcdm naturã, vel ſecundũ iuris diſpoſitionem. l. non amplius. §. vlt. de leg. 1.

36 Itẽ diuiduũ recipere partes multiplicatiuas, puta dimidiã, tertiam, quartã: quandoq; partes iuridicas, vt eſt vſusfructus, & proprietas rei; quandoq; diſcretas partes, veluti ſunt res mobiles, quæ in partes diuiduntur ſeparatas.

37 Alii alia indiuiduorum genera comminiſcuntur, ſed quid opus eſt aurum cum inueneris, illud cum ære permutare? Ex fontibus legum, & receptis doctorum traditionibus hæc inſpice ſigna ad intelligendum, quæ ſit diuidua vel indiuidua obligatio.

38 Aut in obligatione eſt rẽ dari, quæ cõſiſtit in quãtitate, vel in iis rebus quę põdere, numero, & menſura cõſiſtũt, C veluti pecunia, frumentũ, oleũ, & ſtatues eſſe diuiduam obligationem. l. 2. §. 1. l. in executione. §. 1. de verb. oblig.

39 Aut eſt certa ſpecies, puta, lances; & eſt diuidua petitione, & obligatione. l. ſi ſtipulatus. §. 1. ff. de ſolution.

40 Aut in obligatione cõtinetur ſpecies in genere, puta homo; vel alternatiue, puta, homo vel leo; & tunc eſt diuidua obligatione, & petitione; ſolutione autem indiuidua. l. in executione. §. pro parte, de verb. oblig.

41 Aut ſeruitus deducitur in ſtipulationẽ, & dicas eſſe indiuiduam. l. 2. §. 1. l. ſtipulationes non diuiduntur, de ver. oblig.

42 Excipe vſumfructum, quia diuiduus eſt. l. 5. de vſufr.

43 Non idem eſt in vſu; eſt enim indiuiduus. l. vſus pars, de vſu, & habi.

44 Vis cauſam ſcire? Vſusfructus eſt pars dominii. l. 4. de vſufructu: dominium eſt diuiduum; refertur enim ad fundum, & ad fructus fundi, qui ſunt diuidui; ideo & ipſe diuiduus eſt.

D 45 Vſus autem refertur ad perſonæ indigentiam, & neceſſitatem, quę res diuiſionem non accipit; quis enim diuidet perſonæ cuiuſdam indigentiam?

46 Aut conditio adiicitur obligationi, & facit eam indiuiduam. l. cui fundus, de cond. & dem.

47 Quandoq; etiam pœna adiecta facit, vt obligatio indiuidua ſit, vt in l. 5. §. vlt. de verb. oblig. propter iniuriã ſtipulationis, vt dixi.

48 Quandoq; res natura ſua diuiſionem recipit, ſed niſi totum detur, ſtipulatori non ſatisfit; vt in l. 2. §. 1. de ver. oblig. vbi exempla afferuntur.

49 Aut in obligatione ſunt facta, veluti rẽ tradi, foſſam fodi, inſulã fabricari, & hęc indiuidua eſſe dubium non eſt. l. ſtipulationes non diuiduntur, de verb. oblig.

50 Regulæ vero cognoſcẽdi facta indiuidua tres à Bart. conſtituuntur, in d. l. ſtipulationes nõ diuidũtur. Prima ſi tale factũ ſit, quod pro parte non afferat tantam vtilitatem reſpectu partis, quantam totum, reſpectu totius.

51 Exem-

51 Exempla habes in l. in executione. § 1. de verb. oblig. & in d. l. ſtipulationes non diuiduntur, & in l. ſi is qui. §. Quædam. ff. ad l. Falcid.

52 Altera eſt regula. Factum indiuiduum eſt, quando ſi pro parte fieret, & pro parte id quod intereſt præſtaretur, contingeret in diuerſis rebus fieri ſolutionem. l. in executione. §. pro parte. eod. id autem indiuiduum eſt, reſpectu ſolutionis, nõ autem obligationis, vel petitionis, vt ibi dicitur.

53 Factum dicitur diuiduũ, in quo duo copulatiuè concurrunt. Primum quod pro parte impletum affert tantã vtilitatem reſpectu partis, quãtã totum reſpectu totius: Secundum quod ſi pro parte adimpleatur, & pro parte intereſſe præſtetur, adhuc contingit ſolutionem fieri in eadem, non autem in diuerſis rebus: vt ſi quis teneatur reſtituere ſacculum pecuniæ: ſi enim pro parte præſtetur id quod promiſſum eſt, fiet ſolutio in pecunia. Si nõ præſtetur tenditur promiſſor ad intereſſe, & illud in pecunia conſiſtet: idem puto in promiſſore amplius non agi, & rem ratam haberi iux. l. 4. §. Cato, eodem.

54 Non placet Cumani doctrina licet ei Duarenus adſtipuletur, lib. 1. diſput. cap. 59. facta eſſe indiuidua, quæ ſunt viſibilia ſiue corporalia; diuidua autem quæ ſunt inuiſibilia, ſiue incorporalia.

55 Cur enim animus ac intellectus facta corporalia & viſibilia diuidere non poſſit?

56 Primum omnium ſatis conſtat, hoc operari indiuiduam obligationẽ, vt nec principalis promiſſor, nec hæredes ſatisfacere poſſint, niſi totum præſtiterint. l. 2. §. ex his de verb. oblig.

57 Secundò: ſi indiuidua ſit ſtipulatio, vno ex hæredibus contrauueniente, pœna quoad omnes cõmittitur, quia omnes feciſſe videntur id, quod niſi in ſolidum committi poteſt. l. 4. §. Cato de verb. oblig.

58 Tertiò: ſi res ſit diuidua, vno ex hæredibus promiſſoris contrauueniente, pœna committitur pro parte illius tantum d. l. 4. §. Cato.

59 Reſpectu tamen ipſius principalis promiſſoris, etiãſi diuidua ſit ſtipulatio, veluti rem ratam haberi, pœna in totum committitur, ſi pro parte ratum non habeat, d. l. 4. §. Cato in fine.

60 Hæc enim ſtipulatio rem ratam haberi, non diuiditur, niſi in perſonis hæredum l. 2. § incertiã. ff. de præt. ſtip.

61 Quartò: ſi obligatio ſit indiuidua ſolutione tantum, & vnus hæredum totius rei reſtituendæ facultatem habeat, officio iudicis compellitur ad totam reſtituendam, l. 3. §. hæres. ff. commod.

62 Quintò: etiam hoc operatur indiuidua obligatio ſolutione, vt non contingat hæredibus liberatio, niſi integræ rei præſtatione. l. ſi duo. ff. depoſ.

63 Ex facto tñ proprio, ſiue ex proprio delicto hæres quilibet obligatur inſolidũ, ipſe ſolus licet ex parte hæres ſit. l. in depoſiti. ff. depo. l. in commodato. §. ſi ex facto. ff. cõmod.

64 Et notandum eſt; ſi duo ſint obligati ad rẽ reſtituendam, inſolidum teneri ad præſtandũ dolum, & culpam. l. ſi vt certo. §. ſi duobus. ff. commod.

65 Hoc caput concludo cum Iuliani reſponſo in l. 54. de verb. obl. *In ſtipulationibus aliàs ſpecies, aliàs genera deducuntur. Cum ſpecies ſtipulamur, neceſſe eſt inter dominos, & inter hæredes ita diuidi ſtipulationem, vt partes corporum cuiq; debeantur. Quoties autem genera ſtipulamur, numero fit inter eos diuiſio; veluti cum Stichum & Pamphilum quis ſtipulatus, duos hæredes æquis partibus reliquit, neceſſe eſt vtrique partem dimidiam Stichi & Pamphili deberi. Si autem idem duos homines ſtipulatus fuiſſet, ſinguli homines ſingulis hæredibus eius deberentur.*

66 Prima quæſtio eſt, an ſtipulatio rem tradi, ſit indiuidua ſolutione & obligatione; dubitationem facit. l. ſtipulationes non diuiduntur. de verb. obl. illis verb. *Idem puto, etſi quis faciendum aliquid ſtipulatus ſit, vtputa fundum tradi*. Comparatio. n. hic cum ſeruitutum ſtipulatione, quã conſtat & obligatione, & ſolutione indiuiduam eſſe.

A 67 Sed cur abſolutam in omnibus, & per omnia ſimilitudinem exigimus; ergo ſtipulatio rem tradi indiuidua erit, etiam contractu, ſicut et ſeruitutum ſtipulatio: quod nemo dixerit, quia poteſt quis ſtipulari partem fundi tradi.

68 Expende verba ſequentia. *Harum enim rerum diuiſio corrumpit ſtipulationem*. Nam ſi totum non tradatur, ſi totum opus non perficiatur, ſtipulatio effectum non habet, non conſummatur, non perficitur; quod ipſum ad ſolutionem pertinet, non ad obligationem.

69 Ergo ſtipulatio rem tradi, indiuidua eſt ſolutione, ſicut ſeruitutes; non etiam obligatione: etenim fac plures hæredes eſſe eius, qui tradere promiſerat, cur omnes dicimus obligatos in ſolidum eſſe ad tradendum, & non potius pro hæreditariis portionibus; l. 2. C. de hæred. act.

70 Quid? quod inſolidum teneri hæredes in his rebus, quæ natura diuiſionem reſpiciunt, nihil aliud eſt, quã oẽs teneri pro portione hæreditaria. l. adeò in fine de reg. iur.

B 71 Nunquid lex obligat ad impoſſibile? Certe nõ, l. impoſſibilium de reg. iur. cur igitur hæredes ſinguli totam rem tradere teneantur, ſi eam non habeant niſi pro portione hæreditaria?

72 Si opus aliquod hæredibus iniunctum foret, obligatio eſſet indiuidua; quia hæres quilibet, vel facere totum opus, vel vt fiat curare põt ſumptibus ſuis, eoſq; à cohæredibus repetere; vt in l. fideicommiſſa. §. ſi de opere. de leg. 3. ſed hic agit' de tradendo fundo, qui nõ eſt in poteſtate ſingulorum hæredum ſed pro portione hæreditaria?

73 Secunda quæſtio eſt, de obligatione rem reſtitui, quo pacto ſit indiuidua: & receptum eſt, indiuiduam eſſe ſolutione tantum: quæ ſententia probatur in l. 3. §. hæres. ff. commod. iuncta. l. ſi duo. ff. depo. hic enim dicitur, liberationem non contingere, niſi reſtitutione integræ rei: ibi autem reſponſum eſt, hæredem teneri ad rem reſtituendam pro ea parte pro qua hæres eſt.

74 Sed quid eſt, quod ait Vlpianus in l. 1. §. *Si apud duos*.

C ff. depo. *Si apud duos ſit depoſita res, aduerſus vnũquemq; eorum agi poterit, nec liberabitur alter, ſi cum altero agatur*. Exiſtimo hoc Vlpianum velle, quod & in l. ſi vt certo. §. ſi duobus. ff. commod. *& dolum & culpam, & diligentiam à ſingulis præſtandam eſſe in totũ; quare duo quodammodo rei habebuntur*. Ad dolum igitur & culpam referenda hæc eſſe exiſtimo, quam ſinguli depoſitarii præſtare debeant; non autem ad primariam obligationem rei reſtituendæ: hoc enim inter hæredes diuiditur. l. 3. §. hæres. ff. commod. & verba ſequentia Vlpiani in d. §. ſi apud duos. noſtram confirmant expoſitionem; ait enim. *Proinde ſi ambo dolo fecerint, &c.* & rurſus. *Idemq; etſi alter dolo non fecerit & idcirco ſit abſolutus, nam ad alterum peruenietur*.

75 Excipe caſum hunc cum vnus hæres totius reſtituendæ facultatem habet, nam condemnandus eſt ad totam rem reſtituendam, quaſi id boni iudicis officio cõueniat vt inquit I. C. in d. l. 3. §. hæres. ff. commod.

D 76 Sed actio cõmodati eſt bonæ fidei, merito ſi vnus totius rei reſtituendæ facultatẽ habeat, cõdemnat'. Nunquid ſit idẽ in iudiciis ſiue contractibus quæ dñr ſtricti iuris? Bart. Affirmat idẽ eſſe dicendum, ſi cũ actione perſonali concurrat rei vendicatio §. ſi plures. ff. de vi & vi arm.

77 Verum toto errat cœlo. Nec enim ibi concurrit actio realis cum perſonali, niſi ſpoliatus ſit dominus: fruſtraq; adducitur. l. ſi quis emptionis. C. de præſcript. long. ſſ. tẽporis; quia poſtea condita eſt, & multa alia requirit quæ non concurrunt in d. l. ſi plures.

78 Ergo quod ait Paulus in d. l. ſi plures. *Interdum, inſolidum teneri eum hæredem ad quem tota res peruenerit, quamuis ex parte hæres ſit*, fundam̃ habet in regula iuris ex delicto defuncti hæredes obligari, inquantum ad eos peruenit. l. vnica, C. ex delict. defunctor. l. a. C. vnde vi.

79 Quid ergo ad propoſitam quæſtionẽ de contractibus ſtricti iuris reſpondebimus? Vrget ratio, quod omnis obligatio inter hæredes ſit diuidua, l. 2. C. de hæred. act.

l.2. C.ſi ex plu. hæred. niſi contrarium ſit conſtitutum. A Non eſt autem contrarium conſtitutum in contractibus ſtricti iuris? ergo.

80 Nec enim argumētari licet à cōtractibus bonę fidei ad ſtricti iuris, quia diuerſam habent naturam. l. mora. §. in bonę fidei. ff. de vſuris. l. cum fundus. ff. ſi cert. pet.

81 Sed cum æquitate ſuadente ſic deciſum ſit in cōtractu commodati, vt hæres qui totius rei reſtituendæ facultatem habet inſolidum condemnetur, quaſi id boni iudicis officio conueniat vt inquit I.C. in d. l. 3. §. hæres. ff commod. cur nos id non porrigimus etiam ad contractus ſtricti iuris eandem æquitatis rationem ſecuti?

82 Placuit. n. in omnib. iudiciis, æquitatis magis, quam ſtricti iuris rationem habendam. l. placuit. C. de iud. l. in omnib. quidē, de reg. iur. l. ſi me & Titium. ff. ſi cer. pet. l. ſi ſeruum. §. ſequitur, de verb. oblig. quę duę leges vltimæ de contractibus ſtricti iuris loquuntur.

83 Differentiæ vero inter contractus bonæ fidei, & ſtricti iuris alio ſpectant, ſ. ad fructus, & acceſſiones quæ in B bonæ fidei contractibus ueniunt ex natura contractus. l. quia tantundem. iuncto. §. vlt. legis præced. ff. de reg. geſtis. Vide Menoch. de arbitr. iud. q. 3. Albertū Bolognet. de lege iure, & ęquitate cap. 33.

84 Tertia quæſtio eſt an in contractibus bonę fidei vno ex hæredibus contra promiſſionem defuncti faciēte, teneatur ipſe ſolus inſolidum ad pęnam. Non puto, ſed pęnam cōmitti exiſtimo aduerſus omnes hęredes pro portione hæreditaria. l. 4. §. Cato, de verb. obl.

85 Licet enim de ſtipulatione loquatur ibi I.C. quę ſtricti iuris eſt, tamē ſtipulatio plerumq; interponi ſolet ex aliqua cauſa; vnde dicitur pendere ex negocio cōtracto, ſ. in l. 5. §. conuentionales eod. tit.

86 Ergo poteſt interponi tā ſuper contractu bonæ fidei quam ſtricti iuris, cum non diſtinguat I.C. inter contractus bonæ fidei, & ſtricti iuris, recte inferri poteſt pœnā cōmitti aduerſus omnes hęredes vno contrafaciente, ſiue agatur de contractibus ſtricti iuris, ſiue bonę fidei. C

87 Obijcitur. l. in depoſiti. ff. depo. q̄ nihil obſtat; loquitur enim de hęrede, qui delinquit, & ſic in proprio delicto obligatur. Audi verba eius. *In depoſiti actione ſi ex facto defuncti agam aduerſus vnum ex pluribus heredibus, pro parte hæreditaria agere debeo.* Vides hic primariam obligationem ex facto ſiue promiſſione defuncti in hæredes deſcēdere pro portione hęreditaria: ſed pergit tex. de ſecundaria obligatione oriente ex facto proprio hęredū. *Si vero ex ſuo delicto, pro parte non agam: merito, quia æſtimatio refertur ad dolū quē inſolidū ipſe hæres admiſit.*

88 Quarta quęſtio: quid ſi vnus ex hęredib. emphyteutę non ſoluerit canonem pro ſua parte, an incidant omnes hęredes in pœnam caducitatis? Placet eum ſolum incidere, qui non ſoluit; ne factum, & culpa vnius alteri noceat. l. de pupillo. §. ſi plurium. ff. de ope. noui. nunc. l. vlt. ff. ad Syllan. Facit ad rem l. fraudati. ff. de publicanis l. ſupra iter. §. apud ferocem de acq. plu. arcen.

89 Confirmatur hęc ſnia quia canonis ſolutio diuiſionē D recipit: in his autem quæ diuiſionem recipiunt, pęna cōmittitur aduerſus eum ſolum hæredem, qui contra promiſſionem facit. l. 4. §. Cato.

90 Alij in contrariam ſententiam abiere: alij diſtinguere ſolent aliter atque aliter, ſed nullum video fundamentum pręterquam, in l. 5. §. ſi ſortem, de ver. oblig. vbi vno hęrede ceſſante, committitur pœna contra omnes hęredes, ſed ſuam habet ſingularē rationem illud reſponſum ſicut ſupra annotauimus concl. 26.

91 Addo nunc Cumanum lib. 6. cap. 2. in fine circa d. §. ſi ſortem. *In his ſtipulationibus pœnalibus* inquit, *aliter ſi cōſtituatur, iniuria ſit ſtipulatori qui vel ob eam cauſam maxime ſibi cauit promiſſione pœna, vt non neceſſe habeat à ſingulis hæredibus quod ſibi debetur per partes petere, & perſequi, ſed vt ab his, ſicut à debitore totum ſuum debitum conſequeretur.*

92 Non ſic dure agitur cum emphyteuta, qui non ſoluendo per triēniū cadit à iure ſuo. l. 2. C. de iure emphy. vel ſi res eccleſiaſtica ſit, per bienniū c. potuit de locato; idq; ꝓcedit ex diſpoſitione legis, nō ex pęnali ſtipulatione. Mitior eſt igitur lex quā homo. l. ſi clius. ff. de arbitr.

93 Quinta quæſtio: vtrū in contractib. ſtricti iuris ſi plures ſint promiſſores, & agatur de re indiuidua omnibus contrafacientibus, pęna contra omnes inſolidū committatur. quidni? Nam in contractibus bonæ fidei oēs inſolidum teneri receptum eſt ex l. 1. § ſi apud duos, & l. ſi duo. ff. depo. l. ſi vt certo. §. ſi duob. ff. commod. non eſt ratio differentiæ inter hos, & contractus ſtricti iuris.

94 Adde cum ſtipulatio indiuidua eſt, omnes teneri ad rem principalem, inſolidum l. 2. §. ex his, de verb. oblig. ergo & ad pœnam inſolidum omnes tenentur, quia pęnalis ſtipulatio eſt acceſſoria principalis ſtipulationis, & eius naturam ſequitur vt docet Bart. in l. vlt. in 2. quæſt. ff. de duob. reis.

95 Sexta quæſtio: ſi pœna rei indiuiduæ adijciatur facto B indiuiduo, vel diuiduo vno ex hæredibus contrauenien- te, quomodo committatur? Reſpondetur, pęnam indiuiduam adiectam rei indiuiduæ aduerſus omnes hæredes inſolidum committi vno contrafaciente. Bar. in §. Cato, in 1. quæſt. Rip. Iaſ. Alciatus, & alij.

96 Ea enim quæ in partes diuidi non poſſunt, ſolida à ſingulis hæredibus debentur, lege ea quæ, de reg. iur. Huc ſpectat. l. 2. §. ex his, de verb. obli. & l. hæredes, §. in illa. ff. fam. herciſc.

97 Si verò pœna facti indiuidui adijciatur promiſſioni rei diuiduæ. Reſponderunt Ang. Imola, Paulus Caſtr. & Iaſ. in §. Cato, pęnam committi aduerſus eum hæredem ſolum, qui contrauenit, argum. l. in commodato. §. ſi ex facto. ff. commod. & l. in depoſiti. ff. depo. & quia pœna ipſa diuiſionem non recipit.

98 Malè iſti: quia leges adductæ, non loquuntur de contractu defuncti, hoc eſt de obligatione primaria defuncti quæ in hæredes tranſit, ſed de ſecundaria, quæ ex pro- C prio delicto, ſeu facto hæredum proficiſcitur.

99 Magis placet communis ſententia, quę ſic ſtatuit ſtipulatorem agere poſſe inſolidum aduerſus hęredem qui contrafecit, ſed offerre oportere cæteris cohæredib. ęſtimationē partis cuiuſque; ita dicebat Petr. vt refert Bart. in d. §. Cato, q. 1. Aret. Alex. Soc. iun. num. 130. Probatur ex d. §. Cato ibi. At ſi de eo cautum ſit quod diuiſionem recipiat veluti amplius non agi, tunc eum hęredem qui aduerſus ea fecerit pro portione ſua ſolū pęnā cōmittere.

100 At dices, pęna indiuidua eſſe ſupponitur, ergo non poteſt pro parte tantum committi. Reſpondeo quoties vnus ex pluribus hæredibus ſolus tenetur aliquid præſtare quod ſit indiuiduum, agentem offerre oportet æſtimationem pro parte aliorum hæredum, ni fecerit exceptione repellitur. l. cum filius, de leg. 2. l. ſi is qui quadringenta. §. quædam. ff. ad l. Falcid.

101 Septima quæſtio: vtrum ſtipulatio de defendendo ſit diuidua vel indiuidua? Exiſtimo indiuiduam eſſe D authoritate. l. 4. § vlt. de verborum obligation. ibi. *Ipſi autem promiſſori pro parte neque reſtitutio neque defenſio contingere poteſt*, & l. in executione. §. inſolidum eod. tit. & l. cum ex cauſa. eod. & l. ſi cum vno. ff. ſi ex nox. cau. aga. ibi. *nec auditur ſi pro parte paratus ſit defendere*, & l. loci corpus. §. ſi fundus. ff. ſi ſerui vend. ibi. *Quiſquis defendit ſolidum, debet reſtituere, quia diuiſionem hæc res non recipit*, & l. hæres. §. ſi vnus. ff. fam. herciſc. & lege, ſi rem. 62. §. ſi ei. ff. de euict. & lege, ex clauſula. ff. iud. ſolui. ibi. Non enim videbitur defenſa res boni viri arbitratu, quæ non inſolidum defenſa ſit, & l. iam tamen. §. ſi tamen. ff. eodem.

102 Et hæc eſt communis ſententia teſte Alciato, in §. Cato, numero 132. ſed contrarium docuerunt ibi Cumanus, Ruynus, numero 68. Socinus iunior, numero 532. Hormanotus Decius, numero 436. Burgella, num. 358. Crotus, num. 512. nimirum hanc obligationem diuiduam eſſe.

103 Pri-

103 Primum, quia agere, & defendere ſunt correlatiua, ſed ſtipulatio amplius non agi, diuidua eſt, l. 4. §. Cato, ergo & ſtipulatio de defendendo eſt diuidua, quia correlatiuorum eadem eſt natura, l. vlt. C. de indi. vidui tollen. l. 1. C. de cupreſſis lib. 11.

104 Reſpondeo ſi pro parte agatur, pro parte quoq; defenſionem dari, & tunc eandem eſſe naturam actionis, & defenſionis. Sed re in abſtracto conſiderata non rectè infertur. Vnus ex hæredibus poteſt agere pro parte, ergo & qui defendere tenetur poteſt pro parte defendere. Nā licet actio inter hæredes dimidatur, defenſio tamē indiuidua eſſe dicitur, quia is qui plenè non defendit nō videtur defendere, l. ſi defenſor, de interrog. actio.

105 Secundò, quia poteſt quis pro parte defendere, l. 1. C. de conſortib. eiuſdem litis.

106 Non valet argum. quia ſermo hic fit de ſtipulatione de defendendo quæ indiuidua eſt; ibi agitur de pluribus conſortibus eiuſdem litis quorum vnus ſine altero agere ac ſe defendere poteſt, quia nulla præceſſit defendendi obligatio; ibi quilibet ſuæ defenſioni poteſt renunciare, iux. l. pen. C. de pactis, hic non poteſt inuito ſtipulatore ſuſcipere pro parte tantum defenſionem, quia niſi integra, & plena defenſio ſit, ſtipulatori non ſatisfit.

107 Tertium argum. eſt ex l. ſi cōmunes, in fi. ff. de neg. geſt. ibi. *Quia potui partem meam ita defendere, vt ſocij partem defendere non cogerer.*

108 Nil mirum, quia ibi nulla de defendendo eſt obligatio, & nulla præceſſit ſtipulatio.

109 Quartum eſt ex l. 7. §. incertam, ff. de præto. ſtip. vbi ſtipulatio iudicatū ſolui quæ clauſulam defenſionis continet, diuiditur ex perſonis hæredum.

110 Reſponderi poteſt paulum ibi accipiendum de ſtipulatione iud. ſolui per ſe conſiderata, non autem quatenus continet etiam clauſulam defenſionis.

111 Quintum eſt ex l. vlt. ff. iudicatum ſolui. Sed nihil ad rem facit: non enim dicit illa lex, poſſe vnum ex hæredibus defendere pro parte de pluribus hæredibus loquitur quorum alter defendit, alter non defendit.

112 Sextum eſt ex l. pœnales, §. Iulianus, ff. ad l. Falcid. illis verbis. *Nam conſtare ex iudicatum ſolui ſtipulatione ſiue à parte actoris ſiue à parte rei plures extitiſſent, non omnibus nec aduerſus omnes, actiones cōtingere, ſed dumtaxat ijs qui viciſſent, & aduerſus victos ijsq; aduerſus quos res defenſa non eſſet, aduerſus eos qui rem non defendiſſent.*

113 His enim verbis I. C. indicare videtur obligationem defendendi inter hæredes eius qui defendere obligatus eſt, ſcindi: quia committitur tantum contra eos qui non defenderunt: ſi enim eſſet indiuidua, vno contrauenien-te, contra omnes committeretur l. 4. §. Cato.

114 Rñdeo non hanc eſſe cauſam, quia res pro parte defendi poſſit, ſed quia ſi plures ſint fideiuſſores iudicatum ſolui, & vnus non defendat committitur ſtipulatio pro parte eius ad intereſſe ſiue ad æſtimationem rei in iudicium deductæ, l. ſi ex duobus, l. ex iudicatum, ff. iud. ſolui, æſtimatio autē rei, diuidua eſt; vt patet, eſſet enim iniquum, alterum, qui defendit, hac ſtipulatione teneri: qua aut is vicit, aut victus eſt: ſi vicit, iam ridiculum eſt eum teneri: ſi victus eſt, tenetur ex capite rei iudicatæ: quare opus nō eſt vt teneatur ex capite defenſionis non factæ.

115 Septimum argumentum eſt quia ſi obligatio defendendi eſſet indiuidua, quilibet hæres venditoris inſolidum conueniri poſſet ad rem defendendam, quod pugnat cum l. in executione, §. in ſolidum, de verb. oblig. vbi dicitur omnes hæredes debere ſubſiſtere.

116 Reſpondeo tex. ibi dicit omnes hæredes inſolidum eſſe denunciandos, hoc eſt quemlibet inſolidum, vt ibi.

117 Poſtremum argumentum ſumi poteſt ex l. cum à matre. C. de rei vend. Nam ſi obligatio defendendi indiuidua eſſet, filius hæres matris ibi teneretur inſolidum defendere emptorem, & conſequenter vendicare non poſſet rem venditam, etiam pro ea parte pro qua hæres non eſſet, cuius contrarium ibi dicitur.

A 118 Reſpondeo obligationem iſtam eſſe quidem indiuiduam verumtamen hæredes teneri de euictione pro hæreditariis portionibus, lege cum ex cauſa, lege. in executione §. ſolidum, de verborum obligationi, quæ res facit, vt in dicta lege. cum à matre filius repellatur tantum pro ea portione pro qua hæres matris eſt, non enim pro ea portione rem vendicare poteſt, quia de euictione tenetur. l. vendicantem, de euictionibus.

119 Septima quæſtio an in ſtipulationibus prætoriis vno ex hæredibus promiſſoris contrauueniente aduerſus omnes pœna committatur? Reſpond. nō cōmitti; ſed aduerſus eum ſolum hæredem, qui contrauenit, ita Bartolus, in dicto §. Cato, in 13. quæſtione, quem ſecuti ſunt alii frequentioribus ſuffragiis teſte Socino iun. nu. 135.

120 Fundamentum eſt, in l. 2. §. incertam, de verb. obli. illis verbis: *Reſpondetur ſcindi eas in perſonas hæredum*, & in l. Iulianus. §. pœnales ad l. Falcid.

121 Contrarium, & male docuerunt Aretin. Ruyn. Cuman. in d. § Cato. Ripa diſtinguente, nu. 78. 79.

B 122 Nam l. 5. §. vlt. & l. cum ex cauſa, de verb. obli. quas adducunt nil eorum ſententiam iuuant, vt Soc. iun. oſtēdit loco adnotato.

123 Illud prorſus diſplicet, quod nonnulli dixerunt, & nouiſſime etiam Cuiacius ad lib. 73. Pauli ad edictum, in d. §. incertam hoc velle Iuriſconſultum, committi ſtipulationem contra omnes hæredes pro portione hæreditaria vno contrauenięte, ſeu victo. Nam contrarium dicit, nimirum ſcindi eas ſtipulationes in perſonas hæredū, licet regulariter ex perſona hæredis conditio ſtipulationis non mutetur. l. 2. §. ex his. ff. eod.

124 Quod autem tex. ibi ſubdit. At in contrarium ſumma ratione fit vt vno ex hæredibus ſtipulatoris vincente in partem eius committatur ſtipulatio; eo ſpectat vt indicet I. C. in hoc caſu cōtrario nullam oriri difficultatem atque adeo ſumma ratione id fieri, quia ſcilicet nihil obſtat ſicut in præcedenti caſu obſtabat illa ratio. *Ex perſona hæredum promiſſoris non poſſe deſcendentem a defuncto ſtipulationem, diuerſam conditionem cuiuſque facere*: vt

C in d. § incertam.

125 Octaua quæſtio: ſi quis promiſerit non offendere Titium, nec hæredes eius, ſub pœna, & vnus ex hæredib. fuerit offenſus, an pœna inſolidum committatur? hoc eſt an offenſus eam inſolidum petere poſſit? Bart. in §. Cato, nu. 30. reſpondit ſoli offenſo actionem ad pœnam dari in ſolidum. Idem reſponderunt. Angelus, Ruman. Bologn. Iaſ. nu. 54. Alciatus, nu. 158. Ripa, nu. 99.

126 Quia ſtipulatio de nō offendēdo, indiuidua eſt, nec ſui natura ad hæredes tranſitoria. Ex eo quod ſit indiuidua quilibet offenſus habet actionem inſolidum. Ex eo autem quod ad hæredes tranſitoria non ſit, in perſona cuiuſque hæredis cenſetur eſſe noua quædam promiſſio, ac proinde cuilibet hæredi actio competit, perinde ac ſi quilibet ſtipulatus fuiſſet; quo caſu inſolidum actionem vnicuique inſolidum ad pœnam competere cer-

D tum eſt.

127 Sed contrarium docuerunt multi alii, pœnam, ſcilicet inſolidum committi, ſed hæredem illum ſtipulatoris qui offenſus fuit actionem tantum pro ſua parte habere Alexan. in §. Cato, nu. 52. Ruynus, numero 85. Socinus iunior, numero 151. & hanc eſſe communem ſententiam Alciatus ſcribit, numero 158. quamuis alii quidam ſententiam Bartoli communem dixerint, vt refert Soc. iun. loco proxime citato.

128 Fundamentum eſt in l. 2 §. item ſi in facto, de verb. obl. illis verbis. *Cōtra autem ſi ſtipulator deceſſerit, qui ſtipulatus erat ſibi hæredíq; ſuo ire, agere licere, & vnus ex hæredibus eius prohibeatur, intereſſe dicemus vtrum inſolidū ſtipulatio committatur an pro parte eius qui prohibitus eſt. Nam ſi pœna ſtipulationi adiecta ſit inſolidum, committetur ſtipulatio; ſed qui non ſunt prohibiti, doli mali exceptione ſubmouebuntur.*

129 Rñdet Bart. ibi. de ſtipulatione agi quæ ſui natura

tranſit ad hæredes; promiſſionem autem iſtam non eſſe ſui natura ad hæredes tranſitoriam.

130 Alij aduerſus hanc reſponſionem adducunt, l. ſtipulatio iſta. §. ſi quis ita, de verb. obl.

131 Alexander vero aliter reſp. dato quod ſtipulatio de non offendendo non tranſiret ad hęredes ſtipulatoris ex natura ſua, tamen hæredibus actionem cōpetere ex contractu defuncti, & ſic ex cauſa hæreditaria.

132 Replicat Ripa licet hæc ſtipulatio hæreditaria ſit multiplicari tamē in perſonas ſingulorum hęredum atque adeo tot eſſe pœnales ſtipulationes, quot ſunt perſonæ hæredum, ac propterea ſingulis inſolidum competere actionem ad pœnam.

133 Et licet ſtipulatio ire, agere licere, non trāſeat ad hęredes vt in d. §. ſi quis ita, poſſe tamen ſui natura tranſire & in hoc à ſtipulatione iſta de non offendendo differre, quæ omnino perſonalis eſt nec ſui natura apta eſt tranſire ad hæredes.

134 Puto ego poſteriorem ſentētiam eſſe probabiliorē, quia pro ſe habet tex. in d. l. 2. §. item ſi in facto. His accedit ratio: nam è contrario ſi vnus ex hæredibus promiſſoris in re indiuidua contrauenit, pœna committitur pro portione hæreditaria contra omnes iuxta §. Cato, & cōmunem doctorum ſententiam teſte Ripa, ibi. num. 100.

135 Igitur & in quæſtione noſtra dicendum eſt pęnam inſolidum committi hoc eſt ita, vt actio detur omnibus hęredibus ſtipulatoribus pro portione hæreditaria verūtamen exceptio eis obſtet qui offenſi non fuerunt ſicut in d. §. item ſi in facto exceptio obſtat cæteris hæredibus qui prohibiti non fuere.

136 Malè Alciatus dum putauit tex. in d. §. item ſi in facto probare Bartoli ſententiam cum ait pœnam inſolidū committi; id enim non ſic accipiendum eſſe quaſi pœna committatur omnibus ſtipulatoris hæredibus, verum ei dumtaxat qui prohibitus eſt.

137 Non recte quia tex. declarat quomodo pœna inſolidum committatur, & ſatis aperte indicat ſingulis hæredibus ipſo iure committi pro hæreditaria portione dum ſubdit. *Sed qui non ſunt prohibiti, doli mali exceptione ſubmouebuntur.* Nam ſi ſoli prohibito inſolidum actio competit, & non aliis hæredibus, non opus eſſet vt exceptione repellerentur, quia nulla actio eis competeret.

138 Non obſtat quod dicebatur ſtipulationē de non offendendo ſui natura non eſſe tranſitoriam ad hæredes, quia vt bene reſp. Alexan. ſatis eſt in propoſito noſtro ex contractu defuncti tranſire, nam actio diuiditur inter ſingulos hæredes pro portione hæreditaria l. ex quæ. C. fam. herciſc.

139 Non obſtat replicatio Ripę, ſcilicet multiplicari pęnales ſtipulationes ex perſonis ſingulorum hæredum, quia id eſt verum, ſed intelligendum eſt cum ſua qualitate nimirum vt vno ex hæredibus offenſo committatur ſtipulatio ad pœnam ſingulis hæredibus pro portione hæreditaria.

140 Sic & in §. Cato vno ex hæredibus contrauenientे omnes contrauenisse videntur, & propter indiuiduam naturam ſtipulationis *Iter fieri* quot ſunt hæredes promiſſoris, tot videntur eſſe promiſſores, & tantum pœna committitur in ſingulos hæredes pro portione hæreditaria.

141 Hic igitur nos contemplari oportet nō ſolum indiuiduam principalis ſtipulationis naturam, ſed etiam pęnalem ſtipulationem quę diuidua eſt, & licet non ſit ad hæredes tranſitoria ipſa principalis promiſſio, tranſit tamen ex defuncti contractu, & cum ſua natura vt nimirum pro portione hæreditaria ſingulis hæredibus committatur.

142 Nona quæſtio. Statuto ſtante vt homicida capite plectatur, niſi pacem habuerit ab hæredibus occiſi an ſufficiat pacem habere à maiori parte hæredum. Affirmat Bart. in §. Cato, in vlt. quæſt. Caſtr. in l. 2. §. ex his, de verb. oblig. Aretin. in l. pro hærede. §. vlt. de acq. hæred. vbi dicit communem eſſe: alios adducit Soc. iun. in d. §. Cato. num. 155.

143 Fundamentum eſt, in l. et ſuum cum l. ſeq. ff. de pactis, in l. vlt. C. qui bon. ced. poſſ. & in l. quod maior ad Municipalem.

144 Negant autem Iaſon, Ripa, Alciatus qui & alios referunt, in d. §. Cato, & Fely. in c. cum omnes, de conſtit. col. 10. verſ. ſeptimo fallit, vbi dicit Bartoli ſententiam communiter reprobari.

145 Fundamentum eſt in l. per fundum. ff. de ſeru. ruſt. pręd. in l. reſcriptum. ff. comm. præd. in l. in via, de verb. ſign. in l. ſi autem plures. ff. de acq. ꝑſſ. arc. & in reg. quod omnes tangit, de reg. iur. lib. 6.

146 Res ſanè obſcura eſt. Namque ex vna parte ſtatuti verba omnium hæredum exigunt conſenſum, ex altera pugnat æquitas vt liberetur à pęna mortis occiſor.

147 Non videntur ad rem facere leges adductę pro ſententia poſteriore, quia hic non agitur de hæredum præiudicio, ſicut quando ſeruitus prædio imponenda eſt, imò pacem inire laudabile, & pium eſt.

148 Sed nec leges adductæ pro ſententia priore admodum vrgere videntur, quia creditorum intererat vt hæreditas adiretur, & vt quinquennalis dilatio debitori cōcederetur: forſitan enim eis aliter ſatisfieri non poterat: quare vnius vel alterius diſſenſus maiori parti nocere non debet.

149 Denique ſic concludo. Aut hæredes occiſi recuſant pacem inire ne amittant actionem iniuriarum, & hoc nihil eſt, quia actio iniuriarum non tranſit ad hæredes. l. ſi eum, §. qui iniuriarum, ff. ſi quis cau.

150 Aut recuſant ne damna & expenſas atque adeo actionem ex l. Aquilia amittant, & hoc etiam nihil valet, quia remittens iniuriam non videtur damna remittere, expenſas, & intereſſe vt bene docet Ant. Gomez in tit. de iniuria, num. 13.

151 Aut recuſant, quia necem vindicare volunt ne incidant in pęnā Senatuſconſulti, lege vltima. ff. ad Syllan. lege prima, C. de his quibus vt indign. & iſtud quoque nihil mouere poteſt, quia iam accuſatio facta eſt, & occiſor cōdemnatus ad mortem, niſi pacem habuerit ab hęredibus occiſi. Itaque nullum hæredes periculum incurrunt amittendæ hæreditatis.

152 Aut denique pacem facere recuſant vt occiſor capite plectatur vel quia nolunt ei gratificari, & hoc ideo nō obſtat quia nullum præiudicium continet iſtorum hęredum: conſequenter nos verſamur extra caſum legū allegatarum pro ſententia poſteriore, in quibus vnius diſſenſus impedit ſeruitutem conſtitui vel aliud ius acquiri, propterea, quod illa res omnes hæredes tangit, hoc eſt, ſingulorum præiudicium reſpicere videtur.

153 Verſamur verò in ſpecie non abſimili ab ea quæ cōtinetur in legibus pro priore ſententia relatis. Nam hęredum, qui conſentiunt vt pax fiat, intereſſe videtur tolli prorſus omnem inimicitiam, & occaſionem odij.

154 Sic denique volo, ſic ſtatuo, rigorem verborum poſteriori ſententiæ adſtipulari, priori autem iuſtitiam æquitatiſque rationem verbis ſtatuti præferendam. Inter leges obſcuras in hac materia diuiduę atque indiuiduę obligationis principem ſibi locum vendicat, l. 4. §. Cato: ſed eam latè in publicis lectionibus explicaui, ſecutus communem intellectum; cui & Zaſius, & Iacob Cuiacius adſtipulantur; & nihil moror quæ nouiſſimè dixerunt Connanus, & Ant. Faber, & aliàs in eis refellendis opera mea non deſiderabitur.

155 Poſt hanc ſequitur lex, ſi ſeruus, §. ſi plurium, ff. ſi quis cautio. quo loci Vlpianus ſic ait. *Si plurium ſeruorum nomine iudicio ſiſtendi cauſa vna ſtipulatione promittatur, pœnam quidem integram committi, licet vnus ſtatus non ſit Labeo ait, quia verum ſit omnes ſtatos non eſſe: Verum ſi pro rata portione vnus offeratur pœna, exceptione doli vſurum eum qui ex hac ſtipulatione conuenitur.*

156 Pugnare videtur primo cũ.§.Cato in fine,vbi promiſſor pro parte ratum habere non poteſt quin ſcilicet pœna committatur.

156 Deinde pugnat cum l.ſi is qui ducenta, §.cum ita, ff.de reb.dub.vbi Iulianus. *Vel ut propius accedamus, ſingamus ita ſtipulationem factam ſi Stichum & Damam, & Erotem non ſtiteris decem dari, neque enim dubitamus quin aquè omnes ſiſti oporteat.*

158 Non placet Maruni reſponſio, volentis ex §. ſi plurium ſemper pœnam quidem committi, ſed obſtare exceptionem.

159 Nam veriſimile non eſt eo reſponſo, quod loquitur de iudicialibus ſtipulationibus normam accipere cætera reſponſa quæ de contractibus loquuntur.

160 Non ſatisfacit ſolutio Bar.in §. Cato, licet communis ſit reſte Soc.iun.ibi, nu.120. illud reſponſum habere locum in iudicijs: aliter eſſe conſtitutum in contractib. in iis enim pœna cum effectu committitur argum. d. §. cum ita.

161 Nam.§.cum ita, non poteſt ad contractus reſtringi, quoniam ſtipulationes de ſiſtendo plerumque in iudicijs interponuntur.

162 Aliter Ruynus & Alciatus ſoluunt Soc. iun. reluctantẽ. Sed mihi ſententia Petri magis placet, quam ſecuti fuere Iaſ.in d.§.Cato & Albet.in d.§.ſi plurium.

163 Hæc eſt ſolutio: cum vnum factum in ſtipulationẽ deducitur, pęnam integram committi, niſi promiſſa fecerit, vt in d.§.Cato: ſi plura ſunt facta, committi pęnam ex iuris rigore, ut in §.cum ita. Sed obſtare tamen exceptionem ex æquitate, vt in §.ſi plurium.

165 Nam quot ſunt facta in ſtipulationem deducta, tot uidentur eſſe ſtipulationes, l.ſcire debemus, de verbor. obligat.

165 Secundum hanc regulam non videretur pœnam committi in §.ſi plurium, reſpectu eorum qui ſtati fuere in iudicio.

166 Verum ipſo iure committitur, quia unica ſtipulatione quis promiſit omnes ſiſtere, quę offenditur ſimul atque unus vel alter ſtatus non eſt, *Quia ſignificatio quæ ſumitur ex uniuerſo in quo aliquid falſum eſt, totam orationem falſam efficit.* l.ſi is qui ducenta. §.vtrum, ff.de rebus dubijs.

C

167 Obſtat tamen exceptio pro parte eorum ſeruorum qui ſtati ſunt, quia promiſſio vniuerſalis de ſiſtendo ſeruos omnes, reſoluitur verborũ rigore poſthabito in plures promiſſiones quaſi ſi vnus ſeruus tantum non ſiſtatur, meritò eius ſolius nomine pœna rectè exigeretur, non aliorum qui ſtati fuere.

168 Tertio loco offert ſe.l.in executione, §. 2. de verb. oblig. vbi Vlpianus ait. operis effectum in partes ſcindi non poſſe, & in l.ſtipulationes non diuiduntur, ubi dicitur operarum ſtipulationem eſſe indiuiduam, & in l. libertus, qui poſt. de oper. libert.

169 At contra, videtur recipere diuiſionem, vt in l.in ſtipulationibus, §. operarum eo.ti.

D

170 Sed quis non videt nullam eſſe antinomiam: cum §.Operarũ loquatur de numerali diuiſione operarũ ibi. *Non in partes operarum, ſed in numerum cedit*: diuiduntur enim operæ numero, l.libertus, qui poſt. de oper. libert. non diuiditur autem opera in partes, ut in d. §. operarum, & in l. ſtipulationes non diuiduntur, & in d. l.libertus, ubi ait. *Et neque promitti, neque ſolui, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera.*

171 Quid igitur eſt, quod ait Vlpianus in d. §.operarũ de parte operæ? Reſpon. cum Bartolo in l.ſtipulationes non diuiduntur, nu.11. de verb. obli. illum tex. explicari debere ex l.ſi quando duobus, ff.de oper.liber. ubi Pomponius. *Si quando duobus patronis iurauerit libertus operas ſe daturum, Labeoni placet & debere & peti poſſe partem operæ, cum ſemper præterita opera quæ iam dari non poſſit petatur.*

172 Diuiditur ergo hæc ſtipulatio operarũ quoad æſti-

A

mationem, non quoad ipſam operæ præſentationem: illa enim pro parte peti non poteſt, at æſtimatio operæ i. iam præteritæ, & quæ iam amplius præſtari non poteſt rectè diuidetur.

173 Rectè enim Celſus refert Tuberonem exiſtimaſſe, vbi quid fieri ſtipulemur ſi non fuerit factum, pecuniam dari oportere l.ſtipulationes non diuiduntur verſic. Celſus. de uerb. oblig.

174 Quarto videtur eſſe quædã antinomia inter l. pen. de duobus reis & l.mora ff.de vſuris.

174 Sed rectè monent, qui dicunt l.pen. loqui de principali obligatione; l. mora loqui quantum ad vſuras: itaque factum vnius rei debendi nocet correo quoad principalem obligationem.

76 Non nocet mora vnius rei alteri correo quantum ad hoc, vt obligatio principalis augeatur vſuræque debeantur.

177 Quinto videtur pugnare l.& ideo, de verb. oblig. cũ

B

l.marius ff.locati.

178 Non pugnant. Nam in l. Marius agitur de conductore operis faciendi; merito periculum ad eum non ſpectat.

176 At l.& ideo loquitur de eo, qui obligatus erat ad faciendum opus, vel ex propria obligatio, vel tanquam hæres alterius: is ſi partem operis fecerit, vel fieri curauerit quæ incendio conſumpta ſit periculum merito præſtat, quia donec opus præſtiterit abſolutum ſuæ non ſatisfacit obligationi.

180 Sexto pugnare videtur c. ſuam de pœnis cum legibus Cæſareis: ſed non pugnat: ſiquidem ex viſceribus iuris Cęſarei ſumptus videtur, id eſt ex l. Celſus ff. de arbitris, vt docet Ripa in §.Cato numero 68. vt ego alias latè diſſerui.

181 Plura de ſtipulationibus diuiduis, uel indiuiduis qui ſcire cupit præter Cabalini, qui circumfertur tractatum adeat Ant.Gomez. tit. de diuid. & indiuid. Connanum

C

lib.6.c.2. Gregorium Tholozanum Syntagm.li.5.c.3.& noui ac ueteres interpretes in §.Cato, & in l. ſtipulationes non diuiduntur, videri poterunt.

CAPVT LXIII.

Vtrum Auth. Hoc niſi C. de ſolut. locum habeat in debitore qui iurauit.

NOn habere locum eam Cæſaris conſtitutionem, cuius ſummariũ habetur in auth. Hoc niſi C.de ſolu.in debitore qui iuramento obſtrictus ſit, authores ſunt multi: Gozadin.conſ.12.nu.9. Brunus de ceſſione bonor.q.34.& alij vt per Seraſinum de priuileg.iuramenti Priuil.84.nu.207. Fundamentum eſt, quia iuramentum obligat præciſe ad factum: glo.in l.ſi pecuniam verſ.quia iurati. de cond.ob cauſ.

D

Sed contrarium docuerunt Rota Bononien.deciſ.28. & Ioſephus. Lud.deciſ. Peruſin.64. parte 2.qui alios citat, nouiſſimè Hondedeus conſ.18.num.39.& ſeq. lib.1. quib. & ego aſſentior. Nam etſi iuramẽtum præciſe obliget factum, id tamen intelligitur, quando id ſeruari poteſt, ſecus ſi non poſſit ſeruari: tunc enim per æquipollẽs ei ſatisfit c.ex literis 2. vbi gloſſ. & Abb. de ſponſalibus. Berous conſ.137.nu. 5. & nume.14. libr.1. nec enim iuramẽtum referri poteſt ad impoſſibile: Rimi. Iun. conſilio 268.nu.47.lib.3. ſic etſi controuerſia eſt, an debitor qui iurauit, obijcere valeat compenſationem, in debitore tamen in paupere compenſatio facile admittitur Pariſius conſ.121.nu.41.lib.1. Grat.conſ.121.nu 4.libr.1. Afflict. deciſ.163.nu.3.& 4. Gabriel.ti.de iureiu.concl.7.nu.11. Cum igitur conſtitutio iſta ſupponat, debitorem ſatisfacere non poſſe in pecunia, non video quo pacto cogi præciſe poſſit, propter iuramentum. His tollitur fundamentum contrariæ opinionis, quia iuramentum obligare præ

ciſe

ciſe ad factum tunc intelligitur, quando id fieri poteſt A alias ſecus, Crau. conſ. 12. nu. 1. Gabriel comm. concl. tit. de iureiur. concl. 8. in fine.

CAPVT LXIV.

Singularis quædam obſeruatio, de fideiuſſore adhibito in contractu cenſuali.

SOlent, qui emunt annuos cẽſus, pro cautione, præter rẽ, in qua cenſus fundatur, & obligationem venditionis, accipere fideiuſſorem, qui ſe obliget principaliter & in ſolidum pro ſolutione annui cenſus, Sciant nullius eſſe momendi eiuſmodi obligationem fideiuſſoris, vti principalis & inſolidum, licet ualere poſſit, vt acceſſoria obligationis, principali obligationi accedens, in qua locum non habet impedimentum, quod ſubijciam, quapropter fideiuſſor obligatus vti principalis & inſolidum B conueniri non poterit, niſi facta excuſſione principalis debitoris, & prout regulariter fideiuſſor conueniri poteſt, iux. not. in auth. Præſente G. de fideiuſſo. Ratio ſuperioris dicti poſita eſt in conſtitutione Pii V. ſuper annuis cenſibus; Illa enim, vt omnibus notum eſt, requirit, vt ſuper certa re fundetur cenſus, im mobili &c. ergo fideiuſſor qui principalis eſſe vult, ſeque vti principalem in ſolidum obligare, debet & ipſe fundum aliamve rem idoneam ſupponere, ſi non ſuppponit, non poteſt obligari, vt principalis, licet maximè velit, quia conſtitutio illa id vetat, ita latè deducit Ioan. Petrus Surdus conſi. 318. lib. 3. huic doctrinæ locum eſſe non puto, cum in inſtrumento, fideiuſſoriȩ obligationis adeſt clauſula, omni meliori modo, cum iuramento & renunciationibus, beneficijs competentibus. Poteſt renunciari per fideiuſſorẽ ſimplicem beneficio excuſſionis, & clauſula omni meliori modo operatur, vt ſi non ualet obligatio eo modo quo facta fuit, valeat eo modo quo poteſt valere; & ſic C operabitur, vt ſi non poteſt fideiuſſor conueniri, vt principalis & correus, poterit conueniri vt fideiuſſor. Renunciatio autem iurata operabitur, vt licet fideiuſſor ſit, non tamen habeat beneficium excuſſionis, quia ei renunciauit. Vide Natt. conſi. 426. nu. 21. Crau. conſ. 293. num. 6. Teſſaur. deciſ. 166. n. 4. de clauſula autem illa, plena ſunt omnium ſcripta. Bald. in l. Vinum ff. ſi cer. pet. idem Surdus conſ. 333. nu. 13. & 305. nu. 49. li. 3.

CAPVT LXV.

Ad l. Vſura C. de Vſuris.

BArtolus ita dicit. Quod dicitur, vſuras non debere excedere duplum, intelligitur de vſuris vnius anni. Idem ſcribit Paul., Caſtr. Bal. vero ſic. Computatio vſurarũ fit in fine cuiuslibet anni. Salic. ita, licet plu D res prȩſtationes vſurarũ per plures annos factæ in vnum collectæ excedant duplum veræ ſortis, non propterea iudicantur illegitimæ, quia non coacervatio, ſed ſingulorum annorum præſtatio debet conſiderari.

Senſus eſt ſecundum Surdum conſilio 305. tunc vſuras excedere duplum, & conſequenter non deberi, cum excedunt ſortem habito reſpectu ad unum annum. Vtputa creditor centum dedit, ſi vno anno recipiat vltra centum pro vſuris dicitur excedere duplum, quo nihil eſt abſurdius. Qui. n. fieri poterit a quouis immani creditore, ut tantum uſurarum nomine vnius anni exigat, quantum ſors ipſa debita valet? Centum pro centum? Niſi illos fefellerit vſura centeſima, quȩ eſt duodecim pro centum: ipſi autem putarunt, centum eſſe pro centum, de quo errore alias dixi. Sed & in hæc interpretatio repugnat verbis literȩ, quæ ſic habent. *Vſura per tempora ſoluta non proficiunt reo ad dupli computationem: Tunc enim vltra ſortis ſummam vſuræ exiguntur, quoties tempore ſolutionis ſumma vſurarum excedit eam computationem.* Quis nõ videt ſenſum eſſe manifeſtum, quem Budæus in notis ad Pand. in l. 1. ff. ad l. Iul. Maieſta. Alciat. libro primo. Patergon, cap. 33. Duaren ad tit. C. de uſuris, c. 3. indicat: ut uidelicet vſurarum ſolutiones, quæ fiunt per partes diuerſa tempora, non coacervẽtur, nec duplum computentur? Igitur lex quæ vetat ultra duplum vſuras exigi, intelligenda eſt cum tempore ſolutionis ſumma, quæ exigitur excedit eam computationem, vt bene iſti docent.

At inquit Surdus loco annotato, eſt eadem ratio tam reſpectu vſurarum ſolutarum, quàm ſoluendarum; ergo idem ius. Concedo, & idcirco abrogata eſt hæc lex, vt patet, &c. Nouella 121, ut ibi notat Cuiac. & ante eum Alciat loco ſupra citato, quȩ ſunt notatu digna pro Antonini legis vera cognitione.

CAPVT LXVI.

De omittente ſcienter ponere in inuentario omnia bona defuncti, & de legitimato per reſcriptum, an excludat ſubſtitutum: & ad cap. l. 1. lib. 9. & ad cap. 36. lib. 3.

DIxi de his alias: Addo pro confirmatione opinionis meæ, quod is qui ſcienter omiſit aliqua in inuentario apponere, amittat beneficium inuentarii: quæ latiſſimè diſputant Hondedeus conſ. 34. lib. 1. & Turretus conſ. 47. lib. 1.

Quod attinet ad legitimatum per reſcriptum, an excludat ſubſtitutum, vide nouiſſimè & adde doctiſſ. Laderchium conſ. 23. Dixi lib. 9. c. 51. in quæſtione illa diſtinguendum eſſe inter deportatum & relegatum. Pro qua diſtinctione addusi Cuiacium: Reperi tex. expreſſè ita diſtinguentem in l. cum ratio, §. vlt. de bonis damnat. Circa c. 36. lib. 3. adde Petrum de Ledeſma tract. de matrimonio in add. ad 3. partem, q. 47. art. 5. verſ. eſt ſecundum dubium.

CAPVT LXVII.

Conſenſus Pontificis Maximi in alienationibus rerum eccleſiaſticarum neceſſarius, an præſumendus ſit interceſſiſſe ſpatio triginta vel quadraginta annorum.

SEmper reſpondi, & non ſemel iudicaui ſpatio longiſſ. temporis triginta uel quadraginta annorum nõ eſſe præſumendum Summi Pontificis conſenſum, qui de iure eſt adhibẽdus in alienatione rerum eccleſiaſticarum, iuxta Pauli 2. conſtitutionem. Extrau. ambitioſæ, de rebus eccleſ. non alienan. & alias recentiores conſtitutiones; quia facta non præſumuntur, ſed probanda ſunt, ſecundum regulas uulgatas. Et quia ſolemnitas extrinſeca non præſumitur, ſed probanda eſt l. quæcunque, §. vltimo, de publicia. Et denique quia ſummus Pontifex non præſumitur notitiam habere harum alienationum quæ fiunt in partibus remotis? Approbatio autem & confirmatio notitiam præſupponũt, ut omnes norunt: cum ignorans non poſſit dici conſentire, & ita docuerunt Alexand. conſ. 9. num. 7. lib. 3. Afflict. deciſ. 107. Felyn. in c. ſicut, nu. 33. de re iud. Soc. iun. conſ. 5. & 6. nu. 24. lib. 2. cum plurimis aliis nouiſſimè adductis per Menoch. de præſump. lib. 3. præſump. 132. nu 70. 71. & ſeq.

Sed nouiſſimè opponebatur Hiero. Gabriel. conſ. 85. nu. 31. 32. lib. 2. ubi poſt Aret. Dec. Iaſ. Grat. ſcribit præſumi etiam conſenſum Papæ ex lapſu 30. annor. propter cõmunem illam concluſionem, quæ docet ſolẽnitatem extrin-

extrinſecam præſumi ex lapſu temporis.cap.peruenit de empt.& ven. Nec refert,inquit, quod conſenſus nõ poſſit conſiderari ſine ſcientia, quia ſicut præſumitur conſenſus, ita per neceſſarium antecedens præſumitur ſcientia: ſiquidem ſcientia inducitur ex poſtulatione gratiæ, ſi in euidentem, & eius impetratione: quæ cum neceſſaria ſit, ad actũ præſumitur impetrata, quia facile cõceditur,

Sed hęc iure nõ probantur, nec iuris regulis ſunt conſentanea: Fateor ſciẽtiam induci ex poſtulatione gratiæ. Sed quomodo probatur iſthæc gratiæ poſtulatio? Facile conceditur ſi in euidentem. Facile concedo, ſed facta nõ præſumo: At ſolemnitates extrinſecæ præſumuntur ex lapſu triginta annorum.c.peruenit de empt. & vend. Fateor, data ſcientia, ſicut ibi; mulier enim conſenſum præſtiterat: debuit iterum conſentire, ius præſumit ſecundũ hunc conſenſum; quia poſt primum interpoſitum, paſſa eſt emptorem 30.annos poſſidere. Scientia & patientia inducit nouum conſenſum. Vbi ſcientia ceſſat, non poteſt induci conſenſus.l.mater.de inoff.teſta. cum vulgaribus alijs textibus. Si tollas tex.d.c.peruenit, vix habet fundamẽtum in quo conſiſtat illud axioma, ſolemnitas extrinſeca lapſu triginta annorum præſumitur, in re grani & præiudicium inferente.

CAPVT LXVIII.

De emphyteuta, an poſſit donare irrequiſito domino.

DIxi non poſſe, lib.5.cap.97. & confirmaui meam ſententiam; refutaui contrariam lib.6. cap.98. Nunc addo quæ pro eadem ſententia inueni apud doctiſſimum Laderchium conſil.16. Et mirum eſt, inquit, quomodo doctores tam ſupinè errauerint hac in re; qui ideo putant, non oportere denunciare, quia ceſſat arbitrium offerendi, quaſi uero Imper. in ea lege adigat emphyteutas, ut interrogent dominos, an ſibi donari velint, non etiam vt diligenter conditionem nominati emphyteutæ explorent. Certum ſit itaque, neceſſario præcedere debere interpellationem in quacunque alienatione, quidquid male ſcripſerint multi in d.l.& Aret. conſ.41. Id enim tam apertè exprimitur in dicta conſtitutione, vt nihil apertius. Tertio ex his conſulitur domino ipſi, ne cogatur litigare de canone cum ſecundo emphyteuta, nec de laudatiuo: ille enim non aliter conſentiet alienationi, quàm ſoluta quinquageſima, & re à ſecundo emphyteuta in emphyteuſin accepta: alioqui actio perſonalis, quæ primum conſtringebat, ſecundum non teneret: & ita dominus tam quoad canonis obligationem, quam quoad cæteras quæ inſtrumento comprehenſæ eſſent, periclitaretur: ut tradunt omnes poſt Bar. in d. l.fi.& Aret. in d.conſ.41. & paſſim.

Huic rei ut doctores occurrant, nam & ipſi magnum domini periculũ hac in re verſari fatentur, dicunt, quod non inducetur acquiſitor in poſſeſſionem poſt contractum, niſi prius denuncietur domino. Fulgoſ.d.l.fin. vbi & Salic.nu.5.& Iaſon, nu.69. Imola in l.ſi domus.§.fin. de leg.1. Anan. in cap.potuit, num.5. de locato: & eſt de mente omnium qui exigunt traditionem rei, ut locus ſit pœnæ d.l.fi. Sed profecto hoc non facile admitti debet. Nam denunciatio hæc ſecunda nunquam poterit extorqueri ex verbis dictæ conſtitutionis, in qua Imper. ſub eadem clauſula definit, denunciari debere domino venditionem meliorationum, & iuris tranſlationem: & inde in ver. neceſſitatem compellit eum, conſentire venditioni, aut tranſlationi: Mox in verſic. ſin autem nouum; lapſis duobus menſibus, concedit emphyteutæ, vt vel uendat, vel transferat, ſemper autem agit Iuſtinianus de eadem denunciatione, quæ præcedit, non quæ ſubſequitur contractum. Præterea fragile eſt remedium hoc doctorum, & domini rationes conturbari poterunt. Namque poſt ipſam puta venditionem, ſoA luto precio ſtatim nouus emptor, authoritate ſua rem inuadet: quod per iuris diſpoſitionem, ſecundum multos, ei permiſſum eſt Abb. Imol. Caſtrenſ. in l.ſi ex ſtipulatione de acquir. poſſ. Angel. in l.eum qui de fur. quod tamen plerique alij in d.l.ſi ex ſtipulatione negant: vel ſaltem ob clauſulam vſitatam; ſcilicet dedit, & uendidit; in qua re omnes conſentiunt. Alber. in d.l.ſi ex ſtipul. ubi & Comen. nu.2.& Iaſ. nu.4. Bald. in l. nec ex vera nu. 4. C.de acqui. poſſeſſ. quæ tamen clauſula venditorem non facit incidere pœnam, vt per Aret. d conſ.21. vel præcedenti titulo nixus iniuſtè etiam occupabit. Quod ſi euenerit, quomodo conſuletur domino? Non poterit agere contra emphyteutam, qui non inducit in poſſeſſionem, quique omni dolo carere poteſt: nouus autem poſſeſſor non facile poterit dejci; quia omnes difficultates occurrent, quas doct. ipſi conſiderant, vbi poſſeſſio a venditore tradita eſſet.

Plana ergo & facilis via eſt, quæ ab ipſo Iuſtin. com-
B monſtrata eſt: vt denunciatio ipſa omnem alienationis contractum præcedat: quæ niſi hæc obſeruata ſint, emphyteuta iure ſuo decidet; vt in poſtrema parte eius conſtitutionis diſertè expreſſum eſt. Et cautelæ illæ quæ adhiberi ſolent, obtenta licentia, & non aliter, ac ſimiles, parum ponderis habent, & repugnant verbis apertiſſimis dictæ conſtitutionis: ſin autem, inquit Imperator, fuerit verſatus, iure emphyteutico cadat, & hæc mea declaratio eſt tam vera, quam quæ veriſſima: ſed quorundam doctorum magni nominis authoritate communita eſt, qui quod ad hanc rem attinet, dictã conſtitutionẽ rectè intellexerunt. Cynus ibi ad finem, qui, inquit, etiam in donatione debere præcedere denunciationem, quia lex vult vt ſecundus approbetur a domino, non ab emphyteuta; quod Iuſtin. ipſe explicauit illis uerbis, nõ contradicere, ſed nouum. Hoc etiam tradit Alberic. ibidem nu. 2. dum ait non ceſſare rationem requirendi conſenſus in donatione. Ita etiam voluit Butr. in d. cap. potuit
C nu.14. qui in ea quæſtione, an emphyteuta donare poſſit, ita commodè opiniones conciliat, vt ſi agatur de denunnunciatione, an dominus ſibi donari velit; ea non ſit neceſſaria; ſi vt conſentiat, ſecus: idem probat Imola ſub nu.11. qui & Zabarell. ibi n.12. ita ſenſiſſe putat: quin & Iaſon ipſe in d.l.fi. nu.66. qui particulas dictæ legis accõmodat donationi, exigit, vt dominus ab initio interpelletur, vt cognoſcat an idoneus ſit donatarius: mirumque in modum in ſua interpretatione ſibi placet: & num.67. & 69. concludit, hoc eſſe ex mente omnium doctorum, quamuis paulo infra in verſ. bene; parum memor, aut potius imprudenter exigat denunciationem poſt ipſum cõtractum, antequam tradatur poſſeſſio. Hactenus ille.

CAPVT LXIX.

Ius accreſcendi an tranſeat in emptorem.

D QVęritur vtrũ ius accreſcendi tranſeat ad emptorẽ, vel venditorem hæreditatis. In qua quidem quęſtione variæ ſunt DD. ſententiæ, quas ordine referam, & poſt amplectar quæ mihi uerior videbitur.

Prima eſt opinio Bar. in l.re cõiunctis in 5.q.p.q. princ. de leg.3. quæ communis fuit vſq; ad tempora Decij, ut teſtatur ipſe in l.vni in ult.nota. C. quando non pet.par. Ius accreſcendi tranſire ad emptorem.

Primo per text. in l.2. in princ.ff.de hær. vel act. vend. vbi dicitur emptorem hæreditatis non minus iuris habere, quam ipſe hæres habiturus eſſet. Sed vt animaduertit Rim. Iun. in d.l. vni. nu. 139.& ſeq. loquitur ille tex. reſpectu partis venditæ, quod ex eo patet, quia d.l. ibi quærit an venditor teneatur cauere de euictione, quod neceſſario intelligitur reſpectu partis venditæ.

Secundo per tex. in d.l. 2.§.illud a contrario ſenſu; dũ enim ibi dicitur, vendita hæreditate paterna, non cenſeri ven-

ri venditam hæreditatem pupilli, quoniam alia hæreditas eſt; Inferri poſſe videtur in propoſito noſtro, vendita parte hæreditatis, comprehendi in venditione aliam partem quę per ius accreſcendi aduenit, cum eadem ſit hæreditas & non diuerſa. Sed reſponderi poteſt ſatis diuerſam eſſe ab illa parte quæ vendita eſt, cum ad venditorem nõ pertinuerit tempore venditionis, & conſequẽter actum videri non poſſit inter contrahentes, de huiuſmodi partis venditione.

Tertio adducitur tex. in d. l. 2. §. ſicuti; vbi dicitur, omne lucrum ad emptorem pertinere. Sed tollitur facillimè, quia debet intelligi de lucro proueniente ex portione vendita.

Quarto inducitur tex. in d. l. 2. §. cum quis; dum ibi dicitur, emptorem ſubſtinere vicem hæredis. Sed rectè occurrit Rim. iun. in d. l. vni. num. 135. quia tex. ibi non dicit abſolutè vicem hæredis ſuſtinere, verum reſpectiuè tantum, quantum, ſcilicet, ad hunc effectum, vt ipſi venditori ſatisfaciat.

Quinto adducitur tex. in l. ſentio ff. de vſufr. vbi dicitur ius accreſcendi naturam alluuionis imitari, & ideo portionem ſequi, non perſonam: at portio vendita eſt apud emptorem, ergo portio deficiens illam ſequitur, & emptoris lucro cedit, ſicut & alluuio l. id quod ff. de peti. & cõm. rei vend. ſed facile reſpondetur, ſequi naturam alluuionis iſtud ius accreſcendi, hoc modo, vt excepto vſufructu, portio deficiens accreſcat perſonæ quæ ſuam portionem agnouerit, non autem perſonæ ſimpliciter, nec portioni ſimpliciter, ſed perſonæ coniunctæ, quæ ſuã portionem acceptauerit; qualis certè emptor non eſt: etſi enim habeat portionem emptam, non tamen eſt perſona coniuncta cui propterea deficiens portio accreſcere debeat ſecũdum mentem legis vel teſtatoris. Adde quod venditor videtur habere ſuam portionem vẽditam, cum habeat pretium l. ſi & rem & pretium. de pet. hær. l. quia qui pleno ff. de vſufru. non obſtat quod dicebat Polit. in repet. d. l. re coniuncti: iſtud non militare in hærede qui ſuam portionem donauit; omiſſa enim reſponſione Ripę ibi conſiderantis antidoralem obligationẽ contra quam obſtat tex. in l. ſed etſi lege §. conſuluit de pet. hær. vt bene deducit Rim. iun. vbi ſupra; uidetur reſpondendum eſſe in hærede donante per tex. in l. ſi pignore ff. de furt. quatenus ibi dicitur ſpeciem eſſe lucri, cum quis habet beneficij debitorem. Poſtremo pro hac ſententia adducitur tex. in l. ſi totum. ff. de acq. hær. in illis verbis, *quia rem habere videtur*: conſiderando id uerificari, etiam in uenditore, quia rem uendidit, & ſic rem non habet.

Sed iſtud nihil eſt; quoniam ut dixi, uerius eſt uideri rem habere propter pretium quod habet, & quia tex. in d. l. ſi totam: tollitur ex reſponſione Dec. Iaſ. & aliorum in d. l. un. ſub num. 20. quoniam loquitur de eo, qui tacitè rogatus fuit reſtituere incapaci, & propterea amiſit portionem ſuam: confiſcatur enim hoc in caſu l. ſi quilibet ff. de his quib. ut indig. l. ex facto §. ſulius ff. de vulg. me rito eſt perinde ac ſi non fuiſſet hęres inſtitutus: & abſurdum eſſet, vt qui ob delictum ſuam partem amittit, aliatenus partem lucrifaciat, argumento l. itaque falſo. ff. de fur. Igitur hæc ſententia Bart. mihi non ſatisfacit.

Minus ſatisfacit ſententia Dec. in d. l. uni. in ult. not. portione accreſcere uenditori, ſed obligatum eſſe, eam reſtituere emptori, quod & Alc. docuit lib. 4. parad. c. 9. & quidam alij. Namq; mouentur primum ex d. l. 1. §. non tantum ff. de hæred. & act. uend. ſecundo ex l. hæredem ff. mandati. Tertio ex doctrina Bart. in l. qui hæredi §. cũ hæreditas in fin ff. de cond. & dem. Sed quod attinet ad tex. in d. §. non tantum, loquitur de eo quod peruenit ad venditorem ex hæreditate uendita, non autem aliunde Quod uero attinet ad tex. in d. l. hæredem: uenditor ibi actionẽ mandati merito cedit emptori hæreditatis, quoniam emptor eſt qui debet ſoluere id quod creditoribus ſolutum fuit. Ad doctrinam Bart. reſpondeo, id quod datum eſt hæredi cauſa conditionis implendæ, meritò ſpe-

A ctare ad emptorem hæreditatis, cum immediatè proueniat ex ipſa hæreditate, Alia diſtinctione vtitur Ripa in d. l. re coniuncti nu. 100. & apolog. in d. l. vni. num. 24. aut quis vẽdidit partem ſuam hæreditatis ſimpliciter, & tũc portio accreſcit venditori, aut vendidit cum omnibus iuribus ad eam ſpectantibus, & ad ipſum venditorem occaſione illius rei, & tunc accreſcit emptori, ex doctrina Bar. in l. ſi pro te §. ult. ff. de euict. ſed quod attinet ad vltimum hoc membrũ diſtinctionis, res videtur ſatis perſpicua, niſi obſtaret illud quod infra dicam. Quod vero attinet ad primum mẽbrum diſtinctionis, veritas illius pendet ex iis quæ ſtatim ſubiiciam.

Communior igitur ſententia eſt, ius accreſcendi tranſire ad venditorem, vt teſtantur Rimi. iun. in d. l. vni. nu. 93. & ego alias dixi lib. 5. contro. iur. cap. 101. Sed illius argumenta facile euitari poſſint.

Primo enim adducitur tex. in d. l. ex facto §. Iulius ff. de vulg. vbi is qui amiſit ſuam portionem, nihilominus B conſequitur alterius portionem ex ſubſtitutione: ius autem accreſcendi eſt quædam tacita ſubſtitutio l. ſi Titio §. 1. de leg. 2. Sed reſpõderi poteſt, in ſubſtitutione aliud eſſe, quia perſonam reſpicit, non autem portionem.

Secundo adducitur pro hac ſententia illa ratio, quod venditor repræſentat perſonã defuncti, & directas actiones habet l. 2. C. de hær. vel act. & vend. quę ratio nihil mouet; quia poteſt dici etiam emptorem habere vtiles actiones, & ex perſona venditoris repræſentare perſonã defuncti: quia ſubrogatum ſapit naturam eius, in cuius locũ ſubrogatur l. ſi eũ, §. qui iniuriarum, ff. ſi quis caut.

Tertio adducitur, quia ceſſante ratione legis, ceſſat lex, l. adigere, §. quamuis, de iure patr. Sed ratio legis quæ induxit ius accreſcendi ceſſat in emptore, cum ipſe nequaquam ſit coniunctus, ex qua coniunctione oritur ius accreſcendi, l. uni §. vbi autem, C. de cad. tol. l. re coniuncti. de leg. 3. Nam reſpondetur, non venire emptorẽ ex perſona ſua, ſed ex perſona venditoris, qui cõiunctus eſt.

C Quarto affertur ratio, quia in emptorem hæreditatis non tranſeunt actiones, quę non erant tempore venditionis l. hęredem, ff. mandati. Sed tollitur hæc ratio, quia poteſt dici ad portionem deficientem ius cõpetiiſſe tempore venditionis; quoniam retrotrahitur repudiatio facta ad diẽ mortis teſtatoris l. 1. §. vtrum, ff. ſi quid in fraud. patr. l. ſi tibi homo, §. cum ſeruus de leg. 1. tex. notabilis à contrario ſenſu in l. hæres quandocunque ff. de acq. hær.

Quinto affertur tex. in l. Papinianus, ff. ad Treb quatenus. ibi deciditur, portionẽ accreſcere fideicommiſſario; quia hæres grauatus fuit coactus adire, videtur enim dicendum à contrario ſenſu, non accreſcere fideicommiſſario, ſed ipſi hæredi grauato, ſi ſponte adierit. Sed aliud eſt in hærede grauato, aliud in venditore, quia apud hęredem grauatum remanet quarta pars ex Trebelliano §. reſtituta in Inſtit. de fideic. hæred. quæ merito ad ſe trahit partem deficientem.

Sexto adducitur tex. in l. ſi in teſtamento, ff. de vulg. D & ibi Bart. vbi dicit ius accreſcendi immediatè ex legę induci, & ex uoluntate quadam teſtatoris tacita; quæ quidem voluntas teſtatoris, aut legis diſpoſitio, nequaquam militare videtur in emptore hæreditatis, ſed tantũ in venditore. Sed reſponderi poteſt, id quidem verum eſſe ſimpliciter, conſiderando perſonam emptoris; ſecus autem conſiderando eam quatenus in locum venditoris ſuccedit.

Poſtremò adducitur iſta ratio: inter ſuccedentes diuerſo iure, non habet locum ius accreſcendi l. ſed cũ patrono de bon. poſſ. ſed emptor ſuccedit diuerſo iure ab eo cuius portio deficit, ut patet ergo &c. Reſponderi enim pot, ſuccedere eodem iure, conſiderando perſonam venditoris in cuius locum ſucceſſit emptor, quod ſatis eſt vt dicatur eodem iure ſuccedere, cum & ipſum accreſcendi ius trãſmittatur ad hæredem l. ſi ex pluribus ff. de ſuis & legit. qui quidem hęres diuerſo iure ſuccedit, ut patet.

Sed licet hęc argumenta refutari poſſint, mihi tamen

magis

magis placet communior ſententia pro qua confirmanda. Primo facit doctrina Bartol. in d. l. ſi a te. §. vlt. ff. de euict. quam adducit Ripa in d. l. re commenti, nu. 100. ſcilicet ad emptorem non tranſire ius proueniens occaſione rei venditæ, niſi expreſsè dicatur; nam iſtud ius accreſcendi prouenit occaſione rei, & ipſi venditori tanquam coniunctio acquiratur. Ergo non tranſit in emptorem, niſi fuerit dictum.

Secundo, quia cum quæritur quid veniat in venditione hæreditatis, inſpicitur primò quod actum eſt inter contrahentes, etſi hoc non appareat, attenditur tempus venditionis factæ l. 2. §. 1. ff. de hæred. & actio. vendit. ſed tempore venditionis factæ portio nondum defecerat, ergo non poteſt videri in venditione comprehenſa. Non obſtat ſi dicatur, imo portionem defeciſſe eo tempore, propter retrotractionem: quia iſtud venditor diuinare non poterat, nec emptor; ignorabant enim contrahentes, an cohæres repudiaturus eſſet ſuam portionem. Quam obrem contractus non extenditur ad ignorata, nec poteſt videri venditor ceſſiſſe ius emptori, quod ignorabat ſibi competere l. mater. ff. de inoff. teſt.

Tertio, quia in dubio, nunquam intelligitur venditum ius futurum, ſed tantummodo quod de præſenti competit, vt notat Bart. in l. 3. circa fi. C. de pact.

Quarto, quoniam venditor hæreditatis ipſam hæreditatem poſſidere dicitur l. 4. §. vlt. ff. ſi quis om. cau. teſt. Ergo nihil prohibet, quo minus portio ipſi accreſcat; cum nô obſtante venditione dicatur adhuc habere ſuam portionem.

Quinto, quia negari non poteſt, quin hęc res ſit dubia: in dubio autem fit interpretatio contra emptorem circa acceſſiones rei venditæ. l. ſi in emptione, ff. de contrah. empt. quamuis vbi quęſtio oritur ambigua circa rem ipſam venditam, interpretatio fiat contra venditorem, l. Labeo. l. cum de lege. ff. eo. tit.

Sextò, nam conſideranda eſt natura venditionis hoc in caſu, quæ facta eſt de portione certa hęreditatis, & certo pretio; Vnde iniquum videtur, vt emptor aliam portionem conſequatur, minimè venditam, nullo pretio ſoluto: ſemper autê illa facienda eſt interpretatio in dubio, per quam abſurditas & iniuſtitia euitari poteſt, l. nã abſurdũ, de bon. liber. & illa quæ neutri partium eſt captioſa, latè Menoch. de arbit. iud. caſu. 159.

Septimò conſiderandum eſt, iuris accreſcendi naturã & proprietatem, non iſtam eſſe, vt portio ſequatur portionem abſolutè, ſed vt ſequatur portionem perſonę coniunctæ; ſic enim loquitur l. ſi Titio. ff. de vſufr. cum igitur venditor ſit perſona illa coniuncta; emptor autê minimè iuſtius eſt vt portio venditori accreſcat, nô autem emptori.

Vltimo, ego puto attentari poſſe & hanc concluſionẽ rectè defendi, quod portio proueniens ex iure accreſcendi antequam deficeret, nô poſſit vendi vel donari, etiam expreſsè, quia non ualet pactum de hæreditate viuentis cum ſit côtra bonos mores. l. vlt. C. de pact. & dicitur eſſe improbus, qui eſt ſolicitus de hæreditate viuentis, l. quidam. §. 1. ff. de donat. & hoc procedit etiam ante ius quæſitum viuenti. l. 2. §. interdum, ff. de vulgar. nemo igitur præſumitur facere voluiſſe, id quod iuſte facere non poteſt. l. merito. ff. pro ſocio.

Nô obſtat ſi dicatur vendi poſſe ius ſubſtitutionis pupillaris: etiam viuête pupillo. l. 2. §. illud. ff. de hęr. & act. vend. quia reſponderi poteſt in illo tex. abundare dictionem maximè, vt notat ibi gl. uel illud eſſe ſpecialiter conſtitutum in pupillari ſubſtitutione, quia eſt ſequela hęreditatis paternæ, ut notat Dec. ĩ l. ult. n. 21. C. de pact. quæ quidem ratio ſpecialitatis non militat in propoſito noſtro, cum nullo iure probari poſſit, vnam partem hæreditatis, alterius partis ſequelã eſſe, & acceſſoriam, partes. n. accedunt toti, & illud ſequuntur. l. malum. de uerb. ſign. non autem una alteri parti accedere dicatur. Nô obſtat ſi dicatur vnam partem accedere alteri per ius accreſcendi; A quia iſtud eſt verum, poſtea quam defecit, non autem ante; ſed in caſu noſtro pars deficiens non conſideratur poſtquam defecit, ſed antequam deficiat; quia tempore venditionis nondum defecit.

Quæ omnia his addenda erunt quæ alias ſcripſi de hac eadem quæſtione.

CAPVT. LXX.

An in præteritione paterna filij in poteſtate, locum habeat Auth. Ex cauſa. C. de lib. præter. & in corpore vnde ſumitur.

TRactaui alias hanc quæſtionem; ſed nunc plenius iuuat retractare. Communis eſt ſententia locum habere etiam in præteritione paterna vt teſtantur in d. Auth. ex cauſa, C. de lib. præter. Cagn. n. 14. Bologn. num. 27.

B Primò ex §. aliud quoque capitulum in Auth. vt cum de app. cogn. verſ. ſin autem. hæc obſeruata non fuerint: conſiderando verbum *exhæredans* quod eſt ibi poſitum, largè continere præteritionem l. ſi patronus. de bonis libert. l. non putauit §. Non quęuis de bono. poſſ. contra tab. Reſpondet Bologn. ubi ſupra nu. 24. id nô eſſe verũ, quia hoc modo præteritio eſſet ſpecies exhæredationis, at id ſtare non poteſt: quia ſpecies eſt in genere ſuo l. ſi quid earum §. inter emptum de leg. 3. Sed præteritio excludit exhæredationem, tantum abeſt vt in exhæredatione inſit, tanquam in ſuo genere §. eadem inſt. de hæred. quæ ab inteſt. Ad textus adductos reſpondet, non probare: quia dicunt præteritionem haberi pro exhæredatione. Aliud eſt eſſe tale, aliud haberi pro tali: glo. in l. mercis, de verb. ſig.

Secundum arg. eſt, quia ratio conſtitutionis locum habet etiam in præteritione paterna. Illa eſt ratio: ne *filij falſis accuſationibus damnentur* verſ. ſine autem hæc obſeruata non fuerint. C Hæc ratio locum habet etiã in pręteritione paterna: ergo fit extenſio etiam in correctoriis, cum ratio ſit expreſſa in lege corrigente Iaſ. in Authen. quas actiones nu. 22. C. de ſacroſanct. eccle. Ripa in l. ſi conſtante nu. 66. ſol. matr. Reſpondet Cagnol. ubi ſupra nu. 14. extenſionem non poſſe fieri quando lex eſt correctoria, & pęnalis ſimul, Decio c. translato num. 3. in 1. lect. de conſtit. Iaſon d. Authen. quas actiones num. 22. Quod ſit pęnalis videtur probari ex §. ſin autem hæc omnia non fuerint obſeruata ibi. *Et hæc quidem exhæredationis & præteritionis ſit pœna.*

Tertium argum. ſumitur ex §. ſin autem hæc omnia, vbi dicit Imperator, ipſi intentionẽ eſſe iniuriam exhæredationis & præteritionis auferre. Reſpon. verbum præteritionis referri ad lineam maternam; exhæredationis autem verbum ad lineam paternam: glo. in eadem Nouella in §. ſancimus in ver. præterit.

Quartum arg. eſt ex initio dictæ conſtitutionis, quod D eſt generale: ideo licet referat poſtea caſum ſpecialẽ, nihilominus generaliter tex eſt accipienda l. regula §. & licet. de iu. & fa. ig. Reſpondet Cagnol. nu. 24. initium conſtitutionis non eſſe generale; quia verbum præteritionis refertur ad lineam maternam, vt ſupra dictum eſt.

Quintum argum. eſt, loquitur hæc conſtitutio de filio exhæredato ſine iuſta cauſa; & ita inter omnes conuenit. Sed huiuſmodi exhæredatio, eſt præteritio. l. non putauit §. non quęuis. de bono. poſſeſſ. contra tab. §. eadem inſt. de hæred. quæ ab inteſt. ergo loquitur etiam de præteritione. Reſpondetur negando minorem: quia tex. allegati loquuntur de exhæredatione non ritè facta idest, non ſolẽniter, ut conuenit fieri: Non autem loquitur de exhæredatione ſine cauſę inſertione; quia illa ſolemnitas cauſæ inferendæ, olim non erat neceſſaria, ſed hac conſtitutione inducta fuit.

Sexto pro hac ſentẽtia Cagno. adducit tex. in §. ſin autem hæc omnia. ubi tex. dicit ea quæ ſupra dicta ſunt eſſe

de

de exhæredatione & præteritione. Reſpond. loqui ibi de A præteritione patris, quæ pro exhæredatione habetur glo. in l.1. de inoff. teſtam.

Septimum argum. eſt Bologn. dicentis, conſtitutioné ſane non loqui de præteritione patris, ſed tamen ad eam extendi, quia ratio eſt in ea expreſſa, quæ conuenit etiam præteritioni: & in correctorijs fit extenſio, vbi ratio eſt in lege expreſſa, ut per Iaſ. in d. Auth. quas actiones nume. 22. ſed reſponderi poteſt ut ſupra, extenſionem non fieri ubi lex eſt correctoria & pęnalia ſimul.

Contrariam ſententiam amplexus eſt Fulgo. Oldrad. conſ. 138. & Bolog. dicit eſſe veriorem ubi ſupra, quia tex. loquitur de exhæredatis liberis ut patet ibi in §. ſi autē: *hæc nullum exhæredatis liberis fieri præiudicium*. Confirmari poteſt, quia verba ſtrictè ſunt accipiēda in materia odioſa, ſicut eſt exhæredatio c. Rodulphus de reſcrip. & ſic verbum exhæredatis ſtrictè videtur accipiēdum pro exhæredatione, nō autem pro præteritione. Rurſus quia Imperator hac conſtitutione voluit fauere filijs, ne circumſcriptionem patiantur: Sed ubi filius eſt præteritus non indiget fauore Imperatoris, quia tunc teſtamentum eſt nullum, & legata corruunt l. filio præterito. de iniuſto rupto teſta. & ideo potius in odium filij retorquetur hæc conſtitutio, ſi de præteritione paterna ſit accipienda, quia ſic filius præteritus legata præſtare tenetur, ego puto communem ſententiam eſſe probabdem.

Primo ex §. ſancimus d. conſtit. dum ait: *Non licere patri vel matri filium exhæredare, vel præterire*. Hæc verba ſunt clara, & verbum præterire refertur tam ad patrem quam ad matrem.

Secundo quia ſi nullum poteſt fieri præiudiciū exhæredatis vt habetur in §. ſi autem hæc, ergo nec præteritis: quia in tota illa conſtitutione æquiparantur exhæredatio & præteritio; ergo diſpoſitum in uno, locum habet etiam in alio gloſ. in l. ſi quis ſeruo, C. de furtis, etiam in materia correctoria Ripa in l. ſi cōſtāte nu. 69. ſol. matr.

Tertio quia ratio in lege expreſſa locum habet etiam in præteritione, ergo fit extenſio, etiam in materia correctoria Iaſ. d. Auth. quas actiones, nu. 52. & Ripa in d. l. ſi conſtante, nu. 72. Nec eſt verum, quod ſit correctoria & pœnalis ſimul ſicut loquitur glo. in clem. 2. de ætate & qual. in uer. Eiſdem. vnde ſumitur dicta limitatio: loquitur enim de pęna propriè quæ eſt coercitio delicti, ut per doct. in rub. de pœnis.

Quarto quia hæc opinio fauet teſtamento, vt, ſcilicet, valeat quantum ad alia, excepta inſtitutione, igitur eſt ſequenda in dubio l. ſi pars de inoff. teſta. Menoch. de præſump. li. 2. præſum. 71. nu. 30. Non ob. verbum exhæredatis, quia iam patet ex reſponſis. Non ob. præiudicium liberorum in ſoluendis legatis; quia Imp. non iam voluit liberis fauere, quàm teſtamento; ut ipſe declarat, licet ex eo iura antiqua remaneant correcta.

Nouiſſimè Anton. Faber de errorib. pragmaticorum Decade 20. errore 4. Scribit eam conſtitutionem loqui de teſtamentis, quæ reſcinduntur per querelam, & ideo non pertinere ad teſtamentum nullum, ex cauſa præteritionis, quia quod nullum eſt, reſcindi non poteſt. l. nam etſi. de iniuſto rup. irr. teſt. Nec obſtare verbum præteritionis, quo frequenter Imperator eſt vſus in illa conſtitutione, quia intelligitur de pręteritione, quę pro exhęredatione habetur. Reſpondeo dictam conſtitutionem loqui etiam de pręteritione, vt verba ipſa ſonant, conſequēter loqui etiam, vbi teſtamentū eſt nullum. Et quod verbū pręteritionis accipiatur pro ea, quæ uim habet exhæredationis, diuinationem continet. At præteritioni non conuenit illud quod de inſertione cauſæ dicitur. Reſpō. imo conuenire, quia ſi dicit, Filium meum pręterco abſque cauſa, vel quia me verberauit; eſt præteritio, & non exhæredatio, ut docet Bar. in d. Auth. ex cauſa nu. 10. C. de lib. præt.

CAPVT LXXI.

Legitimati per ſubſequens matrimonium, an excludant ſubſtitutum ſub conditione, ſi inſtitutus deceſſerit abſque filijs de legitimo matrimonio natis.

De hac quæſtione dixi li. 4. c. 54. poſtea plenius inueni tractatum a Peregrino de fideic. art. 24. nu. 14. nunc argumenta mihi ſoluenda eſſe uidētur, quibus nouiſſimè doctiſſimus Laderchius cōſ. 24. contra ſubſtitutum mouetur. His enim omnibus ſimul conrūctis, nihil aliud in hac quęſtione deſiderari poterit.

Primò is mouetur ex l. cum quis, in fi. C. de nat. lib. in illis uerbis. *Sed qui ex eiſdē matrimonijs procreati ſint, ſimili perfruantur fortuna. Ecce (inquit,) hic Imperator appellat hos legitimatos, procreatos ex matrimonio*; idem pro B batur in §. fin. de nupt. Sed certe illa uerba referuntur ad alios filios, qui poſt matrimonium nati ſunt; non autem ad eos qui ante: illa dictio *eiſdem* non includit natos ante, quaſi eadem ſint matrimonia & ijs & illis qui ante ſunt nati; neque enim poteſt eſſe matrimonium, reſpectu eorum qui ante ſunt nati: quia tunc non erat contractum, & text. paulo poſt eos appellat natos *ante dotem*: ſi ante dotem, igitur & ante matrimonium, quia illo iure abſque dotalibus inſtrumentis non erat. Si ante matrimonium ſunt nati, ergo non ex matrimonio: Non igitur merum commētum eſt, ſed ualde probabilis expoſitio. Vtitur autem Imperator phraſi qua uti ſolemus, cum ſemel fecimus mentionem alicuius rei, quaſi dicat ex *eiſdem* matrimonijs, id eſt, illis de quibus proximè facta eſt mentio, ex illis mę quæ ſecuta ſunt, poſtquam natus erat filius.

Secundo mouetur ex cap. tanta, qui filij ſint legitimi, coniungendo rubrum cum nigro, & illa uerba. *Poſt con-* C *tractum matrimonium legitimi habeātur*: denotant ueritatem ex doctrina Bart. in l. ſi is qui pro emptore, nu. 29. de uſucap. Reſp. ponderanda eſſe uerba illa, *Poſt contractum matrimonium*: ergò non ante: nec text. dicit retrotrahi, nec id iure probatur, pręſertim cum de tertij præiudicio agitur Alc. li. 5. Paradoxorum, c. 12. Peregr. d. ar. 24. num. 34.

Tertio mouetur uigore exæquationis factæ inter legitimè natos & hos legitimatos d. l. cum quis. C. de nat. lib. §. reliqui in auth. quib. mo. ad off. leg. Reſp. exæquationem, quæ fit iuris interpretatione, ceſſare, quando uerba requirunt ueritatem, & non fictionem l. ult. C. de his qui uen. æta. impet. & ita exęquatio locū habere poteſt in diſpoſitione legis: ſecus autem in diſpoſitione hominis, in qua ſonus uerborū attendi debet, ut in propoſito ex pluribus demonſtrat Peregr. d. art. 24 nu. 42.

Quarto adducit tex. in cap. cum in cunctis, & in c. Innotuit, cum ibi not. per doctores de elect. ubi admittitur D ad Epiſcopalem dignitatē legitimatus per ſubſequēs matrimonium, licet Pontifex Max. requirat, ut ſint nati de legitimo matrimonio. Monſtrum igitur eſſet, non haberi pro legitimo, quantum ad actus ſæculares, qui pro legitimo habetur, quantum ad dignitates eccleſiaſticas, ut inquit tex. in c. per uenerabilem, qui filij ſint legiti. Reſp. omiſſis aliorum reſponſionibus text. allegatos non dicere, quod legitimati per ſubſequens matrimonium admittantur ad Epiſcopatus: ſed eſt gloſ. quæ hoc dixit in d. ca. Innotuit, per tex. in d. c. tanta. Igitur negari poteſt id uerum eſſe, quia tex. in d. c. tanta id non probat, ſed tantum probat legitimatum per ſubſequens matrimonium pro legitimo haberi. At nos legitimè natum requirimus, non autem legitimatum. Et authoritas doctorum uitari poteſt, quia ijdem ſunt, qui & in quæſtione noſtra ſunt pro legitimato: præterquam quod, ut ſępę dixi, non authoritatibus, ſed rationibus agendum eſt in diſputando.

CA-

A

CAPVT LXXII.

Ad Auth. Præterea. C. Vnde vir & vxor.

NOn placet quod reſpondit Natta in conſ. 605. uxori inopi vſumfructũ quartæ partis deberi, ſi mortuus ſit vir filiis ſuperſtitibus, qui defuncti poſtea ſint. Fundamẽtum enim ipſius in eo conſiſtit, quod ſcilicet filijs ius dominij quæſitum fuerit, ſic ad hæredes tranſmiſſum: ex quorũ perſona non debet obligationis qualitas immutari.

Nego ius quæſitum eſſe. Nullo iure id probatur. Non eſt bonum argumentum de vſufructuaria muliere relicta, quod legatum in alimenta reſoluitur ex conſuetudine *Bulgari*; & ſic remanet etiam defunctis liberis, niſi plura ſint legata: veluti cum dictum eſt, donec vixerit, ad trad. per Bart. in l. Titia. §. Titia. de l. 2. Quia mulier a principio habet dominium, non autem uſumfructum tantum: licet illud liberis, ſi extiterint, reſeruare teneatur. Verba Irnerii, quem in hoc nullus interpretum accuſat malæ traiectionis ex authentico, ſunt iſta. *Vt tamẽ einſdem matrimonij liberis proprietatem ſeruet, ſi extiterint. His vero non extantibus, vel ſi nullos habuerit, potietur etiam dominio*: quomodo conſeruabit liberis proprietatem, ſi ipſa vxor eam non habet, ſed liberi; eſt planè ſimile exemplum de muliere tranſeunte ad ſecundas nuptias, quia conſeruat proprietatem bonorum liberis primi matrimonij: uerum ſi moriantur, eam ipſa habet, non autem hæredes filiorum defunctorum. l. fœminæ. §. illud. in fine. C. de ſecun. nupt. Ripa ibi, num 5. Bald. conſ. 153. lib. 5. latè Gabriel. tit. de ſecun. nupt. concl. 1. nu. 23. Quod ſimile exemplum non labefactatur ea reſponſione, quod ibi ſit ita conſtitutum. Nam ſimiliter & hic conſtituendum videtur a nobis interpretatione iuxta. l. non poſſunt de legibus. Nec ualet illa interpretatio, *his uero non extantibus, vel ſi nullos habuerit, potietur etiam dominio, non extantibus tempore mortis patris*. Quia intelligo illa verba abſolute, quandocunque non extent: quia iam dixit text. vxorem inopem ſuccedere vnà cum liberis in quartam. *Succedit*, inquit tex. *vna cum liberis communibus in quartam*. Si iam ſucceſſit vxor in quartam etiam ſtantibus liberis, & ſucceſſit ſimul cum liberis; ergo mortuis liberis liberata eſt ab onere conſeruandi eiſdem proprietatem dictæ quartę, de quo onere ſtatim fit mentio: ergo ſupponendum eſt, liberos extare tempore mortis patris, & nihilominus uxorem ſuccedere in proprietate quartæ vnà cum liberis: ergo illa uerba, *non extantibus*, referenda non ſunt ad tempus mortis vxoris: quę proprietatem non tenentur conſeruare eiſdem liberis, ſi non extent: prius enim ipſa mulier ſuccedit pleno iure cum eis; ſed poſtmodum conſeruare tenetur filiis extantibus, ſcilicet poſtquam ipſa vxor bonis erit fruita toto vitæ ſuæ tempore. His accedit quod Imperator in auth. vt liceat matri & auię. §. quia vero legem, ait vxorem habere quartam partem ſubſtantiæ viri una cum filiis: deinde iubet, ut dominium ipſis filiis ſeruetur, quos ex illis nuptiis habuerit: ergo prius ipſa debet frui; ut illa uerba indicant, *ita quippe ut ipſa vxor uſum ſolum habeat*: ergo reſeruatio dominii, de qua ſtatim loquitur, debet referri ad tempus, quo uxoris finitus eſt vſusfructus; eo igitur tempore filiis reſeruabit uſumfructum, ſi extiterint. Si non extiterint, pleno potietur dominio, ut interpretatur Irnerius: cuius authoritatem cæteris anteponere iuſtum mihi videtur: atque ita ſentio, meliori iudicio ſaluo.

B

C

D

CAPVT LXXIII.

De pacto legis commiſſoriæ in pignoribus, an iuramento firmetur?

PActum legis commiſſorię in pignoribus iuramento firmatur, ex iuris canonici regulis; quibus declaratur, omne iuramentum ſeruandum, quod ſeruari poteſt ſine diſpendio ſalutis æternæ, licet iure ciuili reijciatur ac improbetur. cap. cum contingat de iureiur. cap. quamuis de pact. in 6. Vſque adeo, vt locum iſtud habeat etiam in debitore, qui iurauit ſe ſoluturum vſuras. cap. debitores. de iureiur. Et hæc eſt veriſſima & receptiſſima doctorum ſententia. gloſſ. & doct. in c. cum contingat de iureiu. in c. ſignificante de pigno. & alibi. Late Serafinus de priuileg. iuramenti priuilegio 31.

Contrarium docet nouiſſime Antonius Faber de erroribus Pragmaticor. decade 21. errore 8.

Cuius fundamẽtum eſt in eo poſitum, quod iuramentum non poſſit efficere id, quod per rerum naturam fieri nequit: Fieri autem nequit vt eiuſdem rei pignus & venditio ſimul contrahatur, aut contracta eſſe intelligatur.

Sed pace doctiſſimi I.C. non eſt hoc impoſſibile: quia venditio fit ſub conditione, ſi non ſoluatur pecunia tempore conuento: quod venditionis genus receptum eſt, eius rei quæ oppignerata fuit; niſi odium creditoris obſtaret, qui minus iuſto pretio rem acciperet ob legem commiſſoriam. *Poteſt ita fieri pignoris datio hypothecæve, vt ſi intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, iure emptionis poſſideat rem, iuſto pretio tunc æſtimandam. Hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio* l. ſi fundus 16. §. vltim. ff. de pignoribus. At vbi non eſt adiecta iuſti pretii mentio, non valet pactum, odio creditoris. Sic enim ait Conſtantinus in l. vlt. C. de pact. pignor. *Quoniam* (inquit) *inter alias captiones, præcipue commiſſoriæ pignorum legis creſcit aſperitas, placet infirmari eam, & in poſterum omnem eius memoriam aboleri.*

Nam cum res pignori obligari ſoleant longe ſuperualentes debito, nolebant creditores mutuam dare pecuniam, niſi ſub lege & pacto expreſſo commiſſi pignoris, niſi pecunia in termino conuento ſolueretur. Huic legi facile debitores pecunia egentes ſe ſubijciebant, ſperantes interim rebus ſuis conſulere, & tempore conſtituto pecuniam reſtituere: quod cum præſtare non poſſent, res proprias amittebant, eaſque creditores acquirebant: ſic doctores noſtri, & recte; Bartolus in lege prima, & vltima C. de pactis pignoris & ibidem Cuiacius in Paratitlis. Neguzan. de pign. 4. parte prin. in prin. Modernus Pariſienſis de vſuris numero 364. quæſtione 52. Didacus Couar. variar. reſol. libro 3. cap. ſecundo, numero octauo, Syluester in ſumma verſ. Pactum quæſtione decimaquarta, Connanus libro 4. comment. iuris cap. decimooctauo numero 8. Non igitur male. S. Pontifex in cap. ſignificante, de pigno. exiſtimauit, hanc pactionem, odio creditoris improbatam eſſe: quia hæc eſt vera ratio, non illa, *quod ſit de re impoſſibili, & implicante contradictionem.*

CAPVT LXXIIII.

De argumento, à Ceſſante ratione legis, *quadam non vulgaria.*

OMnes ſciunt regulam, *ceſſante ratione legis ceſſat lex.* l. quod dictum. ff. de pactis. lege adigere. §. quamuis, de iure patrona. cũ alijs quæ tradit Euerard in cent. legali, loco *à ceſſatione rationis.* Sed non omnes norunt, (niſi fallor) quo pacto ſit intelligenda; quoniam Euerard. vbi ſupra non ſat plenè rem attingit. Reperio hanc regulam ſic eſſe accipiendam, vt procedat, quando ceſſat ratio legis generaliter; ſecus autem ſi ceſſet in caſu particulari: ita Aret. in l. 2. col. 5. verſ. Tu autem aduerte, ff. de vulg. Tiraquell. tract. ceſſante cauſa, limita. 32. Couarr. in c. cum eſſes, num. 9. de teſtam. & in epith. de ſponſalib. par. 2. cap. 6. §. 9. nu. 8. fundamentum eſt in Clem. Ad noſtram, de hæret. & in l. 1. in fi. de minorib. Sed difficultas eſt in eo, quòd tex. in l. quod dictũ. de pact. in lege adigere, §. quamuis de iure patronat. ex quibus ſumitur dicta regula, & alij textus cõcordantes, loqui videntur in particulari caſu; ſi ergo ceſſaret ratione legis in illis caſibus particularibus, ceſſaret legis diſpoſitio; qui fieri poteſt, vt declaratio ſubſiſtat, qua hic cautum eſt, vt ceſſante ratione legis in vno actu particulari, non ceſſet lex?

Hæc ſanè difficultas ſæpe me torſit. Cæterum cùm rem Perilluſtri Comiti Nicolæ Clericato Vicentino auditori meo, iuueni certe omni virtutum genere prædito, & ad omnem gloriam nato declaraſſem, is mihi luculẽtam attulit huius rei enodationem. Quod dicitur, in d. l. 1. in fi. de mino. res minorum committi ſolere aliorũ adminiſtrationi, licet rem ſuam bene gerant; id pertinet ad particularẽ vnius vel alterius minoris perſonam: Ideoque, licet ſciret legumlator aliquos fore minores induſtrios atque ſagaces, voluit tamen res minorum ab alijs gubernari, quia plerumque fragile eſt minoris cõſilium, & multis captionibus expoſitũ, vt dicit I.C. in d. l. 1. licet ergo in Titio, puta, ceſſet ratio iſta, vel in Caio minoribus, propter ſagacitatem eorum; non ceſſabit legis diſpoſitio, quia ceſſat ratio in caſu particulari, non autẽ generaliter in omnibus: At in l. adigere. §. quamuis. de iure patro. ratio legis non ceſſat in vno vel altero particulari, ſed in omnibus Caſtratis: nullus enim eſt, qui poſſit generare: merito in eis ceſſat legis diſpoſitio, generaliter in omnibus, nõ autem in vno vel altero tantũ. Idem & de alijs textibus mecum diſcurrebat, egregie ſane, vt mihi viſum eſt: quamobrem totam hanc explicationem nobiliſſimo viro acceptã ferre debent ſtudioſi, ad quos noſtra hæc ſcripta peruenient.

CAPVT LXXV.

Ad l. 4. § Cato, de verborum obligation.

DVæ ſunt facti ſpecies proponendę, ex quibus ſentẽtia clariſſima huius. §. apparebit. Prima: Titius Caio vendidit prædium Sempronianum, promiſitque ei ire, agere licere per aliud prędium; neque per ſe neque per hæredes factum iri, quominus ei ire, agere liceret: ſi aduerſus ea factum eſſet, pœnam Caio ſtipulanti promiſit.

Moritur Titius venditor relictis pluribus hæredibus: vnus hæredum prohibet emptorem, quo minus eat ad fundum emptum. Quæritur an pęna ſit commiſſa aduerſus illum ſolum, an vero etiam aduerſus alios cohęredes, pro portione hæreditaria, qui non prohibuerunt. Reſpõdit Paulus ex ſententia Marci Portij Catonis, cuius meminit Pompon. in l. 2. de orig. iur. pœnam committi aduerſus omnes hæredes, pro portione hæreditaria. Ratio dubitãdi eſt: quia factum vnius, nõ debet alteri nocere.

A l. de pupillo. §. Si plurium, de ope. no. nunc. Pœna enim ſuos tenet auctores, l. Sancimus. C. de pœnis. cap. ſi compromiſſarios. § potio, de elect. libro 6. nec alteri per alterum debet iniqua conditio inferri. l. non debet, de regul. iur. ratio decidendi eſt; quia quod ab vno ex hæredibus fit, ab omnibus factum videtur; hoc eſt, idem eſt, ac ſi ab omnibus factum eſſet: quia ſtipulator non in partem prohibetur ire agere; ſed in totum, vt ait idem Paulus, in l. in executione. §. quod ſi ſtipulatus, eod. tit. tanti igitur intereſt ſtipulatoris ab vno prohiberi, quãti ſi ab omnibus prohiberetur; quia ire, agere, eſt indiuiduum. l. 2. §. vlt. ſupra eod tit. In ſumma, eſt idem, ac ſi promiſſor dixiſſet, ſi vllus hęredum prohibuiſſet ire agere, pœnam ſolutum iri: quo caſu ſi vnus prohiberet, ſine dubio pęna contra omnes committeretur, pro portione hæreditaria; quia lex 12. tab. diuidit obligationem inter hęredes pro portione hæreditaria, l. hæredes §. Idem iuris. ff. fam. herc. l. pro hæreditarijs. C. de hæred. act. l. 1. C. ſi cert. pet.

B Non obſtat ratio dubitandi; quia licet pœnę committatur contra omnes hæredes: tamen ipſi, qui non prohibuerunt, actionem habent pro indemnitate. l. In executione. §. quod ſi ſtipulatus. l. 2. §. item ſi in facto, eod. titul. de uerb. oblig.

Sed contra: quia nemo ideo obligatur, quod recepturus ſit ab alio id, quod ipſe præſtiterit. l. nemo ideo, de reg. iur. quia poſſet fieri nõ ſoluendo. l. Supra iter. §. apud ferocem, de aqu. plu. arc. aliqui dicunt alios hæredes, qui non prohibuerunt, cedẽdo actionem liberari, ſecundum reg. l. quod debetur, de pecul. l. quod ſi poſſeſſor de peten. hæred. cum ſimilibus. Sed refellit hanc ſententiam Soc. Iun. in d. §. Caio, nu. 26. tum quia tex. dicit pœnam exigi poſſe; tum quia hæres non habet actionem antequam ſoluat. Nec ideo tenẽtur cohæredes, quod actionem habent, ſed quia ſtipulatio eſt indiuidua: & ideo ab omnib. factum uidetur, quod vnus fecit: ideo non eſt locus regulæ. l. quod debetur, de pecul. Reſponderi poteſt, legem

C aliter prouidere non potuiſſe; quoniam defuncti obligatio eſt indiuidua; quamobrem hæredes non poſſunt conqueri de lege ſic eos obligante, ſed de ipſo defuncto, qui ſic eos obligauit.

CAPVT LXXVI.

Ad eundem §. Cato l. 4. de verborum obligatum.

ALtera facti ſpecies eſt iſta. promiſit Sẽpronius ſe amplius non acturũ: ſi amplius ageret, pœnæ nomine cẽtum, mortuo Sẽpronio vnus ex hæredibus cõtrauenit. Quęritur, an pęna ſit cõmiſſa contra oẽs cohæredes; Reſpondetur in tex. commiſſam eſſe contra eum hæredem ſolum qui contrauenit. Ratio dubitandi eſt ex l. 5. §. vlt. infra eod. Ratio decidendi eſt, quia ſtipulatio eſt rei diuiduæ, ut in tex. Ad. d. l. 5. §. vlt. reſpondebat

D olim Ioãnes ibi agi de ſtipulatione, quæ conſiſtit in dando; hic de ea quæ conſiſtit in faciendo. Male: quia ibi pœna incurritur ex eo, quod arbitri ſententiæ non paretur; quę tamen poteſt conſiſtere etiam in faciendo; id eſt, iubere vt aliquid fiat. Melior eſt reſponſio, in d. §. ult. pęnam in totum committi: quia aliud ſtatui non poteſt in huiuſmodi ſtipulationibus ſine iniuria ſtipulatoris: & hoc eſt, quod ait I. C. in l. 3. fam. hercis. ſolutionem partis non minima incommoda habere. Ideoque creditor inuitus, non cogitur partem ſummæ accipere. l. tutor. §. Lucius ff. de vſuris.

CAPVT LXXVII.

Ad eundem. §. Cato, l. 4. de verb. obl.

VEnio ad verſ. *Sed videamus* gl. Ibi ſcribit ſenſum eſſe, his verbis quæri an idem ſit in ſtipulatione per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat, quod in ſtipulatione iter fieri: an verò magis idem, quod in ſtipulatione, Titium heredemque ratum habiturum: & reſpondet Paulus non idem eſſe. Non placet; quia *Iter fieri, & per te non fieri* &c. non ſunt duæ diſtinctæ ſtipulationes, ſed vnica ſtipulatio eſt, continens affirmationem & negationem in hoc modo. Iter fieri licere: & per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat; vt patet ex l. 2. §. pen. & vlt. ſupra. eod. tit. huc accedat, quod ſi ſtipulatio, *Iter fieri*, quam initio pro exemplo poſui. I. C. indiuiduę ſtipulationis, non eſſet eadem cum ſtipulatione per te non fieri, inepta eſſet ratio, quæ in tex. habetur: cum ſcilicet tex. dicit. in ſtipulatione iter fieri pęnam committi contra omnes hæredes; quia niſi inſolidum peccari poteſt, & ab omnibus factum videtur in illa ſtipulatione, *per te non fieri*. Quid enim hoc ad rem facit, ſi ſtipulatio per te non fieri, diuerſa eſt à ſtipulatione iter fieri? Quæ cauſa eſt, vt nec mihi probetur Aleiati expoſitio, hoc in loco ab eo tradita, & in commentariis de diuiſionibus ſtipulationum, Paulum dubitare, an ſtipulatio, per te non fieri, eadem ſit cum ſtipulatione, iter fieri, vel amplius non agi: quoniam & hæc interpretatio differentiã conſtituit inter ſtipulationem, iter fieri, & per te non fieri, quæ conſtituenda non eſt; vt dixi.

Doctiſſimus Taurellus dicebat hic quæri, vtrũ ſtipulatio, *dolum malum abeſſe*, cuius fit mentio in principio legis, ſit eiuſdem naturæ cum ſtipulatione, per te nõ fieri, an vna potius cum ſtipulatione, rem ratam haberi? Et hanc ſententiã Pauli eſſe, eandem eſſe cum ſtipulatione, *rem ratam haberi*; vt probatur in l. in ſtipulatione ff. rem rat. hab. & quia prætoriæ ſtipulationes ſunt eiuſdem naturæ l. pœnales, §. Iulianus, ff. ad l. Falcid. Nõ placet, quia non eſt veriſimile, hunc verſiculum eſſe referendum ad principium legis tam remotũ, & de quo Paulus iam ſeparatim dixerat. Deinde, quia ſtipulatio, rem ratã haberi, eſt diuidua; vt hic probatur & in l. inter, §. ſiquis ita ſtipulatus. fam. hercisc. At ſtipulatio, dolũ malum abeſſe, indiuidua eſt, vt hic in principio legis probatur, & in d. l. inter, §. quod ſi ex facto, ff. fa. hercisc. Nõ obſt. l. pęnales, §. Iulianus quia non habet locum in ſtipulationibus indiuiduis, vt in l. 2. ff. de præto. ſtipul. Non obſtat l. in ſtipulatione, quia hoc tantum dicit, in ſtipulationem, rem ratam haberi, venire id quod intereſt, & idem iuris eſſe in ſtipulatione, ſiue in clauſula, dolum malum abeſſe.

Communis igitur expoſitio (nam quæ recentiores dicunt omitto) mihi veriſſima videtur, quã attulerunt antiqui gloſſatores, Iaſon, Ripa, Socinus ſenior, ac iunior, nouiſſimè Zaſius & Cuiacius; Paulum quærere, ac dubitare, an idem ſit Iuris in ſtipulatione, amplius non agi, quod in ſtipulatione, per te non fieri; an verò magis idẽ, quod in ſtipulatione, Titium hæredemque ratum habiturum, & concludere, idem eſſe, quod in hac ſtipulatione de rato; quoniam ſtipulatio rati diuidua eſt, ſicut & ſtipulatio, amplius non agi. Iſta expoſitio verbis text. eſt conſentanea. Ait enim Paulus. *Videamus an non idem hoc ſit*, id eſt, in dicta ſtipulatione, amplius non agi, *quod in ſtipulatione, per te non fieri: an verò magis idem quod in ſtipulatione Titium hæredemque ratum habiturum*. Nam ſtipulatio de rato. *recipit diuiſionem, quia is ſolus tenetur, qui ratum non habuit, & is ſolus agit, à quo fuerit petitum* quaſi dicat; ſtipulatio de rato eiuſdem eſt naturæ, cuius eſt ſtipulatio amplius nõ agi. Illa enim verba, *& Paulus reſpondit non idem eſſe*, non ſunt agnoſcẽda, quia non extant in Pandectis Florentinis: Cõfirmatur hæc ſententia. Nam Paulus vnam ex ſtipulationibus iſtis confert A cum ſtipulatione, Titium hæredemque ratum habiturum. Non eſt dicẽdum eum conferre ſtipulationem, iter fieri vel per te non fieri, quia ſunt indiuiduę: illa vero diuidua eſt. Ergo conferre videtur ſtipulationẽ, amplius non agi, quæ ſimiliter eſt diuidua, ſicut ſtipulatio, Titiũ hæredemque ratum habiturum. Ratio dubitandi erat, quia dominus pro parte ratum habere non poteſt; igitur nec hæres: quia ex perſona hæredis non mutatur conditio obligationis l. 2. §. ex his. eod. tit. Ratio decidendi eſt, quia vtraque ſtipulatio, ideſt, amplius non agi & rem ratam haberi, diuiſionẽ recipit, vt in tex. dicitur. Nõ obſtat reg. d. l. 2. § ex his, quia locum nõ habet in ſtipulatione, rem ratam haberi, vt docet idem Paulus in l. 2. §. incertam. de prætor. ſtipul.

CAPVT LXXVIII.

B *Vt pœnalis promiſſio ſit, an oporteat eſſe promiſſum expreſſim, nomine pœnæ.*

NOtat Areti. ex l. 4. §. Cato de verborum oblig. pęnalem promiſſionem ſeu ſtipulationem nõ dici, niſi fuerit expreſſe dictũ, noĩe pęnæ aliquid dari vel fieri. Nam tex. dicit *pœna certa pecuniæ promiſſa*. Idẽ voluit ibidem Crot. Io. And. in c. bona fides de depo. Roman. in l. ſtipul. iſta §. alteri. de verborũ oblig. Cæterum illud argumentum facile poteſt euitari. Licet enim text. dicat pęnam certæ pecuniæ ſtipulationi adiectam; non tamen negat eſſe pęnalem promiſſionẽ, ſi non fiat mentio pęnæ. Pro eadem ſententia affertur text. in § non ſolum inſt. ſte eod. tit. ibi. *niſi feceris, dabis centum nomine pęnæ?* Verùm eodem modo poteſt reſponderi, non negare Imperatorem, quin pęnalis ſtipulatio ſit, licet non fuerit dictum nomine pœnæ. Tertio adducitur l. qui res §. quẽ ſtipulatur. de ſolution. vbi requiritur pęnæ nomine promitti decem, niſi quinque dentur Titio. Sed ibi neceſſa-C rium eſt exprimere, ad tollendam obſcuritatem: cum enim dicitur, *dabis mihi decem, aut Titio quinque*, poteſt eſſe ſenſus, vt in totum decem dentur, quinque Titio, & quinque ſtipulatori; ideo neceſſe fuit adiicere, nomine pœnæ.

Quarto affertur l. ſi ita ſtipulatio de oper. libert. vbi 20. obligationi adiecta ſunt loco operarũ promiſſarum; quaſi operas tanti ſtipulator æſtimauerit. Sed non propterea inferri poteſt, quantitatem promiſſam in aliis caſibus, pro pœna intelligi non poſſe.

Contrariam igitur ſententiam amplexi ſunt Iaſon in d. §. Cato num. 3. Ripa nume. 8. Soc. iun. num. 12. quibus & ipſe aſſentior.

Probatur in l. vlt. & ibi not. Bartolus de prætoriis ſtip. & in l. in executione §. quod ſi ſtipulatus & ibi gloſſ. in ver. dari. eod. tit. de verborum oblig. & in §. pen. eiuſdem l. & in l. vlt. ff. de eo per quẽ factum fuerit, & in l. nouiſſime. ff. iud. ſol.

D Et ratio eſt, quia pœna eſt, quicquid eſt ſupra rem debitam l. ſi ſeruus ea lege. de ſer. expor.

CAPVT LXXIX.

De verbo, conuenit; in ſcriptis redacto, an importet ſtipulationem.

VErbum, conuenit, in inſtrumento appoſitum nõ importat ſtipulationem ſecundum Bart. in l. lecta colum. 4. ſi cert. pet. quem ſecuti ſunt Bald. Angel. Salic. & alii communiter, teſte Ripa in rub. de verborũ obligation. numero decimoſexto, quibus & ego conſentio. Fundamentum eſt, quia de verbo *promiſit*, quod ſtipulationem importet, teſtimoniũ habemus in §. ſi ſcriptũ inſtit. de inut. ſtip. de verbo autẽ *conuenit*, nulla eſt lex tale quid dicens. Verbũ enim *conuenit*, commune erat om-

nibus pactis & contractibus. At verbum promitto ſtipulationis proprium eſt §.2.inſt.de verborum obligationi, dicimur enim promittere rogati, vt ex latinis authoribus oſtēdit Duarenus in §.adeo l.iuriſg.ff de pact.quanquam verborum ſolemnitas Leonina conſtitutione ſublata eſt l.omnes C.de contrah. & comm.ſtip.

Contrarium docuerunt in d.l. lecta Fulgo. Roman, Caſtr.& Iaſon in 3.not. & quidam alii in rub. de verborum oblig.

Primum,quia verbum *conuenit* tacite includit promiſſionem. Tacitu autem & expreſſi, par eſt virtus l. cum quid ff. ſi cer.pet. Nihil eſt;quia ſtipulatio requirit verba l.1. de verborum oblig. ex quibus colligatur interrogationem præceſſiſſe, & reſponſionem ſubſecutam eſſe l. Obligamus §.uei bis de act. & oblig.

Secundum eſt,quia eadem eſt ratiō circa verbum *conuenit*, quæ eſt de verbo promiſit, vt videantur omnia ſolemniter acta l.ſciēdum de verborum oblig. Reſpondetur, imo eſſe diuerſam rationem; quia verbum *conuenit* **B** eſt generale; at verbum *promiſit*, ſpeciale & proprium ſtipulationis.

Tertium eſt ex l.1. C.de vſur. Reſp. non loqui de promiſſione facta in inſtrumento; itaque non facit ad rem: eadem ratione nec ad rem facit l.1.C.de dot.promiſſ.quę ſolet allegari.

Quartum eſt ex l. ſi extraneus ff.de cond. cau. dot. & ibi gloſ. in ver. *conuenit*, quæ dicit, ſcilicet per ſtipulationem. Reſpond. loqui de conuentione facta à patre, quæ non valet ſine ſtipulatione l. auia C.de iure dot. ideo vt actus valeat, intelligitur per ſtipulationem.

Quintum eſt ex l. ſi ſeruus ff.de ſer. expor. quatenus ibi dicitur, *conuenit citra ſtipulationem*: Ergo ipſum verbum conuenit importat ſtipulationem: quia ſi non importaret ſtipulationem,nō erat opus adijcere, citra ſtipulationem.Reſpond.ad maiorem claritatem adiecta fuiſſe,ne quis exiſtimaret ſtipulationem ſubiectam fuiſſe;ſicut olim moris fuiſſe indicat l.iuriſgen. §.quod fere. de **C** pact. l.lecta. ſi cert. pet. & l.qui Romæ §.Chryſogonus. de verborum oblig.

CAPVT LXXX.

Exceptio rei iudicatæ in iudicio ſummario, an obſtet in ordinario.

QVod eſt cognitum & deciſum in iudicio ſummario, poteſt iterū deduci in ordinario l.à Diuo Pio. §.ſi ſuper de re iud.l.pen.de his qui ſui vel alie.iuſunt.l.ſi quis à liberis §.ſi vel parens. de lib. agnoſc.l.3.§.cauſæ cognitio de Carbon.edi. l.ſi autem §. ſi quocunque. de neg. geſt. Et ideo probationes factæ in iudicio ſummario,non nocent in ordinario c.veniens 2. de teſtib.

Sed controuerſia eſt, an idem ſit dicendum vbi probationes factæ in ſummario ſunt plenæ. Negant idem eſſe **D** dicendum Alex. in d.§.ſi ſuper rebus nu.6. Dec.conſ.69. Panormit.conſ.50. lib.1. Ripa in l.qui Romæ §.duo fratres.de verb.obl.nu.21. Socin.iun.nu 60.

Primò quia ideo ſententia lata in ſummario,non præiudicat in ordinario, quia in ſummario ſufficit ſemiplena probatio.l.3.§.cauſæ cognitio de Carbon.edi. Hæc ratio ceſſat, vbi probationes factæ in iudicio ſummario ſunt plenæ; ergo ceſſare videtur legis diſpoſitio. Reſponderi poteſt,non ceſſare prorſus rationem legis, quia potuiſſet pars eſſe diligentior, ſi ordinarium fuiſſet iudicium, vt dicebat Areti.in c.cauſam quæ nu.29.de teſtib. & atteſt.

Secundò, quia ſententia lata ſuper principali, nocet etiam ſuper incidenti, quādo plene fuit cognitum ſuper incidenti gloſ.in l.2.C.de ord.cog. Sed hoc nihil ad rem facit, quia non agimus hic de incidenti quæſtione.

Tertiò ex l.ſin autem. §.vlt. de neg. geſt. & l.quod in diem. §.1. de compenſation. Sed ibi non agitur de iudi- **A** cio ordinario & ſummario; agitur de exceptione ſemel cognita in vno iudicio, quæ non poteſt in alio iterum deduci.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Aret. in d.cap. cauſam quæ,nu.29.de teſtib. Bald.in l.2.in ſi.C.de eden. Crot.in d.§.duo fratres.

Primò, quia litigator non præſumitur tam diligens in iudicio ſummario, ſicut in ordinario fuiſſe, Reſp.Socin. iun. imò de diligentia ſatis conſtare, quia probationes ſunt plenæ.

Secundò, quia probatio non neceſſaria non releuat,l. vlt.& ibi gloſ.C.qui leg. perſo. ſtare in iudic. Sed plenæ probationes in ſummario iudicio non ſunt neceſſariæ; ergo factæ nihil releuant. Reſp. d. gloſ. loqui de probatione impertinenti:ſed nos loquimur de pertinenti,licet non ſit neceſſaria.

Tertiò, quia iudicium ſummarium caret forma veri iudicij; ergo ſententia in eo lata nō nocet in alio iudicio. **B** Nihil eſt; quia quæſtio præſupponit probationes factas eſſe ſecundum formam iudicij ordinarij, id eſt, poſt litem conteſtatam iux.tit.vt lit. non conteſt.

Breuiter mihi magis placet Aretini ſententia: tum quia leges non diſtinguunt, quibus cautum eſt ſententiam latam in ſummario iudicio, non præiudicare in ordinario, non diſtinguunt vtrum probationes ſint plenæ vel non: tum quia ſententia quæ lata non eſt ſecundum ordinem iudiciorum, non habet vim rei iudicatæ, l.prolatam. C.de ſent.& interl.omn.iud. Talis eſt ſententia quę fertur in iudicio ſummario:ergo non habet vim rei iudicatæ; & ideo bene dicebat Bald. in l.2, in ſi. C. de eden. proceſſum ſummarium non fieri ſecundum formam iuris. Forma autem iuris non in hoc ſolum eſt poſita, vt probationes fiant poſt litem conteſtatam, ſed vt libellus detur, litis conteſtatio fiat, & ſeruetur forma iudicij, de qua gloſ.loquitur in d.l.prolatam.

CAPVT LXXXI.

Sententia lata in iudicio ordinario, an poſſit in alio iudicio retractari?

EX traditis per Bart. in 4.opp. in l.qui Romæ.§.duo fratres de verb.oblig.colligitur hæc concluſio: Sententia lata in iudicio ordinario contra actorem pro excipiente, non poteſt retractari in alio iudicio, in quo agitur ad rem acceſſoriam, veluti ad pœnam vel ad fructus. Probatur in d.§. duo fratres. Confirmatur ex reg. Acceſſorium de reg. iur.in 6. Adducit Ripa text. in l. ex diuerſo.§.1.de rei vend. ſed loquitur quando pronunciatum eſt pro actore contra excipientem.

Altera cōcluſio eſt ex dictis Bartoli; quod eſt deciſum in iudicio ordinario, ſed incidenter, poteſt in alio iudicio retractari, principaliter agendo. Egi confeſſoria pro **D** ſeruitute debita fundo meo; debui incidenter probare me dominum fundi. l. ſicuti.§. ſed ſi quæratur. ff. ſi ſeru. vend.& ibi gloſ.l.vti frui.§.1.ff.ſi vſufr.pet. Victus ſum, quia non probaui;poſſum in alio iudicio fundum vendicare.l.ſed ſi ante.ff.de except. Iaſon,Rip,Soc.iun.& omnes in d §.duo fratres in 4.opp. Bart. Secus eſſet, ſi prius fundum vendicaſſem, & fuiſſem victus, quia non poſſem ſeruitutem vendicare. l.fundum. ff.eodem titu. de except.

Tertia cōcluſio: Quod eſt deciſum incidenter in iudicio plenario ſiue ordinario cōtra excipientem pro actore,non poteſt in alio iudicio principaliter deduci, ſi concernat cauſam ſtatus: ita Bart.in d.4.opp.cum quo omnes tranſeunt arg.l.1.C.de ord.cog. voluit allegare notata per gl. in l.a.in vlt.gl. Ratio eſt, quia intelligitur pronunciatum ſuper incidenti.l.1. C.de ord.iud.

Quarta cōcluſio: Quod eſt deciſum in iudicio ordinario pro actore contra excipientem, non poteſt in alio iudicio

dicio æquè principali deduci,& in dubiũ reuocati,quando agitur ad eundem finem Bart. & omnes in d. §. duo fratres in 4.opp.arg. l.quod in diem. §.1. de compenſat. Et dicitur agi ad eandem finem, quando agitur de eodem facto, licet per diuerſa media. l.duobus de except. rei iud. Secus ſi agatur ad diuerſum finem, vt per Bart. & alios comm. teſte Ripa, num.27. arg.l.vendicantem cum.l.ſeq.de euict.

CAPVT LXXXII.

De eadem materia & ad l.vendicantem cum l.ſeq. de euict.

SEd obijcitur l.vendicantem cum l.ſeq. ff.de euict. vbi probatur, quod eſt in iudicio deciſum & cognitum per modum exceptionis, poſſe in alio iudicio deduci atque cognoſci. Reſpondet Bart. in l.qui Romæ. §.duo fratres de verb.oblig. in 4.opp.illum tex. loqui de ſententia lata contra excipientem, in cuius poteſtate nõ erat agere.l.purè.§.vlt. de doli mali except. Non placet Alciato ibi, quia non eſt ratio diuerſitatis inter actorem & reum.l.1.de edict.l.vlt.C.de fruct.& lit.expen.

Secundò igitur loco dicebat Iaſon in d. §.duo fratres, num.49.loqui, quando res diuerſa in iudicio deducitur, & ad aliam finem agitur. Nõ placet Alciato, quia poteſt reus dicere, aut dicis me vendidiſſe, aut non : non potes dicere, me vendidiſſe, quia ſi vendidiſſem, non potuiſſem rem euincere : aut dicis me non vendidiſſe, & tunc fruſtra de euictione agis. Reſpondet igitur Alciatus, ibi agentem in alio iudicio, non impugnaſſe ſententiam directò latam in priori iudicio; quia fieri poteſt, vt contra eum pronunciatum fuerit, non quia aduerſarius nõ vendidiſſet, ſed quia id non probaſſet arg. l.quod in diem. §.1.de compenſa.& l.ſi autem.§.vlt.de neg.geſt. Non ſatisfacit; quia in illa ſpecie emptor probauit venditorem fuiſſe, qui rem vendicabat, & reiectam fuiſſe iſtam exceptionem.

Ergo vera eſt interpretatio, ibi non fuiſſe rationem habitam exceptionis oppoſitæ; quo caſu idem in alio iudicio peti poſſe clarum eſt; quando iudex reiecit exceptionem, non quia vera non eſſet, ſed quia non obſtaret in illo iudicio d.l.ſi autem.§.vlt.de neg.geſt. d.l.quod in diem.§.1.de compenſat.

CAPVT LXXXIII.

Sententia lata ex falſa cauſa, an ſit nulla?

BArt.in l.qui Romæ. §.duo fratres in 6. oppo. dicit ſententiam latam ex falſa cauſa dolo aduerſarii, eſſe nullam; alias secus. Alexan.autem, & poſt eum Iaſon ibidem, num.52.dicunt eſſe nullam, ſi error fuerit expreſſus in ſententia. Cum Bartolo tranſeunt alii communiter, teſte Socino iun.nu.68.

Cæterum, quod ſententia ex falſa cauſa lata, ſit nulla ſi de falſitate cauſę conſtet ex actis, docuit Iaſon in l.1. num.11.C.de err.calculi Felyn.in cap.inter cæteras in 2. concl.de re iud.Rota.deciſ.347.Nota quod licet in antiquis, Crau.conſ.134.in fi.

Pro ſententia Bart. & ſequacium adducuntur. 1. l.ſi iudex. §.Marcellus de iud. 2. l.2. C.quando prouo.non eſt neceſſe. 3. l.præſes de re iud. 4. l.ſi expreſſit. de app. 5. l.1. ff.quæ ſent. ſine app. reſcin. 6. doctr. Bart. in l.1. C.de erro.calc. quæ comm. eſt & ibi per Dec. ſententiam valere, licet error ex actis appareat, niſi referat ſe ad acta. idem tradunt Abb. & Felyn. in 1.not. in cap. inter cæteras de re iudic. 7. l.prima, C.ſi ſæpius in integ.reſt. fuerit poſtul. 8. quia cauſa non eſt exprimenda in ſententia, cap. ſicut nobis. de re iudic. Alexander

A in dicto §.duo fratres num.37. ergo ſi exprimatur & falſa ſit, non vitiatur ſententia, arg.l.vni. C.de rei vx.act. 9. l.ciues C.de appell.

Pro contraria autem ſententia adducuntur. 1. l.qui teſtamento de excuſ.tuto. 2. l.cum vero. § ſubuentum de fideic. libert. 3. Clem. Paſtoralis de ſent. & re iud. 4. cap. ſolicitudinem ad fi.de appel. 5. cap. inter cęteras de ſent.& re iud. 6. l.ſi pars.de inoff. teſta. 7. cap. cum ad quorumdam.de exceſſ. prælato. 8. Quia ea falſitate cauſæ apparet adhibitam non fuiſſe cauſæ cognitionem, ergo nulla: l.2. C.de ſent.ex breui.recitan. l.vlti. C.Commina. Epiſto.& l.ex ſtipulatione C.de ſenten. & interl.om.iud. 9. Quia tranſactio ea falſa cauſa corruit. Menoch. conſilio 91.numero quadrageſimo, ergo & ſententia; quia æquiparatur tranſactioni l.non minorem C. de tranſact. 10. Adducitur l.Seiæ, ff.de tuto. & cura. dat. ab his. 11. Quia ſententia notorie iniuſta ex actis, nulla eſt. Vant.de null.ex def.proceſſ.num.127.Gabriel. B tit.de ſent.concl. 10.nu.5.

Ego vt breuiter me expediam, diſtinguendum puto. Aut falſa cauſa fuit expreſſe in ſententia; aut non. Primo caſu eſt nulla; ſecundo vero caſu, valet.

Ratio eſt, quãtum ad primum caſum, quia apparet iudicem non adhibuiſſe cauſæ cognitionem ſicut oportet dicta l.2.C.de ſent.ex breui.recit.& ceſſat illa bona præſumptio, quæ eſt pro iudice. Confert tex.in l.qui teſtamento.de excu.tuto. vbi conſideratur vitium in pronunciatione.

Ratio ſecundi caſus eſt, quia ſi talis ſententia eſſet nulla; omnes ſentẽtiæ iniuſtę eſſent nullæ, quod falſum eſt. Sẽper enim iudex mouetur ex aliqua cauſa, vera vel falſa. Confert text.in l.1.& 2.C.ſi ex falſ.inſtr. quatenus ibi reſcinditur ſententia lata ex falſis inſtrumẽtis per in integrum reſtitutionem.

Non obſtat doctr. Bar.in l.prolatam numero octauo, C.de ſent.& interl.om.iud. dum ait cauſæ cognitionem C in hoc conſiſtere, vt partes ſint præſentes vel citatæ; quia conſiſtit etiam in multis aliis. l.in cauſæ cognitione §. cauſa cognita de mino. dicta l.2. C.de ſenten. ex breui. reci.l.ex ſtipulatione C.de ſent.& interl.om.iud. c.iudicantem 30. quæſt.5.

Non obſtat l.vn.C.de rei vx.act. quia ibi lex fingit ſtipulationem ex omni parte perfectam; hic autem lex non fingit ſententiam latam ex vera cauſa.

Non obſtat l.ſi iudex §.Marcellus. quia ibi locus eſt querelæ, quod intelligo per reſtitutionem in integrum, ſicut in l.2. C.ſi ex falſ.inſtr.

CAPVT LXXXIV.

Conciliatur l.qui Romæ §.duo fratres de verb.oblig. cum l.reſcriptum §.ſi pacto de pactis.

D PRima conciliatio eſt, pęnam peti poſſe, ſed compenſandam cum exceptione; & exigi poſſe id, quod eſt plus in pœna argumen.l.prædia ff.de act.empt.l.ſi quis à ſocio ff.pro ſocio Iaſon in dicto §.duo fratres numero 54. Alexan.numero 36. Soc.iun.nu.78. Nõ placet Alciato; quia videtur eſſe contra mentem Scæuolæ in d. §.duo fratres; volentis pœnam committi, & conſequenter cum effectu.

Secunda ſolutio eſt Baldi in titu. Impera. Lotharius Eugenio Papæ. in vſibus feudorum, pœnam committi, quia de facto, & non de iure ſentẽtiam obtinuit argum. l.debitor §.vltim. ad Trebel. Non placet Alexan. quia is qui ſententiam obtinet iniquam, non poteſt eius iniquitatem allegare, ad ſui commodum l.ſi ſeruus plurium §. 1.de legat.2.

Tertia ſolutio eſt Bartoli in d.§.duo fratres in 7.opp. in d.§.ſi pacto. petitum fuiſſe, & non obtentum, at in §. duo fratres, promiſſum fuiſſe, nihil contra diuiſionẽ fieri, & factum fuiſſe contra diuiſionẽ, petendo hæreditatẽ,

tanquam ex fideicommiſſo. Non placet Alex. quia ſtante hac ſolutione non poſſet peti id, quod eſt plus in pœna, in d.§. ſi pacto.

Quarta ſolutio eſt, in d.§. duo fratres, adiectam fuiſſe in diuiſione clauſulam, *Rata manente pacto*, vt in gloſ. iuxta l. qui fidem de tranſact. non placet Alciato, quia continet diuinationem: nulla enim mentio fit in d.§. duo fratres adhibitam fuiſſe dictam clauſulam.

Quinta ſolutio Alciati eſt in d.cap. duo fratres. partes promiſiſſe, nil facturas contra diuiſionem, ideoque ſublatum fideicommiſſum. l. ſi vnus. §. pactus de pact. Pœnam vero adiectam fuiſſe, ne de facto ageretur in contemptum: quo caſu res & pœna peti poteſt. l. ſi quis rem de arb. quæ ratio ceſſat in d.§. ſi pacto, non placet Socino iun. quia repugnat communi ſententiæ doct. in d.§. duo fratres, quæ habet, ſententiam ibi fuiſſe iniuſtam; quo ſtante non fuit per diuiſionem ſublatum fideicommiſſum. Secundo, quia non ipſo iure fuiſſe ſublatum, ſed ope exceptionis, vt patet ex illis verbis. *Quaſi de fideicommiſſo quoque tranſactum eſſet.* Adde quod nihil intereſt, an ipſo iure actio non competat, vel obſtet exceptio. l. nihil intereſt de reg. iur.

Puto ego ſolutionem eſſe probabiliorem, ſi dicamus multa concurrere in §. duo fratres, quæ non concurrunt in §. ſi pacto; primò, diuiſio facta fuit: ſecundò promiſſum non contrauenire: tertiò de fideicommiſſo tranſactum; quartò pęna promiſſa. Ergo eſt perinde ac ſi fuiſſet pęna promiſſa cum clauſula. *Rata manente pacto.* Hic enim partes promiſerunt ſe nil facturos contra diuiſionem; & inſuper pęnam promiſerunt. Ergo vtrunque actum eſt; vt contractus ſeruaretur; & pęna committeretur, ſi fieret contra diuiſionem.

Vel dicendum eſt priorem ſententiam quam retuli ſupra, amplectendam eſſe, quam & Cuiacius ſequitur d.§. duo fratres. ibi reſponſum Scæuolæ hoc tantum velle, quod pœna ſit commiſſa; de quo erat interrogatus: quod eſt intelligẽdum ſecundum formam aliarum legum; & ſic ſecundū tex. in d.§. ſi pacto. Scæuola erat ſolitus breuiter & ad rem reſpondere; vt patet ex l. qui Romæ. §. Augerius. l. Lucius. §. Collegio de leg. 3. l. taberna de fund. inſtr. l. Imperatores de probat. & alibi ut iam diu Duarenus in Scęuola docet.

CAPVT LXXXV.

Ad §. æque inſt. de act.

DVæ ſunt difficultates huius loci. Vna, circa illa verba. *Veluti ſi quis agat, ius ſibi eſſe altius ædes ſuas tollendi, &c.* Altera in illis verbis. *Sane vno caſu, &c.* Piget aliorum ſententias, abſque vllo operæ pretio commemorare. Dicam igitur quid ſentiam. Circa primum difficultas oritur ex eo, quod cuique ius eſt altius ædes ſuas tollere. l. altius. C. de ſerui. l. cuius. de ſer. vrb. præd. Ergo ſuperflua videtur actio, ob hoc ipſum iure prodito. Omitto quid Faber, quid Homez, Iaſon. Cuiac. Balduinus, & alii omnes dixerint. Tolli videtur hęc difficultas ex interpretatione gloſſæ dicentis, cum meius habere dico ædes meas altius tollendi, verbis quidem hanc eſſe cōfeſſoriam actionem, at reipſa negatoriam, quia incluſam habet negationem, hoc eſt, meas ędes ſeruitutem quo minus altius tollantur, non debere, ſed liberas eſſe. Cum autem ago ius non eſſe aduerſario ædes ſuas altius tollendi; etſi verbis negatiua ſit actio, vi tamen ipſa confeſſoriam eſſe; quia hoc ego contendo, ædes tuas hanc mihi debere ſeruitutem, vt altius tollere eas non poſſis.

Quod attinet ad ſecundum, mitto aliorum expoſitiones, & textus emendationes. Sunt enim qui legant, *ſane in hoc caſu* Alij *ſane non vno caſu.* Alij aliter. Ego non diſcedo à verbis textus & pondero illa verba. *ſane vno caſu is qui poſſidet, nihilominus is actoris partes obtinet.* Non

A dicit actorem eſſe, ſed actoris partes obtinere. Exemplū ergo erit ſecundum gloſ. quando reus poſſidet, & excipit contra actorem qui dominium probauit: Etenim hoc in caſu actoris partes obtinet, quia ſuā probare tenetur exceptionē l. 1. de except. Exemplum eſt in exceptione rei iudicatæ oppoſita vendicationi l. in exceptionibus, §. vlt. de proba. & in alijs exceptionibus de quibus in l. verius eod. tit. l. eum qui eod. l. ſiue poſſideus, C. eod. & in alijs quæ latius in Pandectarum libris habentur: Vnus autem caſus eſt, non plures, & in hoc conſiſtit, vt is qui poſſidet, nihilominus actoris partes ſuſtineat, quatenus ſuſcipit in ſe onus probandi exceptionem oppoſitam, alioqui ſuccumberet, niſi ſuā probaret exceptionem l. 1. de excep. Regulariter reus qui poſſidet, non tenetur probare. §. commodum inſtit. de interd. l. 1. §. interdictum ff. vti poſſid. vbi vides Vlpianum dicere, actionem nunquā dari *vltrò* poſſeſſori. Quod verbum *vltrò* non eſt in §. æquè, quia nō loquitur de *vltrò* agente, id eſt, de ipſo qui
B ſponte & non inuitus actionem mouet; ſed loquitur de eo, qui obtinet partes actoris, & ita ſenſit hic gloſ. Vel ſi de ipſo actore exemplum velis, non diſplicet quod eſt in l. officium de rei vend. vbi dominus rei & poſſeſſor vendicat rem ſuam à depoſitario, commodatario, & ſimilibus, qui habent rei reſtituendæ facultatem.

CAPVT LXXXVI.

Concluſiones ex Bartoli combinationibus ad l. naturaliter §. nihil commune de acq. poſſeſſ.

SI actor intentat petitorium, & poſtea tranſeat ad poſſeſſorium retinendæ, & reus fateatur ipſum actorem poſſidere, debet abſolui ab obſeruatione iudicij petitorij. Comm. eſt: Ripa numero 119. Probat ex §. vlt. inſtit. de perpet. & tempor. action. & quia implicat repu-
C gnantiam, quod actor poſſideat, & poſſit exercere petitorium §. æquè inſtit. de actio. Sed intellige cum Soc. iun. numero 208. quando agitur de vna & eadem poſſeſſione, tam in petitorio, quàm in poſſeſſorio: ſecus ſi de diuerſa, vtputa ſi actor ciuiliter poſſideret, reus autem naturaliter.

2 Confeſſio facta in iudicio poſſeſſorio, probat in petitorio inter eaſdem perſonas; eſt comm. Ripa nu. 120.

3 Nemo poteſt ſe fundare in confeſſione aduerſarij, quā impugnauit: Ripa numero 121. & probatur in c. ex eo de reg. iur. nu. 6.

4 Actor dicens contraria, repellitur l. 1. C. de fur. fallit quando reus negauit vnum ex contrarijs. Ripa nu. 125. Probatur ex doctrina Bald. in l. ſi quis teſtibus, C. de teſtibus. vbi poteſt quis aduerſari ſuæ confeſſioni iam factę quando aduerſarius eam impugnauit, & ex alijs de quibus ibi per Ripam.

5 Agens petitorio, videtur renunciare poſſeſſioni quam
D habet; & per conſequens poſſeſſorio, quando ſcit ſe poſſidere; ſecus ſi ignoret. Comm. eſt. Ripa nume. 126. Probatur quia ſupponitur vna tantum poſſeſſio, nec diſtinguitur inter ciuilem & naturalem; Ideo ſi petitorio agā, dico aduerſarium meum poſſidere non me, per conſequens renuncio poſſeſſorio; facit l. de pup. §. meminiſſe de ope. no. nunc.

6 Obliuione perditur poſſeſſio rei immobilis gl. in l. ſi id quod ff. de acquir. poſſ. Non autem mobilis l. 3. §. Nerua eod. tit.

7 Statur declarationi libellantis, pro qua poſſeſſione intentauerit petitorium, & pro qua poſſeſſorium l. inter ſtipulantem §. ſi Stichum de verborum oblig. l. ſi quis intentione de iud.

8 Hanc tamen declarationem ad hæredes non tranſmittunt l. Pomponius ſcribit ſi frumentum §. vlt. de rei vend. l. inter ſtipulantem, §. 1. de verb. obl.

9 Petitorium & poſſeſſoriū adipiſcēdæ poſſunt cumulari,

lari, niſi ſit cōcluſum in cauſa petitorij cap. paſtoralis de cauſa poſſeſſ. & propriet, vel ſimus in caſu l.vltimæ, C. de codicill.

30 Petitorium & poſſeſſorium recuperandæ cumulari poſſunt l.cum ſundum, §.vlt.ff.de vi.& vi.arm.

31 Petitoriū proponens poteſt illud ſuſpendere, & proponere poſſeſſorium recuperandæ; & hoc in odium ſpoliatoris: clem.3.de cauſa poſſ. & propriet.

32 Qui propoſuit petitorium & poſſeſſorium ſimul, ſi vicit in poſſeſſorio recuperandæ, tunc vincit etiam in petitorio; licet non probet ſe dominum, quia onus probandi pertinet ad aduerſarium l.liberis, §.vlt. ff.de lib. cau.l.vis eius C.de proba.

33 Petitorium & poſſeſſorium retinendæ poſſunt cumulari pro iuribus incorporalibus, §.æquè inſtitutionibus de actionibus.

34 Petitorium & poſſeſſorium retinendæ pro rebus corporalibus non poſſunt cumulari reſpectu eiuſdem poſſeſſionis, quam tempore moto petitorij habebat actor, & ſciebat ſe habere; & hoc propter contrarietatem. l.1. C.de fur.

35 Nullum poſſeſſorium habēs admixtam cauſam proprietatis, poteſt cumulari cum petitorio; obſtante regula l.fundum & l.fundi, ff.de excep.

36 Poſſeſſorium retinendæ datur ei, qui litis conteſtatę tempore poſſidebat l.1. ff.vtrubi, §.ſed hodie inſtitut.de interd.

37 Poſſeſſorium recuperandæ facit ſilere petitorium prius ab altero intentatum, propter priuilegium ſpoliati, vt ante omnia reſtituatur: iux.cap.1. de reſtit.ſpol.& l.ſi quis ad ſe fundum C.ad l.Iul. de vi. pub.l.1. C. ſi per vim vel alio modo.

38 Niſi ſpolium factum fuerit lite pendente ſuper petitorio; tunc enim ſuper vtroque procedi poteſt; arg. l.ſi conſtiterit C.fin.regund.

39 Niſi ſpoliatus petat reuocari per modum attentati id, quòd eſt factum lite pendente: tunc enim reuocari debet ante omnia: c.pen.& fi. vt lite pend.

40 Fallit etiam ſupradicta concluſio, quando poſſeſſorium proponitur reſpectu diuerſæ poſſeſſionis arg.capit. cum dilectorum de ord.cognit.

41 Fallit etiam quando reus intentat poſſeſſorium recuperandæ poſt litem conteſtatam in petitorio: quia tunc proceditur ſuper vtroque. Nam exceptio ſpolij debet proponi ante litem conteſtatam cum ſit dilatoria l.fi. C. de excep.l.expoſitionem, C.de probat.

42 Sed communiter reprobatur per text. in clem.1.de cauſa poſſeſſ.& propriet.

43 Poſſeſſorium adipiſcendæ propoſitum à reo, nō concurrit cum petitorio propoſito ab actore, niſi fiat reſpectu diuerſæ poſſeſſionis: quia dum reus proponit poſſeſſorium adipiſcendæ, negat ſe poſſidere; ergo non poteſt conuenin petitorio l.fin.de rei vend.

44 Cum vtraque pars proponit petitorium & poſſeſſorium, nō poteſt procedi ſuper vtroque, ſed prius de poſſeſſorio cognoſcendum.l.incertu, C.de interd.l.1.§.quoties, ff.vti poſſid.

45 Proceſſus valet parte non opponente, in caſibus in quibus cumulatur petitorium & poſſeſſorium contra iuris diſpoſitionem c.cum dilectus de ord.cog.l.ſi mancipium, §.1.de euict.

46 Niſi cumulentur in caſibus in quibus vnius electione, alterum ipſo iure tollitur iux.l.vlt. C.de codi.

47 Niſi obſtet regula contrarietatis; quia iudex poteſt recipere libellum ex officio continentem contraria; ſecundum gloſ. in lege prima, de off. aſſeſſ. cap.examinata de iud.

48 Si tantum iudex non reijciat, & actor vnum tantum ex contrariis proſequatur, valebit proceſſus, argum.l.1. §.quod autem, ff.quorum legatorum.

49 Coram delegato tamen proceſſus erit nullus, ſi cumuletur petitorium & poſſeſſorium, cum ei mandatum eſſet, ut prius de poſſeſſorio cognoſceret; quia forma mādati nō ſeruata, actus eſt nullus: l.diligenter. ff.mand.c. cum dilecta. de reſcrip.

50 Acta facta in uno iudicio non probant in alio, inter eaſdem partes, niſi producantur l.cum antea §.vlum C. de arbitr.

51 Litis conteſtatio in poſſeſſoriis interdictis eſt neceſſaria c.2. vt lite non conteſt.

52 Niſi agatur contra incertam perſonam, quia tunc nō eſt cum quo lis poſſit conteſtari l.ſi. C.de edi. Diui Adr. tollendo.

53 Niſi periculum ſit in mora arg. l.de pupillo §.ſi quis riuos de ope. no. nunc.

54 Niſi cauſa ſit coram delegato ad certum tempus, ne ſit in facultate rei eludere iudicium. c.conſultationibus de off. deleg.

55 Niſi agatur per viam attentatorum lite pēdente glo. in clem.2. vt lite pend.

56 Niſi agatur de reuocanda poſſeſſione data à iudice, iuris ordine non ſeruato. Nam quę de facto fiunt, debent de facto reuocari; ſecundum gloſ. in l.minor de euict. Felyn. in c.qualiter & quando in primo de accuſat.

57 Niſi ſit Epiſcopus, in cuius manibus beneficiū ſit reſignatum. Poteſt enim abſque iuris ordine poſſeſſionem auferre renuncianti, vt per Innocen. in cap.3. in fin. de reſtit. ſpol.

58 Niſi agatur de ſpolio notorio; quoniam in notoriis, ordo eſt, ordinem iuris non ſeruare cap. ad noſtram de iureiur.

59 Poteſt tamen contra actorem perueniri ad definitiuam ſententiam abſque litis conteſtatione Auth. qui ſemel C.quomodo & quando iudex.

60 In cauſa tamen appellationis, altera parte contumace, valet, abſque litis conteſtatione ſentētia, quia ſatis eſt quod fuerit lis conteſtata in prima inſtātia, cap. per tuas de appell.l.vlt.§.illud C.de tempo.appell.alias eſt neceſſaria litis conteſtatio, etiam in cauſa appellationis.l.vn. C.ne liceat tertio prouo.

61 Petitorium & poſſeſſorium una ſententia terminari debet, c.cum dilectus de cauſa poſſeſſ.& propriet. c.cum dilectus de ord.cog.

62 Iure ciuili, ſecus: l.non idcirco de iud. gloſ. in c.2. de cauſa poſſeſſ. & propriet.

63 Iure canonico, ut dictum eſt, ſimul expediēda, etiam quando tractata ſunt per modum conuentionis & reconuentionis c.1.& 2.de mutuis petition.

64 Sed in ſummariis, in quibus lis non conteſtatur, non eſt locus reconuentioni: Bart.in l.ſed & hæ.§. non ſolum de procur.Marian. Socin.in dicto cap.2. de mutuis pet. quæſt.6.

CAPVT LXXXVII.

Ad tit. de in ius vocando, quædam controuerſia.

REctè Cuiac.lib.10.obſer.cap.10.notat olim ex lege 12. tab. permiſſam fuiſſe in ius vocationem vi adhibita: ex illis verbis: *Si in ius vocat, ni eat, manus iniicito*: quam partem legis 12.tab. Feſtus nobis reſtituit in verbo *ſtruere*. Sed non recte (aut ego fallor) ſubiecit, hodie edicto locum non eſſe, quo prętor uetat parentes & patronos in ius vocari ſine permiſſu prætoris; quoniam iam ſublata ſit & abolita poteſtas illa, inuitum in ius ducendi; quia hodie non ducuntur, qui in ius uocantur: perſonas, quę ſine veniæ petitione & impetratione olim uocari nō poterant, vt in ius uocemus, nihil hodie, inquit, nos indigere petitione venię: quaſi ſublata cauſa, & illud, quod cauſæ illi conſequens eſt, tolli neceſſe ſit. Neque enim ea in ius uocatione, qua utimur, reuerentia, uel pietas perſonis ſine uenia non uocandis debita lęditur; uiolenta manus iniectione ceſſante.

Non rectè, vt dicebam: primò, quia repugnat edictum prætoris de quo fit mentio in tit. de in ius vocan. & omnes ferè leges illius tituli, quę apertè vetant perſonas quibus debetur reuerentia in ius vocari ſine venia prætoris.

Secundò, quia nulla fit mentio in toto illo titulo, de iſta violenta manus iniectione priuatim exerceri ſolita, nec ob eam cauſam edictum prætoris emanauit.

Tertiò, quia facilè potuiſſent compilatores iuris, & Iuſtinianus ſeparare ſimplicem in ius vocationem à violenta manuum iniectione, illamque permittere, hanc autem in his perſonis prohibere, ſicut factum legimus in l. plerique cum ll. ſeqq. de in ius vocando.

Quartò, quia viget adhuc edictum illud, etiam in parentibus & patronis, in ius vocati vt eant, &c. vt patet ex l. 1. & 2. eodem tit. nulla tamen fit mentio iniectionis huius violentæ. Ex quibus inferri videtur poteſtatem illam veteris legis 12. tab. tempore Iuſtiniani fuiſſe obliteratam: Viguiſſe autem edictum de non vocandis in ius ſine venia, parentibus, patronis & alijs.

At non læditur reuerentia his perſonis debita, ſola in ius vocatione. Imò læditur, & niſi læderetur, id non eſſet edicto prohibitum. Si ſola manus iniectio violenta tolleret iſtam reuerentiam, facilè potuiſſet Imperator illam moderari, fauore perſonarum quibus reuerentia debetur & in ius vocationem ſolam permittere abſque venia. Sic moderatâ eſſe videmus fauore harum perſonarum, qualitatem fideiuſſorum in d. l. 2. ff. in ius vocati, vt eant, &c.

CAPVT LXXXVIII.

Nouerca, an poſſit in ius abſque venia vocari.

Altera eſt Controuerſia circa nouercam, an poſſit in ius vocari abſque venia. Multi enim affirmarunt vocari nō poſſe, quia generaliter vocari prohibentur in ius omnes perſonę quibus reuerentia debetur. l. generaliter. ff. de in ius vocan. nouercæ autem debetur reuerentia, quia loco matris eſt. §. Socrum in inſt. de nup. Huc accedat tex. in l. 1. C. eod. tit. vbi reuerentia quæ debetur marito, debetur etiam vxori: Et hanc ſententiam communiorem eſſe ſcribit Curt. iun. in l. 1. C. de in ius vocan. & veriorem eſſe ſcribit Oſaſcus deciſio. 30. numero 5.

Cæterum contrariam ſententiam multi ſunt ſecuti, quos refert, & ſequitur, dicens magis communem eſſe ſententiam Alciatus in d. l. 1. nu. 11. & Oſaſcus d. deciſ. 30. ſub num. 2. Horum fundamentum eſt in l. de his. C. de furtis. Vbi datur actio famoſa contra nouercam. Et quia nulla eſt lex prohibens huiuſmodi vocationem nouercæ. Huc accedat odium nouercæ & iniuria quam filiis irrogare ſolet & damna. l. 4. ff. de inoffic. teſtament. Clement. Paſtoralis. Verum, quia & ibi gloſ. in verſ. nouerca de re iud.

Sed nullum argumentum hoc mihi magis perſuadere potuit, quam illud, quod mihi dicebat iuuenis ad omnem virtutem & gloriam natus, Melchiorius Melloratus Burgenſis, auditor meus, ex l. 1. §. vlt. de poſtul. vbi recenſentur omnes perſonæ, quæ ſunt comprehenſæ in edicto prætoris de in ius vocando, & poſt eas adijcitur nouerca, ex quo manifeſtè liquet, nouercam inter eas perſonas non commemorari. Si enim edictum illud ad nouercam extenderetur, non erat opus, vt ab alijs perſonis ibidem nominatis nouerca ſepararetur. Fateor reuerentiam deberi nouercæ & uxori patroni, vt in l. 1. C. de in ius vocan. & in §. Socrum. inſtit. de nupt. Sed nego eam reuerentiam deberi, quæ perſonis debetur nominatis in edicto, vel Iuriſconſultorum interpretatione comprehenſis: Dum enim nullam de nouerca mentionem fecere, argumentum nobis præſtant, eam edicto minimè contineri. Quæ enim difficultas erat, ſi ea fuiſſet eorum mens vt comprehenderetur, id exprimere? ita mecum diſcurrebat iuuenis nobiliſſimus; & hæc ſententia etiam nunc mihi maximè probatur, ex not. per gloſ. in d. l. generaliter. de in ius vocan.

CAPVT LXXXIX.

De vaſallo, an poſſit in ius vocare dominum ſine venia.

Vaſallum non poſſe in ius vocare dominum ſine venia, multi, nec obſcuri nominis authores tradiderunt: Specul. tit. de feud. §. quoniam. numero trigeſimotertio, verſic. decimoſeptimo quæritur. Iaſon poſt Alexandrū in l. generaliter de in ius vocan. & ibidem Zaſius numero ſecundo, Mynſingerus §. pœnales. numero quadrageſimo, inſtitut. de actio. Hartmanus Hartmanni libro ſecundo, obſeru. pract. tit. de feudis §. 45. vbi refert in Camera Imperiali ſecundum hanc opinionem iudicatum. Fundamentum eſt, quia vaſallus æquiparatur liberto: Euerar. in loco, à liberto ad vaſallū: ſed libertus in ius vocare non poteſt patronum ſine venia l. 4. l. 8. de in ius vocan.

Sed contrariam ſententiam habuerunt gloſ. in capit. primo, ver. ſalua reuerentia, de milite vaſallo qui contumax eſt. Angel. in dicto §. pœnales numero octauo, & ibidem Faber. numero ſecundo Iaſon numero ſeptuageſimoſecundo, Platea numero 57. Zaſius numero vigeſimoſexto, Iacobin. tract. de homagijs numero vigeſimoſexto, vbi hanc eſſe communiorem teſtatur. Burſat. conſilio 99. numero vigeſimo, Euerard. loco à liberto ad vaſall. numero decimoquinto, Alexander in dicta l. generaliter de in ius vocan. Clarus §. feudum, q. 25. Mynſingerus Centuria 4. obſer. 92. Andr. Geyll. lib. de pignorib. obſeruat. 15. num. 4. Ficard. in add. ad comm. opin. Villalobos verſ. vaſallus ſine venia. Fundamentum eſt, quia nullo iure id cautum reperitur: nec iure communi, nec libris feudorum. Alciat. diſtinguit in l. 1. num. 13. C. de in ius vocan. veniæ petitionem eſſe neceſſariam ſi de feudo agatur, aliàs ſecus. Ego puto non eſſe neceſſariam veniæ petitionem.

Primò quia in titulo de in ius vocan. nulla fit mentio vaſalli.

Secundò quia nulla etiam fit mentio in libris feudorum.

Tertiò quia in libris feudorum traditur modus & forma agendi, & nulla fit mentio huiuſmodi veniæ.

Poſtremò quia vt mihi dicebat Perilluſtris adoleſcens D. Chriſtoforus Archinius Mediolanenſis, auditor meus, cuius ingenium ſummopere probo, non videtur eſſe bona ęquiparatio liberti & vaſalli: Eſt enim libertus multo magis patrono obſtrictus, à quo libertatem accepit, quæ inæſtimabilis eſt: l. libertas de reg. iur. quàm vaſallus domino, à quo feudum accepit, vt ei fideliter ſeruiat; imò & dominus vaſallo reciproca fide tenetur: capitulo primo, §. vltimo de forma fidelit. quod de liberto et patrono nullibi ſcriptum reperitur. Sic ille, vt mihi videtur, acutè & prudenter diſſerebat.

CAPVT

CAPVT XC.

Ad l. Centurio, de vulgari, & pupillari, circa verba illa, cum fructibus inuentis in hæreditate.

QVæritur quis ſit ſenſus illorum verborum: *cum fructibus inuentis in hæreditate*: an de fructibus intelligatur, qui erant in hæreditate teſtatoris, tempore mortis ſuæ; an vero de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij.

Duę ſunt contrariæ Doctorum ſententię, vna eſſe intelligendum de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij: Bartolus, hic in vltima oppo. Baldus, in 4. oppo. & in 6. notabili. Aretinus in prima columna, circa medium, vbi dicit eſſe communem ſententiam. So- B cinus ſenior, numero 23. 24. Ripa, numero 38. Alciatus, numero 43. Socinus iunior, numero 146. Aquilin. numero 126.

Primo Bartolus mouetur ea ratione, quia ſubſtitutus à milite, debet aliquid plus conſequi ex priuilegio militum, quam cęteri ſubſtituti: ſed cęteri ſubſtituti per fideicommiſſum non capiunt fructus ante moram perceptos. lege in fideicommiſſaria, ff. ad Trebel. ergo ſubſtitutus iſte eiuſmodi fructus conſequi debet. Reſpond. Socinus iunior, argumentum retorqueri poſſe, quia priuilegia ſunt reſtringenda, non autem amplianda l. quod vero, ff. de leg. cap. quæ à iure, de regulis iuris, in ſexto. Ergo cum ſubſtitutus militis aliqua priuilegia contra ius commune habeat, ut in d. l. Centurio, conſequens eſt non eſſe amplianda huiuſmodi priuilegia, ſed potius reſtringenda.

Secundo. Mouetur Aretinus ne verba tex. ſint ſuperflua contra l. ſi quando, de legatis primo, & cap. ſi Papa, C de priuil. in ſexto. Eſſent autem ſuperflua, quia textus dicit, ſubſtitutum capere bona patris; ſub quibus verbis comprehenduntur etiã fructus. lege. Item veniunt. §. item non ſolum, de petitione hęreditatis. ergo dum loquitur poſtea de fructibus, debet intelligi de his fructibus, qui non erant in hęreditate patris, ſed in hæreditate filii. Reſpondet Decius in lege. In teſtamento, numero ſexto. C. de milit. teſtamen. fructus huiuſmodi peti ſub nomine fructuum, licet ſint uniti cum hæreditate patris, vt in dicta lege. Item veniunt, §. fructus. Non placet Socino ſeniori, numero 13. in dicta lege Centurio, quia fructus ſunt percepti in vita teſtatoris, non autem poſt mortem eius: quamobrem inter bona teſtatoris connumerantur, nec poſſunt peti ſub nomine fructuum. Sed replicat Socinus iunior etiam fructus perceptos in vita teſtatoris peti ſub nomine fructuum, nihil adducens; ſed poterat allegare text. in lege quinta. C. de his D quibus vt indignis.

Tertio pro hac communi ſententia Socinus ſenior adducit hoc argumentum: Textus noſter loquitur de fructibus inuentis in hæreditate, & dicit pertinere ad ſubſtitutum; ergo à contrario ſenſu fructus conſumpti non pertinebunt ad ſubſtitutum; ſed iſtud falſum eſt in fructibus inuentis in hæreditate teſtatoris, quia licet ab hærede conſumpti ſint, tamen tenetur eos reſtituere, l. Marcellus, §. res quæ, ff. ad Trebellia. ergo noſter textus non poteſt intelligi de fructibus inuentis in hæreditate teſtatoris. Reſpondet Socinus iunior, numero centeſimoſexageſimonono. verſ. ad tertium argumentum. à contrario ſenſu ita eſſe ſumendum: fructus inuenti in hęreditate pertinent ad ſubſtitutum, ergo fructus conſumpti ab ipſo teſtatore non pertinent ad ipſum ſubſtitutum. Et licet iſtud ſit indubitatum, tamen non eſt abſurdum, in argumento à contrario ſenſu, aliquid indubitatum contineri.

Quarto. Mouetur Iaſ. fructus non pręſumuntur con- A ſeruari vltra triennium gloſſ. in l. vni. C. ſi aduer. vſucap. ergo tex. iſte non poteſt intelligi de fructibus, qui erant in hæreditate tempore mortis patris, quia præſumuntur conſumpti. Reſpondet Socinus Iunior, numero 169. præſupponẽdum eſſe, etiam fructus extare. Addit Ripa, numero 40. etiamſi conſumpti forent, æſtimationem tamen præſtandam eſſe ab hærede, argum. l. Mulier. §. ſed enim, ff. ad Trebell.

Vltimo, Mouetur Socinus, Iunior, numero 170. quia qualitas adiecta verbo debet intelligi ſecundum tempus verbi. lege in delictis. §. ſi extraneus, ff. de noxalibus, Bartolus, in lege ex facto. ff. de vulg. ergo dum text. loquitur de fructibus, intelligitur ſecũdum tempus verbi, quod eſt *capiet*; quo ſtante, ſubſtitutus capiet fructus inuentos tempore mortis filij; cum ante mortem filij, ſubſtitutio locum habere non poſſit. Reſponderi poteſt ſubſtitutum capere fructus inuentos in hæreditate tempore mortis filij, ſicut concludit argumentum, ſed non ca- B pere illos fructus, quos filius ante morte percepit & in hæreditate reliquit; nam dicimus ſubſtitutum capere fructus repertos quidem temporis mortis filij, ſed illos fructus, quos pater ante mortem ſuam perceperat, & in ſua hæreditate reliquit; & hoc probatur ex verbis textus quatenus dixit, ſubſtitutum capere bona patris dũtaxat; nam certum eſt hæc eſſe bona, quæ tempore mortis filii reperiuntur, & erat in hæreditate patris, tempore quo mortuus eſt, ſic igitur idem de fructibus eſt intelligendum.

Contrariam ſententiam ſecuti fuere. Angelus. in d. l. Centurio, colum. 2. Caſtr. num. 6. Alex. nu. 39. Decius, in d. l. In teſtamento, num. 16. & ibidem Iaſon, numero 13. C. de mil. teſt.

Fundamentum eſt primo, quia fructus quos hæres percipit, qui reſtituere grauatus eſt, non pertinent ad ſubſtitutum, ſed ad hæredem grauatum, interim donec veniat dies reſtitutionis, lege ita tamen §. 1. & lege, ſi C poſtulante. §. vltimo & lege in fideicommiſſaria. ff. ad Trebell. reſpond. Ripa, numero 40. & Socinus Iunior, numero 166. deterioris eſſe conditionis filium grauatum, quia datus eſt ei ſubſtitutus directè. Hinc eſt, quod nec Trebellianicam detrahit, licet per fideicommiſſum grauatus regulariter detrahere poſſit. lege iubemus. C. ad Trebell. & talis hæres grauatus per fideicommiſſum, remanet hæres, lege prima ad Trebell. at iſte deſinit hæres eſſe.

Secundo quia, ſi textus intelligatur de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filii, ſubſtitutus non haberet fructus inuentos in hęreditate teſtatoris: quia hæreditas adita deſinit eſſe hæreditas, & efficitur patrimonium hæredis, lege ſed ſi pluries. §. filio, de vulg. Reſpond. Socinus Iunior, numero 167. hæreditatem aditam retinere nomen ſuum, quando alteri eſt re- D ſtituenda. lege prima ad Trebell. ſed hic eſt reſtituenda ſubſtituto, ergo.

Tertium argumentum ex Decio, in l. ex teſtamento, num. 12. vbicunque verba poſſunt referri ad teſtatorem, & ad hæredem, in dubio potius referenda ſunt ad teſtatorem, quam ad hæredem l. cum in teſtamento vbi Bartol. hoc notat, de aur. & argen. leg. ſed verba textus poſſunt referri tam ad teſtatorem, quam ad filium hæredem; ergo, &c. Reſp. Socin. Iunior, numero 168. illam regulam locum habere, quando verſamur in verbis teſtatoris: ſed in caſu noſtro non ſunt verba teſtatoris, ſed legis. Contra replicat Ripa, numero 40. etiam verba legis in dubio referenda eſſe potius ad teſtatorem, quam ad hæredem: adducit tex. in lege. Filius fam. §. diuidę leg. primo, vbi verbum *creditoribus* poſitum in illa legé, refertur ad creditores: ſed tamen reſponſio Socini videtur defendi poſſe; quia tex. in d. §. Diui, in uer. creditoribus intelligendus fuit neceſſario ſecundum ſubiectam materiam, quod autem verba legis referenda ſint potius ad teſtatorem, quam ad hæredem, nullus adeſt textus.

Vlti-

Vltimum argumentum colligitur ex Areſino in ſecũda columna, hoc eſſe priuilegium militum in teſtamentis, vt poſſint directò ſubſtituere hęredibus ſuis in bonis, quę ex teſtamento hæredes ſunt conſecuti: ita text. in l. quinta, ff. de mil. teſt. ſed fructus, quos filius hæres percepit, & reliquit in hæreditate, non eſt conſecutus ex teſtamento patris; Ergo, quod non ſit conſecutus, manifeſtum eſt; quis ex teſtamento patris conſecutus eſt, quidem hæreditatem; at fructus iure ſuo percepit tanquam hæres. Reſpond. Soc. iun. nu. 168. ſatis poſſe dici, filium fructus percepiſſe ex teſtamento patris, ſaltem mediatè: fuit enim in cauſa patris teſtamentum, vt eos perciperet: Et dictio, ex aliquando ſignificat cauſam mediatam, l. 1. §. ex incendio. ff. de incend. rui. nar. in l. non dubium, C. de legibus.

Ego puto hanc poſtremam ſententiã veriſſimam eſſe, Primo ex verbis text. noſtri; nam dicit ſubſtitutum capere bona patris ſolum, ſed iſti fructus inuenti in hæreditate tempore mortis patris, ſunt bona patris; Ergo iſtos fructus capere intelligitur ſubſtitutus.

Secundo text. noſter dicit, hunc ſubſtitutum non poſſe capere bona filii, ſed patris tantum, ſed fructus inuenti in hæreditate tempore mortis filii, quos ipſe filius percepit, ſunt bona filii, non patris: Ergo, Quod iſti fructus ſint bona filii, probo, quia filius in textu noſtro eſt hæres pr̃is: hæres sũt poſt aditam hęreditatem facit fructus ſuos: tex. in l. Litem ueniunt ff. fructus ſuos.

Tertio moueor, quia ſubſtitutus capit bona patris cũ fructibus inuentis in hęreditate ex priuilegio militum; ſed militum priuilegium non debet alicui præiudicium inferre, l. Impuberi. ff. de admin. tut. Sed ſi textus noſter intelligeretur, de fructibus, quos filius percepit, & in hæreditate reliquit, priuilegium militis inferret alteri præiudicium: ergo. Probatur, quia ſubſtitutus haberet tales fructus in præiudicium hæredum legitimorum filii.

Quarto & vltimo, quia verba legis ita ſunt interpretanda, vt interpretatio nõ mereatur reprehenſionem, l. Seruius Aristus, ff. de leg. præſtan. ſed ſi ſi tex. intelligeretur de fructibus quos filius percepit, & in hęreditate reliquit, hæc interpretatio digna eſſet reprehenſione. ergo, q̃ illa interpretatio digna ſit reprehẽſione, probatur, primo quia iure permiſſum nõ eſt patri hæredem dare filio ſuo puberi, cũ ipſe teſtari poſſit, & hęredem ſibi inſtituere: ſed ſtante iſta interpretatione pr̃ dediſſet hęredem directũ, non fideicommiſſarium, filio ſuo puberi: ergo, ſcdò ſic pater dediſſet hęredem filio ſuo puberi, hæredem ſolum in fructibus a filio perceptis, & filius alium hæredẽ haberet ab inteſtato, in cæteris ſuis bonis: quod uidetur abſurdum: tertio & ultimò, quia ſi iuriſcõſ. voluiſſet loqui de fructibus inuentis in hęreditate tempore mortis filii, & quod fructus percepti pertinerent ad ſubſtitutum, non dixiſſet capere ſubſtitutum bona patris ſolum, ſed adieciſſet exceptionem illam fructuum, ideſt, fructuum perceptorum a filio, nõ autem dixiſſet ſimpliciter, cum fructibus inuentis in hęreditate, quia fructus inuenti in hæreditate, ſunt diuerſi a fructibus, quos filius hęres percepit ex rebus hęreditariis; vt alias probaui, adducendo tex. in l. 1. C. de his quibus, vt indignis.

CAPVT XCI.

Iudeus, an poſſit moram purgare?

CVm iudęi vtantur iure ciuili Romanorum, l. iudęi, C. de iudęis; & iure cõi liceat purgare moram, iuxta. l. ſi inſulam. de verb. oblig. cum alus ſimilibus, rectè mihi vidẽtur docuiſſe, qui iudęis morę purgationẽ concedunt: Alciat. Parergon, li. 2. cap. 11. Crot. & Rip. in d. l. ſi inſulam. Nec obſtat reſponſio Campegii de dote parte vltima quæſt. vltima, & Ferarii in ſua cautt. 24. id eſſe intelligendum, quantum ad ordinem iudiciorum; ſecus autem in iis quæ reſpiciunt deciſionem cauſæ. Quia tex. in d. l. iudęi loquitur generaliter, & indiſtinctè de omni iure; ergo ſtandum eſt illi; niſi qui caſus excipiuntur aliis legibus, inter quos non eſt iſte, His accedit quod Iudęus poteſt præſcribere gloſ. in cap. porro 16. q. 3. in l. ſi fur. §. 1. ver. vſucapere de vſuris. Iaſ. in rub. de iuſtit. & iure, col. 2. Crauet. conſ. 73. nu. 27.

Crebrior tamen videtur contraria opinio doct. in d. l. ſi inſulam, ſed certe nullum habet ſolidum fundamentum. Nam gloſ. in cap. 2. de Iudęis in ver. ſeueritate quæ ſola nititur, nihil aliud dicit, niſi iuris rigorem, & ſeueritatem ſeruandam eſſe Iudęis: ex hoc inferunt moræ purgationem eis eſſe denegandam; quia fundatur in æquitate. Omitto Felyni reſponſ. in d. cap. 2. & dico gl. illam eſſe intelligendam ſecundum tex. in d. c. 2. vbi ſeueritas in hoc conſiſtit, ut Iudęus nõ poſſit habere Chriſtianum in mancipium; in aſcriptitium autem habere poteſt. Sed non poteſt ad alium transferre locum, uel ad aliud obſequium retinere. Ipſe enim ſibi imputet, qui ius colonarium, & ius dominii ſibi iuris ſeueritate damnauit. Hæc ſunt verba tex. ſecundum quæ gloſ. illa eſt intelligenda, vti mecum ratiocinando dicebat nobiliſſimus iuuenis auditor meus Ioannes Ceulus Piſanus, cuius ingenii acumen, & morum probitatem ſæpè admirari ſoleo, atque ita ſentio,

CAPVT XCII.

Sententia delegati iniuſta, an tranſeat in rem iudicatam.

SEntentia contra ius litigatoris lata, habet authoritatem rei iudicatæ, ſi non fuerit appellatione ſuſpenſa, l. 1. ff. quę ſenten. ſine appel. l. 2. C. quando prouoc. nõ eſt neceſſe; licet in integrum reſtitutio detur à Principe, l. Diui fratres. de pœn. l. 1. §. vlt. de quęſtio. Hoſtien. & Abb. in cap. 2. de purg. vulg. Dec. in cap. propoſuiſti, nu. 14. de probat. Oddus de reſtit. parte ſecunda, quęſt. 79. artic. 2. Sed quæritur, an idem ſit in ſententia delegati? Mouet, quod huiuſmodi ſententiam delegati iniuſtam, eſſe nullam dicebat olim D. Otto Cardinalis Portuenſis in cap. vlt. de præbend. quia non eſt ſeruata forma mandati. l. diligenter, ff. mand. cap. cum dilecta. de reſcript. forma enim mandati eſt, ut iuſtitiam faciat. Sic & ſententia arbitri eſt nulla, ſi lata ſit cõtra ius litigatoris, quãdo compromiſſum factum fuit in eum, ut pronunciaret ſecundum ius Bart. in l. diem proferre. §. ſtari. de arbitr. quoniam arbitri poteſtas pendet ex compromiſſo. l. non diſtinguemus. §. nunc de officio de arbitr. ſed reſponderi poteſt idem eſſe in iudicibus ordinariis: nam & his mandatum eſt à lege, vt iuſtitiam faciant, §. 1. inſt. de off. iud. & ad doctrinam Bar. in d. §. ſtari, quę communis eſt, teſte Ripa in l. qui Romę. § duo fratres; nu 8. de verbor. obligat. reſponderi poteſt, in ſententia arbitri rationem eſſe, quia ſtandum eſt eius ſententiæ, licet iniqua ſit, d. §. ſtari. ergo dum exprimitur in compromiſſo, ut ſecundum ius pronunciet, non exprimitur id, quod tacitè inerat; ſicut in iudice, cui tacite intelligitur mandatum, ut iuſte iudicet, merito illius expreſſio nihil operatur. l. 2. de legi. Contraria igitur ſententia verior & communior eſt: vt per Iaſonem in d. §. duo fratres in 2. not. & per Canoniſt. in cap. ult. de prębend. & pręter ea quæ iſti adducunt, hæc ſententia probatur; quia a ſententia iudicis delegati neceſſe eſt appellare, l. 1. ff. à quibus appel. non licet. l. 1. ff. qui & à quibus appel. at ſi eſſet nulla, non eſſet opus appellare; quod argumentum tollit omnem difficultatem. His accedunt Innoc. doctrina in cap. prudentiam de off. deleg. & in cap. cum ad ſedem. de reſtit. ſpol. & quia reſcriptum Principis delegatorium, ſicut alia reſcripta, recipit interpretationem ex iure communi, l. ſi quando, C. de inoff. teſt. l. reſcripta. C. ſi contra ius. Ergo

intelli.

intelligitur vt delegatus debeat iuſtè iudicare. Ceterum ſi iniquè iudicauerit, nihilominus ſententia vim obtinebit rei iudicatæ, ſi lata ſit contra ius litigatoris; quia ſic iure communi eſt conſtitutum, vt ſupra dixi.

CAPVT XCIII.

Promittens parere arbitri ſententia ſub pœna, ſi petat reductionem ad arbitrium boni viri, & iniuſte ſuccumbat, an teneatur ſoluere pœnam.

TEneri hanc pœnam ſoluere docet Bar. in lege. qui Romæ §. duo fratres, in 1. oppo. de verb. oblig. & ibidem Cuman. Salic. & alij quos citat Iaſon ibidem num. 15.

Primo ex dicto §. duo fratres. Sed leue eſt argumentum; quia non conſtat, an ibi fuerit male iudicatum, ob varias interpretationes doctorum.

Secundo ex lege. Et ex diuerſo, §. primo, de rei vend. ſed reſpond. Angelus in lege. tres fratres ad finem, de pact. loqui de ſententia, quæ profertur in eadem inſtantia: ſed hic opus eſt alia inſtantia, in qua pœna petatur. Malè, quia repugnat ibi gloſ. in ver. ſerrore, & ibi etiam Bartolus. Aliter reſpond. Aret. in dicto §. duo fratres, videlicet text. illum, locum non habere in acceſſorio, quod abſque culpa committi non poteſt, veluti eſt pœna. Non videtur autem in culpa eſſe, qui iniuſtè ſuccubuit.

Tertio ex lege, dafferente. ff. quibus modis pign. vel hypoth. ſolui. Sed reſpon. ex mente Socini iun. in dicto §. duo fratres ibi agi de pignore, quod ſine obligatione principali conſiſtere non poteſt. At pęna compromiſſo adiecta poteſt conſiſtere ſine principali: nam poteſt arbitri ſententia locum habere, licet pęna non ſoluatur.

Quarto, quia iſta exceptio impugnat ſententiam contra legem peremptorias. C. ſenten. reſcin. non poſſe. Reſpond. Angelus, & Aretinus, non venire contra ſententiam directè; quia in ſententia arbitri nihil dicitur de pœna. Cum ergo agatur ad rem diuerſam, ſententia non nocet, l. cum quæritur, de except. rei iud.

Contrariam ſententiam ſecutus eſt Aret. & Angel. in d. §. duo fratres.

Primo, quia iuſta cauſa excuſat à dolo, l. igitur, §. poteſt, de lib. cauſa. Et ab expenſis, lege. Qui ſolidum. §. etiam, de leg. ſecundo, ergo & à pœna compromiſſi. l. de rebus cum glo. de arbit. Reſpon. Iaſon. in d. §. duo fratres, numero 19. illam iuſtam cauſam allegari non poſſe, quia iam de ea cognitum, & pronunciatum eſt ab arbitro; ergo rei iudicatæ ſtari oportet. lege prima C. de re iudicata.

Secundo ex lege. Quidam cum filium, de verborum obligationib. Omiſſa reſponſione Iaſonis, & aliorum, placet reſponſio Socini iunioris, in dicto §. duo fratres, nu. 47. illum tex. non dicere, filium agentem de inofficioſo teſtamento victum fuiſſe iniuſtè.

Tertio quia iſta exceptio non impugnat ſententiam, ergo admittenda, lege Neſennius. §. ult. de re iud. gloſ. & Bartol. in l. prima. C. de iur. & facti ignor. ſed hoc negari poteſt.

Tertia eſt opinio Bartoli, in dicto. §. duo fratres quam dicit eſſe communem Iaſon. ibi, numero. 16. Aut iudex reductionis confirmauit laudum, cauſa expreſſa, quia ęquum eſſet: tunc ſi agatur ad pœnam, non obſtabit exceptio, quòd ſententia ſit iniuſta, aut confirmauit, quia iniuſtitia laudi non fuit probata; & tunc obſtat exceptio iniuſtitiæ, petenti pœnam: aut nulla cauſa expreſſa eſt in ſententia, & tunc præſumitur lata ex defectu probationis; lege Iulianus, de condict. indeb. Bartolus, in lege ſecunda. §. primo numero tertio, de vi bono. rapto. & ideo victus probare poterit iniuſtitiam ſententiæ ad euitandam pœnam. Non placet; quia ſi in ſententia exprimatur cauſa falſa, non valet: Bartolus in lege prima. C. de erro. calculi. Vantius de Nellis tit. de null. ex defect. proceſſ. numero 129. nec poteſt ſententia retractari ex nouis probationib. lege ſub ſpecie. C. de re iud. niſi lata ſit ex probationibus priuilegiatis, iuxta legem. Admonendi, de iureiur.

Quarta eſt ſententia Baldi, in lege, Eos qui §. Apoſtolos. C. de appellat. aut fuit compromiſſum in arbitrum ex neceſſitate ſtatuti, & tunc pœna non eſt commiſſa: aut voluntariè, & tunc commiſſam eſſe; quia ſuccurritur facienti ex neceſſitate. lege ſi defenſor. §. ſi neceſſaria. ff. qui ſatiſd. cogan.

Mihi magis placet eorum opinio qui docent pœnam eſſe commiſſam: quia quod eſt ſemel cognitum in uno iudicio, inter eaſdem partes, non poteſt in alio iudicio retractari. lege. Quod in diem. §. primo, de compenſation. Sed ſic eſt in propoſito; quia fuit cognitum de iuſtitia, & iniuſtitia ſententiæ, ut patet: non obſtat ſi dicatur nunc cognoſci poſſe; quia agitur ad pœnam, & ſic ad diuerſum finem. Nihil refert. Nam qui petit reductionem, ideo petit ne cogatur pœnam ſoluere: ſuppoſito iure communi quo cautum eſt, ex laudo non dari actionem niſi fuerit emologatum. lege prima. lege cum antea. C. de arbit.

CAPVT XCIIII.

Ius patronatus an tranſeat in fideicommiſſarium.

TRes ſunt Doctorũ ſententię hac de re. Prima, tranſire; ita Romanus, in lege. Si patroni. ff. ad Trebell. Lud. Molina de Hiſpaniar. primog. libr. 1. c. 24. nu. 10. primò, quia ius patronatus tranſit ad hæredem extraneum Aret. in c. ſignificauit, numero primo, de teſtibus. Calcaneus conſilio. 78. numer. 8. Roland. conſil. 47. numero 6. & numero 36. libr. 1. quæ autem ad hæredem extraneum tranſeunt, etiam ad fideicommiſſarium tranſeunt, ut not. gloſſ. in dicta lege. Si patroni. Ripa in lege Centurio, numero. 55. de vulg. Secundo quia ius patronatus tranſit cum vniuerſitate cap. ex literis de iure patronatus.

Altera eſt opinio huic contraria, non tranſire. Ripa; in dicta lege Centurio, numero 56. Aretin. in cap. ſignificauit, numero 6. de teſtibus. Rubeus conſilio 156. nu. 17. D. Decianus conſilio 117. numero 5. libro 3. & alij quos adducit Peregrinus de fideicommiſſis art. 6. numero. 37. Tiraqu. in tract. *Le mort ſaiſit le vif.* parte ſecunda declar. 11. numero. 9. Fundamentum eſt, quia in fideicommiſſariam non tranſeunt ea, quæ non recipiunt æſtimationem pecuniariam: veluti ſunt iura ſepulchrorum. l. quia proinde. ff. ad Trebell.

Tertia eſt opinio diſtinguentium. Aut prohibita eſt a teſtatore Trebellianicæ detractio: aut non. Primo caſu, ius patronatus tranſit in fideicommiſſarium; ſecundo vero caſu remanet apud hæredem grauatum. Guido Papæ deciſione 507. numero 2. Adden. ad Alex. conſilio 73. libr. 7. Lambertinus, de iure patronatus, libro primo parte 2. art. 35. 2. quæſt. princ. num. 5. ratio eſt, quia quando hæres detrahit Trebellianicam, videtur defunctum repreſentare, & ideo tenetur pro rata actiones ſubire. l. 2. C. ad Trebell.

Mihi verior videtur negantium ſententia: quia ius patronatus tranſit in hæredem, & hoc eſt certum. quod autem tranſeat in fideicommiſſarium, nullo iure proditum eſt; Et licet omnia iura tranſeant in fideicommiſſarium facta reſtitutione re vel verbo. l. 1. l. facta. ad Trebel. tamẽ non videtur cogendus hæres reſtituere ius patronatus, cum ſit quid ſpirituale cap. 3. de iud. & ideo non ſit eius naturæ, cuius ſunt cętera iura hæreditaria, quæ recipiunt

æſtima-

æſtimationem pecuniariam, & videtur ſimile iuri ſepulchrorum, quod non tranſit in fideicommiſſarium.

Non obſtat quod dicebatur tranſire ad hæredes extraneos, & tranſire cum vniuerſitate; quia etiam ius ſepulchrorum tranſit ad hæredes, non tamen ad fideicommiſſarium tranſit; ideo rectè dicebat Dec. in l. precibus nu. 22. C. de impub. hoc argumentum valere negatiuè, non autem affirmatiuè.

Non obſtat, quod ſi locus ſit Trebellianicæ, tunc hæres defuncti perſonam repræſentat, ideo ius patronatus retinet; quia id concedo: ſed non rectè infertur, ſi non ſit locus Trebellianicæ, non retinet ius patronatus: Imo retinet ob rationes dictas; & in hoc caſu repræſentat defunctum, quoad iura directa, quæ ſunt inſeparabilia. l. 3. pro ſocio. l. quis ergo caſus, de pecul. Ripa, in lege prima, num. 17. ad Trebell.

CAPVT XCV.

Si duo ſint hæredes patroni A, & B, & A, moriatur relictis quinque hæredibus, quorum duo præſentent vnum ſimul cum B. alij vero tres præſentent alium, ad ius patronatus vtrum voto ſint æqualia?

SI plures ſint hæredes habentis ius patronatus, vt puta A, & B, & A, moriatur relictis quinque hæredibus, quorum tres præſentẽt vnũ, alij autem duo præſentent alium una cum B, compatrono. Quæritur quis ex præſentatis præferatur, Et reſpondendum eſt, præferendum eſſe eum qui præſentatus eſt, a compatrono B, & dictis duobus hæredibus A, ſicut reſponderunt antiqui DD. relati a Lambert. de iure patronatus, libro primo, parte prima, art. 25. & 27. nam in concernentibus ius priuatorum, ſemper fit conſideratio reſpectu numeri perſonarum, vel reſpectu maioris iuris. l. maiorem. ff. de pactis Angelus conſilio 213. Feder. Senen. conſilio primo, colu. vlt. Quamobrem minor pars hæredum, adhærendo voto alterius patroni, præponderare videtur ratione vnionis facta, procedentis ab eodem ſtipite. Itaque iſte ſic præſentatus, in aliquo ſuperare videtur præſentatum ab alijs tribus hæredibus.

Contrariam opinionem habuit ipſe Lãbertinus poſt Cardinalem, Imolam, Abbatem & Felin. vbi ſupra, qui tamen in his terminis non loquuntur. Et licet ipſe Lambertinus nec non Rochus de Curte in tract. de iure patr. in §. vel is; in primis quæſtionibus idem ſentiat etiam in his terminis, quando ſcilicet, minor pars, adhæret alteri compatrono: mouentur tamen debili fundamento nimirum ex regula. l. quod maior. ff. de municip. & l. duo ex tribus. ff. de re iud. quæ quidem regula non habet locum in his, quæ ſpectant ad plures, ut ſingulos, ſed in his quæ ſpectant ad plures vt vniuerſos. l. per fundum. ff. de ſeru. ruſt. præd. not. Bart. in d. l. quod maior. Abbas in cap. cum omnes, numero 5. de conſtit. Franc. deciſione 2. num. 4. & 5.

CAPVT XCVI.

Conciliatur l. ſi vnus §. pactus. de pactis, cum l. Stichum. §. Naturalis. ff. de ſolution.

PApinianus: *Naturalis obligatio, inquit, vt pecuniæ numeratione, ita iuſto pacto, vel iureiurando ipſo iure tollitur.*

At contra Paulus. *Pactus ne peteret, poſtea conuenit vt peteret; prius pactum per poſterius eliditur, non quidem ipſo iure, &c.*

Reſpond. Irnerius, Papinianum loqui cum naturalis & ciuilis ſimul iuncta eſt: Paulum vero cum naturalis ſola eſt. Sic naturalis poſſeſſio ſola difficilius tollitur, quàm ſi iuncta cum ciuili ſit; ut declarat Caſtr. in d. §. pactus, colum. 3. non placet, quia imo naturalis ſola pacto tollitur, ipſo iure, l. vlt. ff. de iureiur. Hip. Rim. in d. § pactus, nume. 70. qui aliter reſpondet, numero 74. Alij dixerunt, quod dicitur naturalem tolli ipſo iure, intelligendum eſt, id eſſe ope exceptionis; quod nihil aliud eſt, quàm exponere album pro nigro. Fortunius in d. §. pactus vult ubi naturalem, & ciuilem ſimul iunctã fuiſſe, & propterea pacto ipſo iure non tolli; in §. naturalis, tolli ipſo iure; quia erat ſola naturalis. Sed obſtat, d. l. vlt. de iureiuran. ut ipſe quoque fatetur gloſſa, in d. §. pactus dicit obligationem naturalem non tolli ipſo iure, quando tendit ad liberandum, ut in d. §. pactus, ſecus ſi ad obligandum, ut in d. §. naturalis, arg. l. Arian. de actio. & obl. non placet; quia Iuriſconſultus, in dicto §. pactus, alia vtitur ratione, vt conſiderat etiam ibi Ruyn. nu. 93. & 94. Azo dicebat pactum primum de non petendo, naturalem tollere, & elidere ciuilem, & obligare quem naturaliter, non petere; ideo ſecundum pactum de non petendo, de quo in d. §. pactus, tollit naturalem, non autem tollit alios effectus pacti: ſequuntur Caſtr. Iaſ. Ang. & eſt cõmunis: Rim. iun. ibi nu. 100. ſed obſtat, quod tex. ponit vim in eo, quod pactis factum verſatur, non autem ius, queinadmodum in ſtipulationibus; quæ ratio videtur habere locum etiam, in d. § naturalis. Alij aliter reſpondent apud Io. Bologn. in d. §. pactus, nume. 29. Rimin. iun. nu. 103. Fortun. colum. 6. Mantica, nu. 63. Zaſ. lib. 1. reſpon. cap. 5. Coraſ. lib. 2. Miſcell. cap. 16. Bellon. lib. 2. ſupput. cap. 1. Aliter etiam reſpondet ipſe Rimin. numero 102.

Breuiter; inter tot tamque varias opiniones dicam quod ſentio. Difficultas in hoc verſatur, quia in §. pactus. poſterius pactum de petendo, non tollit ipſo iure præcedens pactum de non petendo; quod tamen tollere deberet ſi verum eſt, quod naturalis obligatio tollatur ipſo iure, per pactum, ut in d. §. naturalis. Nam ex pacto de non petendo, nihil aliud oritur, quàm naturalis obligatio. l. prima, de pactis.

Dico igitur pro ſolutione eſſe animaduertendũ, quod in §. pactus, naturalis obligatio ſemper eſt ſublata per pactum iuxta tex. in d. §. naturalis. Hoc enim minimè negatur, in d. §. pactus, ſed ibi pactum non operatur vt actio iam orta ex primo contractu, vel exceptio orta, & procreata ex primo pacto de non petendo, fuerit ſublata ipſo iure, & ideo opus eſt exceptione ac replicatione: quẽ caſum non attingit textus, in d. §. naturalis, ſed ſimpliciter ibi dicitur pacto tolli naturalem obligationem, quod non negatur in d. §. pactus. Aliud eſt igitur dicere, quod naturalis obligatio tollatur ipſo iure per pactum, aliud vero quod tollantur effectus iam in eſſe producti, videlicet actio & exceptio.

His confert concluſio illa communiter recepta, quod vbi effectus eſt iam in eſſe productus, non tollitur cauſa ceſſante Bart. in l. 2. §. vlt. ff. de donatio. ergo licet naturalis obligatio ſublata fuerit per pactum iuxta, d. § naturalis, opus eſt tamen exceptione ac replicatione, ad tollendam actionem & exceptionem, iam procreatas, iux. §. pactus. quibus ita poſitus nulla eſt diſſenſio inter Paulum, & Papinianum.

CAPVT XCVII.

Contumacia procuratoris in appellando, an noceat Domino.

VArie loquuntur Doctores noſtri in hoc articulo. Dicam aliqua non contemnenda, ex quibus nonnihil elucidabitur.

Primum quidem, omnibus eſt obuia diſtinctio illa. Aut procurator eſt ſoluendo: aut non eſt ſoluendo. Primo caſu, eius negligentia in appellando nocet domino

mino; altero caſu, non nocet Felin. in c. quoad conſultationem, nu. 31. de re iud. & in c. 1. nu. 6. vt lite non côteſt, Lancello de attent. Tit de atten. appell. pen. lim. 50. nu. 80. 85, Affl. deciſ. 344. Geyll. lib. 1. obſer. 43. n. 6. & obſer. 109. num 9.

Sed hæc diſtinctio non procedit, quando procurator fuit uere contumax, & nõ comparuit, nec defendit dominum; & tunc enim licebit domino appellare a die ſciẽtiæ. Ita Bar. in l. 1. §. vlt. ff. quando appell. ſit Iaſ. in l. 1. §. ſi procurator, nu. 14. ff. ſi quis ius dicen. non obtemp. Vrſillus ad Affl. d. deciſ. 344. Felin in d. c. 1. num. 6. vt lite non conteſt. Lancello, vbi ſupra, nu. 149. probatur, in d. l. 1. §. vlt. vbi text. dicit domino abſenti appellare licere à ſententia, ex die quo ſcit latam fuiſſe, non autem ex die quo lata fuit; niſi fuerit defenſus per procuratorem. Ergo ſi non fuerit defenſus per procuratorem, quia ſcilicet procurator fuerit côtumax, eſt perinde, ac ſi procuratorem non habuiſſet. probatur & alijs rationibus, quibus Doctores adducti vtuntur.

Rurſus illa diſtinctio locum habet in procuratore ſpecialiter conſtituto in illa cauſa; ſecus autem in procuratore generali, quia illius ſcientia & negligentia non nocet domino, quo minus ipſe poſſit appellare gloſſ. in cle. cauſam in ver. Specialiter, de elect. per illum text. & ibi not. Ancharan. in 6. not. Specul. tit. de appell. §. qualiter, nu. 11. verſic. quid ſi procuratori. Idem Ancharan. in conſ. 372. in vlt. dub. ſcientia vero debet eſſe certa, non ſolum latam eſſe ſentẽtiam, ſed etiam ſic latam eſſe. Glo. in c. concertationi verſic. ſciuerit, de appell. in 6. grauati ad veſtr. de appellat. cap. 3. nu. 52. Geyll. d. obſer. 139. n. 7. Probatur in d. clem. cauſam. de elect. ibi, *Porrecto uidelicet ſibi ſub ſcriptura authentica, vel perlecto illius tenore.* Ex quo inoleuit vſus intimandi ſententiæ tenorem, ad verbum per publicum inſtrumentum. Specul. tit. de appell. §. qualiter. verſ. Cautus etiam ſit. Anchar. d. conſilio 372. in vlt. dub. Natta côſi. 51. nu. 1. & 162. n. 33. Capyci. deciſ. 139. n. 1. Franc. in c. bonæ, nu. 22. de app. Felyn in d. cap. quoad conſultationem, nu. 32. de re iud. Lancello. d. lim. 50. nu. 158. & ſeq. Vrſill. ad Affl. d. deciſ. 344. nu. 2.

Sed hæc cautela non eſt neceſſaria quâdo intimatio ſit ſententiæ, authoritate iudicis: tunc enim intimatus tenetur ei credere, licet non videat tenorem latæ ſententiæ; dummodo intimatio contineat latam eſſe ſententiam, & latam eſſe in eius præiudicium. Natta poſt Alex. Rom. & alios conſi. 348. nu. 3.

CAPVT XCVIII.

Ad Extrauag. Ambitioſæ de rebus Eccleſiæ, non alienandis.

IN primis explodenda mihi videtur eorũ opinio, qui dixerunt hanc conſtitutionem non eſſe in vſu receptam; aut eam alleganti onus incumbere probandi, vſu eſſe receptã. Nam cũ in corpore iuris incluſa ſit, & tot alijs SS. pontificum conſtitutionibus ſit confirmata, vt omnino ſeruanda, nec in dubium reuocanda; vti rectè docuerunt Benitendius deciſ 13. a orgnin. deciſ. 43. num. 71. Rodoan. de reb. eccl. non alien. q. 58. ſub, nu. 25. contra notata per eundem Rodoan. q. 36. num. 20. & Burſat. conſi. 55. nu. 20. niſi fortè horum opinio defendi poſſit; quantum ad pœnam excommunicationis in ea conſtitutione adiectam, ſecundum not. per Sarmientum de redditib. eccleſiaſt. par. 1. cap. 2. nu. 20.

Secundo notandum eſt, circa res ſolitas locari, & in emphyteuſim dari, vt valeat conceſſio in emphyteuſim, & locatio, requiri vt cedat in euidentem vtilitatem eccleſiæ, & ita Rota Rom. ſæpè iudicauit, vt uideri poteſt ex Hondedeo con. 51. nu. 61. lib. 1. & conſi. 31. num. 19. libro ſecundo.

Tertiò notandum, hanc conſtitutionem, quatenus in A firmat alienationes abſque conſenſu S. Pontificis, intelligendam eſſe, præterquam in caſibus à iure expreſſis, vt notat Nauar. in comm. de alienat. rer. eccl. num. 2. verſ. quarto quod permittitur alienatio. Itaque non habet locum in alienatione facta ex iuſta cauſa, & ſeruata forma iuris canonici. Bero. conſi. 83. nu. 23. lib. 1. & 91. nu. 18. eo. lib. Alex. de Neuo conſ. 30. nu. 2. 3. 4. Et hoc eſt, quod dixerunt domini de Rota deciſ. 225. par. 3. lib. 2. in nouiſſimè diuerſ. *Paulinam occidi à iure communi*, quod erat prius.

His accedit quod poſt Card. & alios nouiſſimè tradit Camillus Borellus controuerſia 91. nu. 5. Paulinam conſtitutionem locum nõ habere in alienatione domus eccleſiæ, ſecundùm text. in c. ſine exceptione, & in cap. non liceat Papæ. 12. q. 2. quia ſcilicet dicta antiqua iura non intelliguntur eſſe correcta per nouam illam conſtitutionem, vt ibi per eum, adducentem Rebuffum, Rodoanum & Benedictum Canoſilum in rep. d. extrauag. am- B bitioſæ fall. 40. 41. Alia quædam ad d. extraugan. notauit Carocius tract. de locato tit. de bonis eccleſ. non alien. quem vide.

CAPVT XCIX.

An legitimæ filiorum includatur in legato vſusfructus omnium bonorum mortuis filijs, & hæreditate deuenientæ ad ſubſtitutos pupillares.

LEgitimam filijs debitam non contineri, ſed excipiendam eſſe de legato vſusfructus omnium bonorum, inter omnes conſtat; quia ſic expreſſe conſtitutum eſt, in § prohibemus, in Authen. de triente & ſemiſſe. Ac proinde ita recte docuerunt Bartol. in l. vxori meæ, de vſufruct. leg. Alexand. Corn. Dec. Ruyn. Boer. & alij à Caualcano relati, de vſufruct. mulieri relicto, C num. 95. Socin. iun. in conſil. 109. in 1. dub. Gozad. conſil. 47. num. 12. Illuſtriſſimus Mantica, de coniect. lib. 9. tit. 6. nu. 21. Surdus de alimen. tit. 2. q. 15. nu. 178. Peregrin. de fideicom. art. 12. num. 29. & num. 48. Viuius deciſ. 367 num. 5. Theſaur. deciſ. 184. num. 9. Craſſ. §. legitima, q. 38.

Cæterum non tam plana res eſt, quâdo filij ſunt mortui, quibus ſubſtitutus eſt datus. Etenim & hoc in caſu legitimam excipiendam eſſe, reſpondit Bart. conſil. 56. nu. 5. lib. 1. Alex. conſ. 29. lib. 4. Ruyn. conſ. 52, nu. 7. & 8. lib. 2. Peregrinus conſ. 70. nu. 18 Contrarium autem cenſuere Zanc. in rep. l. hæredes mei, §. cum ita, num. 477. ad Treb. Peregr. de fideicom. ar. 12. ſub numero 29. & ſub num. 48. in fine.

Atque ego alias interrogatus, ita reſpondi; quia ſubſtitutus filii non poteſt deducere hanc legitimam: nam ex D perſona ſua non habet ius deducendi, cum illi legitima non debeatur. Ex perſona autem filii eam deducere nequit, quia per pupillarem ſubſtitutionẽ potuit pater ſubſtitutum grauare in ipſa legitima filii, ſicut potuiſſet ipſe filius teſtando eũ grauare, ſi teſtari potuiſſet: & ideo ceſſat ratio d. §. prohibemus. Et legitima filij continetur in legato vſusfructus Ruyn. conſ. 52. num. 8. lib. 2. & 118. nu. 22. lib. 3. Rip. in l. Centurio, num. 108. de vulg. Caſt. conſi. 416. Iſta domina lib. 1. & 136. lib. 2. D. Ceſal. conſi. 294. nu. 58. Pariſi. conſ. 41. num. 44. 81. num. 9. 10. 11. lib. 2. Nam fauor filiorum hoc operatur, ut licet legitima contineatur in legato omnium bonorum, tamen omnino ſit deducenda: & non valeat legatum, quantum ad legitimam. ſic enim declarat Imperator, in d. §. prohibemus. Ceſſante ergo fauore filiorũ, vſufructuarius redintegratur ad legitimam, ut dixi.

Quod legitima contineatur, in legato vſusfructus omnium bonorum, probatur, in d. §. prohibemus, dum Imper. prohibet id fieri, & mãdat filiis legitimam relinqui. Ergo legitima côtinebatur, licet fauore filii non valeret legatum,

legatum, reſpectu legitimæ. Et hoc eſt quod doct. dicũt, legitimam filiorum detrahi contra voluntatem teſtatoris Alex. conſ. 139. nu. 1. lib. 1, Ripa in l. in quartam, num. 124. ad l. Falcid. Crau. conſ. 423. nu. 4 lib. 3. Ex quibus erroris conuincitur Ruyn. conſ. 52. nu. 8. lib. 2. dum negat legitimam contineri in legato vſusfructus. Mortuis ergo filijs, legatum intelligitur datum à ſubſtituto. Cõſequenter, non eſt locus detractioni legitimæ: D. Mantica de coniect. lib. 8. tit. 3. in princ. Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſump. 72. nu. 3. Peregrin. de fideic. art. 8. ſub num. 41. & art. 12. nu. 41.

Pro contraria opinione nullum apud authores commemoratos argumentum inueni, quod ad eum caſum pertineret, quo filij iam ſint mortui.

Vnum igitur hoc afferri poteſt; quod legitima filiorũ ab initio ſeparata ſit à legato vſusfructus omnium bonorum, & ideo mortuis filijs vſusfructus debeatur legatario, deducta legitima. Sed meminiſſe oportet legatum a ſubſtituto deberi poſt mortem filij, qui non poteſt legitimam deducere ex perſona ſua, cùm illi non debeatur, nec ex perſona filij, cum intelligatur eſſe grauatus, etiam in legitima, teſtatore legitimam ita volente, & ualẽte diſ-

A ſponere in perſona ſua; licet in perſona filiorum, voluerit quidem, ſed non potuerit, d. §. prohibemus.

CAPVT C.

Ea clauſula, omni meliori modo, an transfundat actum in aliam ſpeciem.

CLauſula, omni meliori modo trãsfundit actum in aliam ſpeciem, per quam efficaciùs ualere poteſt eſt enim perinde, ac ſi dictum eſſet, ſi non valet quod ago, valeat vt valere poteſt; iuxta not. in l. 1. §. ſi quis ita de B verbor. oblig. atque rectè annotarunt Galiaula in rub. de verbor. oblig. nume. 60. Berous conſ. 135. nume. 4. lib. 1. D. Cephalus conſil. 41. nu. 16. cum ſeq. & 548. n. 11. lib. 4. D. Decian. conſ. 34 num. 81. lib. 3. Simon Pret. de interpret. vlt. vol. lib. 3. nu. 6. fol. 300. Hondedeus conſ. 40. nu. 39. lib. 2. & 54. nume. 48. præclarè Nonius in conſil. 44. nu. 7. vbi reliqua notabilia infert.

Cauendum igitur ab ijs, qui ſcribunt clauſulam hanc operari in ſubſidium, quando actus non ualet. Gozad. conſ. 78. nu. 15. Seraſin. de priuil. iuram. priuil. 98. nu. 4. & ſi qui ſunt alij.

His finem impono huic Centuriæ: Deo Opt. Max. gratias ago, quòd eius ope ad finem eam perduxerim. Omniaq́ ſubijcio cenſuræ ac iudicio S. Matris Eccleſiæ Romanæ, Catholicæ, & Apoſtolicæ, eiusq́ Summo Sacerdoti, Chriſti Vicario, Pontifici Maximo, ac Beatiſſimo.

FINIS.